

TESE 136

ÁREA: CRIMINAL

Proponentes: Mariela Moni Marins Tozetto e Vitor Ortiz Amando de Barros

Assunto: Prisão e prova baseada tão somente em testemunho policial. Ocorrência de violência na abordagem. Ausência de meios probatórios absolutamente independentes. Inadmissibilidade de provas ilícitas e delas derivadas. Rompimento do standard probatório e presunção de inocência.

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

É atribuição institucional da Defensoria Pública do Estado zelar pela plenitude de defesa e assegurar a observância do devido processo legal.

LC 80/94. Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

LCE 988/06. Art. 5º São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Fundamentação jurídica

A audiência de custódia, decorrência do imperativo emanado no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, é o mais importante mecanismo de verificação da legalidade das prisões em flagrante, tendo como objetivo, para além da verificação dos requisitos previstos no art. 302 e 310 do Código de Processo Penal, analisar todas as circunstâncias que perpassam à prisão efetuada, inclusive a averiguação de práticas de violência policial, tortura e maus tratos no momento da prisão.

Nesse norte, a observância das garantias processuais da pessoa submetida à prisão é dever funcional do Poder Judiciário, a quem incumbe a salvaguarda de todo o ordenamento jurídico, de modo que a fiscalização das garantias constitucionais do artigo 5º, sobretudo a do inciso XLIX, são temas centrais de controle judicial, além da regularidade formal do flagrante.

Para tanto, a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou as audiências de custódia no Brasil, determina que a autoridade judicial deve, ao

entrevistar pessoalmente a pessoa presa, indagar sobre as circunstâncias de sua prisão, sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou, devendo ainda questionar expressamente sobre a ocorrência de tortura ou de maus tratos (art. 8, V e VI) e que "havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos (...) será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança e psicológica da vítima que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado" (art. 11).

Por sua vez, o Protocolo II da Resolução 213 de 2015 determina que em casos de relatos de tortura e maus tratos deve ser : i) assegurada a indicação de testemunhas ou outras fontes de informação que possam corroborar a veracidade do relato de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, com garantia de sigilo; ii) realizado registro fotográfico e/ou audiovisual sempre que a pessoa custodiada apresentar relatos ou sinais de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, considerando se tratar de prova, muitas vezes, irrepetível; iii) realizado de exame corpo de delito quando os registros se mostrarem insuficientes.

O próprio Manual do CNJ sobre atuação nas Audiências de Custódia – diga-se de passagem destinado a orientar a prática de magistrados e magistradas do país - impõe que as audiências de custódia sejam um momento "de controle da legalidade das prisões, que demanda apreciação sobre violência/tortura contra a pessoa custodiada (...) Sendo possível constatar indícios dos elementos essenciais para caracterização da tortura ou maus-tratos por meio das informações do auto de prisão em flagrante, do exame de corpo de delito cautelar, das condições de apresentação da pessoa custodiada e, principalmente, do relato na audiência de custódia, os deveres que derivam da proibição absoluta da tortura devem se fazer presentes"

Tal imposição deriva de uma série de tratados de direitos humanos e dispositivos constitucionais que vedam absolutamente a prática de tortura e maus tratos.

A Constituição Federal proíbe a tortura no art. 5º, inciso III. No mesmo sentido, vedação à tortura é reconhecida como uma norma de jus cogens, a partir da interpretação do art. 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e art. 1º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, art. 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 2º Convenção das Nações Unidas Contra à Tortura, entre outros tratados de direitos humanos sobre a matéria.

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura define a tortura como: todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica"(art. 2).

Da mesma forma, a lei brasileira tipifica como crime a tortura no art. 1º da Lei 9.455/1997, constituindo crime de tortura, dentre outras condutas, "submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo" (art. 1º, inciso II).

Assim, tanto as normas internacionais quanto as normas nacionais de direitos humanos deixam claro que a atuação judicial é vinculada e deve observar as obrigações internacionais assumida pelo Estado brasileiro perante os sistemas regional e global de proteção de direitos.

Além das medidas que devem ser adotadas pelos órgãos judiciais em casos de indícios de tortura e/ou mais tratos, previstas na já citada Resolução 213 do CNJ, é possível afirmar que a ocorrência de violência policial macula a prisão e todas as evidências eventualmente coletadas com ela, que venham a servir para subsidiar a justa causa da ação penal (prova da materialidade e indícios de autoria).

Com efeito, a violência policial na prisão prejudica o controle epistêmico das evidências, na medida em que sendo ela própria uma violação a uma regra constitucional (art. 5º, XLIX), a construção da tese acusatória é abalroada pela ilicitude das circunstâncias de coleta da evidência, ensejando o não preenchimento do standard de validade da prova.

A violência policial na abordagem é inequívoca alteração na fonte da prova e contamina a credibilidade do elemento submetido na qualidade de prova ou de legitimação da constrição da liberdade.

Por hipótese, imagine-se um auto de prisão em flagrante por tráfico de drogas em que na audiência de custódia é constatada a violência policial e, posteriormente, em audiência de instrução, a única prova apresentada acerca da materialidade e autoria é a oitiva dos agressores.

Neste caso, parece evidente que a fonte da prova foi contaminada pela violação de regra constitucional que veda o emprego de violência, maculando todos os elementos e evidências que deste contexto exsurgem.

Ainda nesse norte, essas evidências contaminadas não podem ser utilizadas pelo órgão acusatório para subsidiar a justa causa da ação penal, visto que não passam pelo standard de validade da prova.

Com efeito, standard probatório é um pressuposto fundamental para adoção de uma teoria racionalista da prova (KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Forense, 2007, p. 37).

O padrão de conduta dos agentes de segurança pública nos procedimentos de abordagem e prisão de cidadãos é um standard de validade para preservação da fonte de prova que decorre das referidas prisões em flagrante.

E nesse contexto, tem-se que a própria Polícia Militar está atenta ao padrão de conduta que condiciona a validade da atividade, já que possui Procedimentos Operacionais Padrão (POP), visando justamente assegurar escorreita observância aos seus deveres institucionais e ao exercício da atividade de policiamento ostensivo dentro de um Estado que se diz Democrático de Direito.

Nesse sentido, havendo violência policial na abordagem, não bastasse a violação à regra constitucional, o próprio padrão de conduta definido pelo aparato estatal é violado, mais uma demonstração da irregularidade que recai sobre a fonte da prova, que contamina a justa causa da ação penal.

Nesse sentido, já se pronunciou o E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em acórdão assim ementado:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE PELA PRÁTICA EM TESE DO CRIME DE ROUBO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. AGRESSÃO POR PARTE DOS POLICIAIS. LAUDO DE EXAME DE CORPO DE DELITO ATESTANDO AGRESSÕES FÍSICAS EM DESFAVOR DO PACIENTE.

DECISÃO DESFUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. Consoante se infere dos elementos trazidos aos autos, especialmente das fotografias carreadas aos autos pelo zeloso Defensor Público, observo que há, de fato, fortes indícios de existência da apontada ilegalidade na constrição da liberdade do paciente. Com efeito, o paciente apresentava lesão em um dos olhos, o que, como bem pontuado pelo impetrante, é absolutamente incompatível com o relato dos milicianos no sentido de que custodiado teria se lesionado durante a fuga. Todavia, foi proferida decisão pelo juízo da Central de Audiências de Custódia, indeferindo o pleito libertário, transferindo ao paciente o ônus de uma prova que lhe é impossível de fazer: demonstrar que as lesões sofridas não decorreram de uso legítimo da força. Com a devida vênia, constatada a ocorrência de lesões no momento da prisão, o ônus de provar o uso legítimo da força é do Estado, e tal fundamento não se encontra na decisão atacada que, assim, é desfundamentada. Assim, diante da existência de indícios da atuação irregular dos militares que realizaram a prisão do paciente, me parece prudente relaxar a questionada prisão em flagrante, em face da existência de dúvida quanto ao estado de flagrância, máxime considerando a evidente falta de fundamentação a contaminar em especial a decisão que indeferiu a liberdade provisória, o que torna ilegal o constrangimento. ORDEM CONCEDIDA. (TJRJ – HC n. 0066877-53.2019.8.19.0000 – 7ª Câmara de Direito Criminal – Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto)”

Conforme destaca-se do voto do i. Desembargador Relator do precedente acima mencionado, “quando há suspeitas de que tal violência policial foi empregada, coloca-se em dúvida o contexto em que ocorreu tal prisão”. (fls. 05 do voto)

É oportuno ser destacado que a vinculação da violência policial ao rompimento do standard de validade probatório em razão da alteração da fonte da prova não se trata perquirir, parafraseando Agostinho Ramalho Marques Neto (apud Aury Lopes Jr, 2019), a bondade dos bons ou a maldade dos maus.

Antes, funda-se a discussão em controles epistêmicos e, por consequência, de viés racional, buscando justamente extirpar-se do processo penal discussões subjetivistas, que invariavelmente escoam nos espaços impróprios do decisionismo, ecoado há muito por Lenio Streck.

Como explica Aury Lopes Jr¹

1 Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. Pág. 502.: “O cuidado é necessário e justificado: quer-se impedir a manipulação indevida da prova com o propósito de incriminar (ou isentar) alguém de responsabilidade, com vistas a obter a melhor qualidade da decisão judicial e impedir uma decisão injusta. Mas o fundamento vai além: não se limita a perquirir a boa ou má-fé dos agentes policiais/estatais que manusearam a prova. Não se trata nem de presumir a boa-fé, nem a má-fé, mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente.”

Aliado a todo o exposto, tem-se que recentemente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso Fernandez Prieto y Tumbeiro vs. Argentina, definiu que a detenção deve obedecer a fundamentos legais e que, quando é realizada à ausência de elementos objetivos, a atividade passa a ser desenvolvida pelas agências de controle estatal de forma discriminatória e arbitrária, orientada por estereótipos e preconceitos que transbordam à truculência, dando vazão ao sistema penal subterrâneo, categorizado por Eugenio Raúl Zaffaroni.

Com efeito, na medida em que a atuação policial é vinculada à observância de um padrão de conduta balizado pelas garantias convencionais, constitucionais e legais do cidadão em face à força estatal, constituindo-se em standard de validade probatória, o descumprimento deste, através do exercício irregular do poder punitivo estatal, rompe a cadeia de custódia probatória e, com ela, a tão aclamada presunção de legitimidade da atuação, seja para justificar a prisão, a própria justa causa da ação penal ou a prova de materialidade e autoria delitiva para fins de condenação.

Desta forma, tem-se que ocorrência de violência policial, por desviar-se da legalidade, inflige ao menos um estado de dúvida sobre a dinâmica dos fatos.

A partir disso, ausentes outros meios probatórios totalmente independentes da fonte contaminada – Fruit of the poisonous tree doctrine - toma-se forma a preponderância do estado de dúvida favor rei, não se podendo considerar como preenchidos os parâmetros racionais de valoração probatória, o que conduz à nulidade da prisão, à ausência de justa causa para a ação penal e à insuficiência probatória para fins de condenação criminal.

Cabe mencionar que tal tese foi recentemente acolhida pela 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em atuação da Defensoria Pública, com fundamentação nos seguintes termos:

“Como se vê, há relevante dissonância entre as versões fornecidas pelo réu e pelos milicianos no que concerne à origem dos graves ferimentos: o acusado sustentou violência policial; os servidores afiançaram que as contusões se deram em virtude de autolesão e de choque com “palanques” que estavam em meio à mata.

É de se reconhecer, todavia, que os funcionários fardados não elucidaram a contento o infortúnio acometido ao réu - sequer explicaram a altura, composição material e disposição dos “palanques”, o preciso modo como teria ocorrido o abalroamento e em que teriam consistido as autoagressões.

Assim, diante da extensão do prejuízo físico suportado pelo sentenciado - lesões na testa, no lábio superior, em região supralabial, no tórax, no abdome, na coxa, e fratura de dente incisivo - e da insatisfatória explanação trazida pelos servidores, não há como rechaçar peremptoriamente a hipótese trazida por [nome do réu] de que houve excesso na conduta dos policiais, o que, inexoravelmente, suscita dúvida quanto à eficácia probatória dos depoimentos por eles prestados.

Destarte, limitando-se a prova de autoria às declarações dos milicianos, há incontestável precariedade probante, pelo que o grau de certeza, absolutamente imprescindível para que se proclame condenação criminal, não se alcança neste processo.

Em decorrência, meu voto dá provimento ao apelo de [nome do réu] a fim de absolvê-lo da incursão no artigo 33, caput, c/c o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.”

(TJ-SP - APR: 15003046020208260571 SP 1500304-60.2020.8.26.0571, Relator: Geraldo Wohlers, Data de Julgamento: 12/04/2021, 5ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 12/04/2021)”

Nessas circunstâncias, conclui-se que a violência policial no momento da abordagem macula a prisão, ensejando o seu relaxamento nos moldes do art. 310, I, do CPP. As evidências eventualmente coletadas sob o contexto de agressão constituem prova ilícita, implicando na ausência de justa causa para a ação penal (art. 395, III, CPP). Por fim, durante a instrução processual, ausentes outros meios probatórios

absolutamente independentes da fonte contaminada há rompimento do standard probatório, o que implica na improcedência da ação penal (art. 386, VII, CPP).

Fundamentação fática

São recorrentes as prisões realizadas com o uso da violência policial, o que fica evidente durante a realização das audiências de custódia, seja pelo relato do preso ou pela sua própria aparência, já que, comumente, as lesões são visíveis.

Não obstante, o Judiciário e o Ministério Público validam e corroboram as prisões, tendo-as como legais, o que, ao fim, acaba por legitimar a violência estatal, já que tem prevalecido o entendimento de que a violência não gera prejuízos à persecução penal (tampouco, cabe dizer, reais consequências aos agentes envolvidos, facilmente acobertados pela tese da legítima defesa).

Tendo em vista esse quadro, cabe à Defensoria Pública chamar tais órgãos à responsabilidade, para que o controle judicial da legalidade das prisões seja feito de forma efetiva, e não apenas formal e burocrática, para que as ações ilegais e violentas do aparato policial ostensivo tenham consequências, reconhecendo-se a ilegalidade da prisão e das provas que dela decorrerem.

Sugestão de operacionalização

A tese de ilegalidade da prisão e, conseqüentemente, das provas dela decorrentes, pode ser arguida em diferentes momentos do processo, com conseqüências distintas em cada um deles.

De início, na audiência de custódia, a ilegalidade da prisão em razão da violência policial pode ser arguida como fundamento para o relaxamento da prisão, com fundamento no art. 310, I, do CPP.

A matéria também pode ser abordada na resposta à acusação, requerendo-se o trancamento da ação penal por ausência de justa causa (art. 395, III, CPP).

Após a finalização da instrução processual, seja em sede de alegações finais ou apelação, o contexto de violência policial por ocasião da prisão pode ser arguido como fundamento para a ilegalidade das provas que decorreram da ação, bem como para questionar a validade dos depoimentos dos agentes que a tenham praticado. Assim, pode ser fundamento para o pedido de absolvição por falta de provas (art. 386, VII, CPP).

Cabível, ainda, tratar da matéria em recurso especial, diante da violação ao art. 157 do Código de Processo Penal, bem como em recurso extraordinário, em razão da afronta ao art. 5º, incisos III, LVI e LXV, da Constituição Federal.