

O Caso Eliza Samudio e a revogação de certidão de óbito: uma abordagem interdisciplinar

PARTE III

Vitor Frederico Kümpel

Thales Ferri Schoedl

Bruno de Ávila Borgarelli

INTRODUÇÃO

Nas últimas duas colunas, tratou-se do recente problema envolvendo o caso Eliza Samudio: a chegada ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais de recurso impetrado pela defesa do ex-goleiro Bruno Fernandes – condenado a mais de 22 anos de reclusão pelo homicídio de Eliza – visando a revogação da certidão de óbito da vítima. O assento de óbito e a certidão, na visão da Defesa, não poderiam ter sido lavrados, por incompetência da Juíza criminal para a expedição do mandado o que, em tese geraria nulidade absoluta e a necessidade de proceder-se a novo julgamento.

Na primeira coluna¹, abordou-se o tema sob o prisma do direito penal, de forma introdutória, esclarecendo-se tecnicamente os problemas imbricados na ideia de que ‘sem corpo não há crime’ (especialmente, explicou-se a distinção entre delitos transeuntes e não transeuntes, as provas em caso de delito não transeunte e, concretamente, a situação do caso Samudio perante essas classificações).

Já na segunda coluna², tratou-se do óbito sob o ponto de vista civil-registral e sua possível influência (abstratamente considerada) sobre o juízo criminal. Sinteticamente, foram analisadas todas as hipóteses decorrentes do fato jurídico morte (incluindo a distinção entre os procedimentos de declaração de morte presumida e de justificação do óbito) e a não influência (apriorística) do assento e da certidão de óbito sobre o juízo criminal.

¹ Veja aqui: <http://www.migalhas.com.br/Registros/98,MI247511,31047-O+caso+Eliza+Samudio+e+a+revogacao+de+certidao+de+obito+Uma+abordagem>

² Veja aqui: <http://www.migalhas.com.br/Registros/98,MI247906,51045-O+caso+Eliza+Samudio+e+a+revogacao+de+certidao+de+obito+Uma+abordagem>

Há dois pontos ainda por analisar: a forma pela qual foi lavrado o assento e expedida a certidão de óbito de Eliza Samudio e os problemas que esse assentamento pode gerar no âmbito criminal, além da influência concreta que a exibição da certidão de óbito de Eliza pode ter exercido sobre o Conselho de Sentença. É o que se passa a fazer.

I. O ASSENTO DE ÓBITO DE ELIZA SAMUDIO

A multiplicidade das situações descritas na coluna anterior, confrontadas com o tema em observação, conduz necessariamente a uma pergunta: como foi feito o registro do óbito de Eliza Samudio?

Novamente, parte-se da análise do material posto em circulação pela imprensa. Um olhar à certidão de óbito de Eliza permite reconhecer que houve assento no Livro “C” do RCPN da Comarca de Vespasiano (MG). Se se observar o disposto anteriormente sobre o assento da morte presumida, dir-se-á que o registro nesse livro não é o correto, pois morte presumida sem certeza absoluta deve ser lavrada no Livro “E”, lembrando que o referido livro tem caráter transitório para situações que se modificam no tempo.

O registro no Livro “C” (óbito), ainda de acordo com o que já se disse, somente ocorreria em caso de morte dotada de absoluta certeza decorrente da presença de cadáver ou na ausência deste, com certeza absoluta da presença da pessoa em situação que inevitavelmente a levaria a óbito.

Mas, como é possível que tenha sido feito o assento do óbito de Eliza Samudio no Livro “C”, se não há cadáver e se a mesma não estava em situação catastrófica tipificada por lei que implicaria em morte certa? Como ora mencionado, a única possibilidade de se lavrar um assento de óbito no Livro “C” sem a presença do cadáver é a decorrente da incidência do art. 88 da Lei dos Registros Públicos. Analise-se mais uma vez o disposto no art. 88 *caput* da LRP: “poderão os juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto, ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada sua presença no local do desastre e não for possível encontrar o cadáver para exame”.

Como já se disse, há quem confunda esse art. 88 com o art. 7º do CCB/02 (morte presumida quando for extremamente provável o óbito de quem se encontrava em perigo de vida). São situações, contudo, totalmente diferentes. Em uma há certeza; em outra, mera probabilidade, ainda que elevada. Basta verificar a dicção dos dois dispositivos legais para ver que o art. 88 exige uma situação em que a pessoa desapareça, mas em um conjunto de eventos que podem ser tidos como “trágicos”, sendo necessária a prova da sua presença nesse evento para que se possa aferir o nexo causal que conduz à certeza da morte. O art. 7º do Código Civil tem um parágrafo único bastante elucidativo: “A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.”

A regra deixa claro que não há certeza da morte, tanto que é imprescindível a realização de buscas e averiguações. Outra diferença significativa é que na justificação de óbito o procedimento é de jurisdição voluntária, enquanto que na declaração de ausência deve ser ordinário e regido pelas atuais regras do Código de Processo Civil.

As Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de SP distinguem essas situações, dando à morte presumida o destino registral semelhante ao da ausência: Livro E do 1º Ofício de Registro Civil, portanto.

O caso de Eliza Samudio não se subsume a nenhuma das hipóteses descritas no caput do art. 88 da LRP: não houve desaparecimento em naufrágio, incêndio ou tragédia assemelhada. Como pôde então ter sido feito o assento no Livro “C”?

É prudente recorrer às Normas de Serviço do Estado em questão, Minas Gerais. Nas normas daquele Estado, há disposição clara sobre o destino registral da morte presumida:

Art. 539. Será registrada no Livro “C” a morte presumida sem declaração de ausência, à vista de mandado judicial contendo os elementos do art. 533 deste Provimento

O Código de Normas de MG incide no erro de misturar as hipóteses de justificação de óbito e morte presumida, em termos de recepção registral. Veja-se: existe disposição específica, nessas Normas, para a morte presumida, mas seu *locus* no RCPN não é o mais adequado.

Já se extrai daí um primeiro indício de que a situação registral do fato jurídico morte, no caso de Eliza Samudio, não contradiz a normativa registrária estadual. Seria, de todo modo, levado ao Livro C da comarca de Vespasiano. O Oficial daquele Estado não erra, portanto, quando registra morte presumida no Livro C.

O problema então se restringe a dois pontos elementares: *i*) se há competência do juízo criminal para a expedição desse mandado e *ii*) se o procedimento (declaração de morte presumida; ou mesmo justificação de óbito, se fosse o caso) precisa ser rigorosamente observado por qualquer juiz togado que expeça a ordem respectiva, ou se essa formalidade procedural é dispensada, bastando a simples ordem de registro do óbito para que o Oficial do Registro de Pessoas Naturais a cumpra.

i) Da competência do Juízo criminal para a expedição da ordem

As Leis de Organização e Divisão Judiciária do Estado de Minas Gerais (Lei Complementar n. 85/05, LC n. 105/08 e LC n. 135/14, ampliando a Lei Complementar n. 59 de 18 de janeiro de 2001) estabelecem com precisão a competência do Juízo da Vara de Registros Públicos para “exercer as atribuições jurisdicionais conferidas aos Juízes de Direito pela legislação concernente aos serviços notariais e de registro”³.

Nessa linha, não é atribuição do Juízo criminal determinar a prática de ato registral, pois a disciplina jurídica está estabelecida pela Lei 6.015/73, sendo de competência específica da divisão judiciária especializada.

Ressalte-se que a legislação de organização judiciária do estado de Minas Gerais estabelece uma competência genérica aos juízes de direito no art. 55, e competências específicas e privativas aos juízes de Varas Registráis (art. 57), de Varas de Falência (art. 58), Varas de Fazenda Pública e Autarquias (art. 59), Varas de Família (art. 60), Varas de Execuções Criminais (art. 61), Vara da Infância (art. 62), Vara Agrária (art. 62-A), Vara do Meio Ambiente (art. 62-B) e Vara do Idoso (art. 62-C).

É preciso recordar que, em se tratando de competência *ex ratione materiae*, a inobservância gera nulidade.

Ainda que em determinada Comarca exista apenas um juiz de direito, havendo, portanto, cumulação de competências, não poderia a justiça criminal determinar a lavratura de um ato registral ou invadir competência distinta, na medida em que o Juízo

³ Art. 57, inciso I, Lei Complementar n. 59 de 18 de janeiro de 2001

de vara única atua de forma específica para cada uma de suas competências. Ainda assim haveria nulidade, portanto, pois a competência seria determinada em cada um dos procedimentos próprios de jurisdição.

Pergunta fundamental é: pode juiz *criminal* determinar a lavratura de assento e certidão de óbito, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes (inclusive do Ministério Público)?

A resposta é negativa. Em primeiro lugar, não há prejudicialidade em matéria penal que tenha que ser resolvida pelo juízo cível, ou que necessite da formalização do assento e certidão de óbito. Para a justiça criminal não é imprescindível a existência de assento e certidão de óbito na condenação, por força dos arts. 155, 158 e 167, do Código de Processo Penal, como já examinado na primeira parte deste trabalho e retomado na segunda.

Em segundo lugar, ou o reconhecimento da morte ocorre no expediente administrativo por meio de confecção de declaração de óbito, declaração de médico ou legista, assento e certidão, ou por meio de procedimento de justificação de óbito; ou ainda, na pior das hipóteses, por meio de ausência.

Em terceiro lugar, a atuação jurisdicional está adstrita ao princípio da legalidade. Muito embora não exista uma reserva legal na prática dos atos de jurisdição, o juízo, para determinar a prática de um ato, precisa estar estribado em lei.

ii). *Da necessidade de observação do procedimento regular para a recepção registral*

Supondo que a) houvesse competência do juízo criminal para a expedição do mandado, por força de um mero requerimento do interessado ou b) admitida a competência por parte do juízo, pergunta-se: nessas duas hipóteses, seria necessária a observância do *procedimento* de jurisdição voluntária para justificação de óbito ou do rito ordinário para declaração de morte, conforme já mencionado?

As questões são complexas e, longe de buscar o senhorio da verdade, intenta-se trazer reflexão ao leitor.

Ainda que houvesse competência da justiça criminal, ter-se-ia que observar procedimento legal ou regulamentar para a hipótese. No presente caso, seria

imprescindível que se verificassem os ritos e procedimentos previstos tanto pela Lei dos Registro Públicos quanto pelo Código de Processo Civil.

Mas, diante disso, procedeu mal o oficial registrador? De forma nenhuma! Ao receber o mandado, tinha por obrigação cumpri-lo conforme determinação judicial. Nessas situações o oficial registrador tem três opções:

a) pode simplesmente cumprir o mandado, lavrar o assento e expedir a certidão, encaminhando ao juízo e arquivando o referido mandado.

b) pode receber o mandado e oficiar questionando o procedimento e o modo para cumprimento. Caso haja reiteração na ordem, deve cumpri-la incontinenti.

c) pode receber o mandado, cumpri-lo, e suscitar dúvida ao Juiz Corregedor questionando o procedimento eventualmente adotado.

O que o oficial nunca pode fazer é *afrontar a jurisdição*.

O oficial registrador qualifica mandados judiciais assim como qualifica outros títulos que lhe são submetidos. Ocorre que a qualificação dos mandados é extrínseca e formal. O oficial registrador não faz qualificação intrínseca e nem entra no mérito da decisão. Se uma decisão, sob o crivo do contraditório, afrontar princípio ou procedimento registral, deverá ser cumprida, podendo apenas na esfera jurisdicional ser solucionada a questão.

É exatamente o que ocorre no caso em estudo. Houve determinação por juízo incompetente, e o segundo grau de jurisdição ou outro ainda em grau recursal poderá modificar a decisão judicial. O sistema registral formal existe também para materializar e cumprir atos da jurisdição.

II. EFEITOS DA CERTIDÃO DE ÓBITO FEITA POR ORDEM DE JUÍZO INCOMPETENTE

Retome-se: a justiça criminal não precisa de certidão de óbito para condenar alguém por homicídio. Sob o ponto de vista psicológico do jurado, no entanto, a questão é de extrema relevância. Tudo pode afetar a sensibilidade do júri popular. Nessa linha de raciocínio, é importante para a Defesa ter o poder de invocar a inexistência de

assento e certidão de óbito, afirmando aos jurados não ser possível condenar alguém sem a certeza absoluta da morte.

Aos jurados aplica-se o princípio da íntima convicção, não estando eles, ao contrário dos juízes de Direito, “engessados” pelo disposto nos arts. 155, 158 e 167, do Código de Processo Penal. Já para a Acusação, ter uma certidão de óbito é fundamental para afirmar que não se trata de mero desaparecimento. Isso quer dizer que, embora não haja imprescindibilidade dessa prova, sua efetiva utilização repercute na esfera de convicção dos jurados, pois afeta o julgamento na sua essência.

A partir das conclusões obtidas a respeito da certidão de óbito de Eliza Samudio -, que entendimentos podem ser formulados?

Considerando que a lavratura do assento e respectiva certidão de óbito não poderiam ter sido determinadas pelo juízo criminal, seja pela ausência de prejudicialidade, seja pela ausência de competência,, o referido assento pode ser tido, em princípio, como *prova ilícita* por derivação, conforme os arts. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, e 157, *caput*, do Código de Processo Penal. Deve-se examinar com maior atenção esse ponto.

No Direito Processual Penal, vigora o princípio da verdade real ou substancial, exigindo-se que todos os fatos sejam devidamente comprovados pela Acusação, inexistindo a presunção de veracidade dos fatos não contestados ou confessados pela parte contrária, característica do processo civil, que, ao contrário daquele, é regido pelo princípio da verdade formal ou processual, salvo no tocante às ações que tenham por objeto direitos indisponíveis.

Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco explicam que “a natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiem em atos ou omissões das partes”⁴. Esse tratamento diferenciado nas duas searas processuais decorre do acréscimo de um elemento fundamental: no processo civil, bastam a

⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 65. Conforme lição dos mesmos autores, “no processo penal, porém, o fenômeno é inverso: só excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade formal, quando não disponha de meios para assegurar a verdade real (CPP, art. 386, inc. VI). Assim, p. ex.: absolvido o réu, não poderá ser instaurado novo processo criminal pelo mesmo fato, após a coisa julgada, ainda que venham a ser descobertas provas concludentes contra ele. É uma concessão à verdade formal, ditada por motivos políticos” (p. 65, com referência à redação anterior à Lei 11.690/08 – atual art. 386, inciso VII, do CPP).

jurisdição, o processo e a ação, enquanto que no processo penal exige-se também a defesa.

De ambos os princípios (verdade real e processual), deriva o “princípio da *liberdade das provas*, que não é (de forma alguma) absoluta. As partes contam com liberdade para a obtenção, apresentação e produção da prova, mas essa liberdade tem limites. Nem tudo que pode ser útil para a descoberta da verdade está amparado pelo direito vigente. O direito não deve ser realizado a qualquer preço”⁵. Nessa linha de raciocínio, a vedação das provas ilícitas consiste numa limitação – justa e razoável – à própria busca da verdade real, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal, princípios norteadores de nosso sistema jurídico⁶.

Há que se distinguir as provas ilícitas das ilegítimas: aquelas são obtidas com violação de normas de direito material(v.g., policial obtém uma confissão mediante tortura), enquanto nestas há ofensa a normas de direito processual(v.g. inversão injustificada dos depoimentos das testemunhas em audiência, gerando prejuízo a uma das partes; CPP, art. 400, *caput*). Ambas são espécies do gênero “provas ilegais”⁷, também chamadas de “proibidas”⁸ ou “vedadas”⁹.

Uma última espécie são as chamadas *provas ilícitas por derivação*, ou seja, as provas obtidas através de uma prova ilegal, mas que, em si mesmas (i.e., isoladamente) não o são. É o exemplo dos policiais que realizam uma interceptação telefônica sem autorização judicial, obtendo informações sobre a localização do produto do crime, prova ilícita que contamina a subsequente busca e apreensão determinada pelo juiz de Direito com base em “denúncia anônima” relatada pela autoridade policial, devendo a

⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Alterações no Código de Processo Penal: Provas Ilícitas; Sistema da Inadmissibilidade; Lei nº 11.690/2008*. In: Revista Magister de Direito Pena, e Processual Penal. Ano V, n. 26, Out-Nov, 2008, p. 44.

⁶ Outras limitações à busca da verdade real podem ser mencionadas, como a proibição do juiz fundamentar sua decisão em elementos da fase de investigação (CPP, art. 155), as limitações aos debates no Tribunal do Júri (CPP, art. 478) e a própria absolvição por insuficiência probatória (CPP, art. 386, VII).

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10^a ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 123.

⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 4^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 241-242.

⁹ GRINOVER; Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 126. Como lecionam os autores, “para a violação do impedimento meramente processual basta a sanção erigida através da nulidade do ato cumprido e da ineficácia da decisão que se fundar sobre os resultados do acertamento. Mas o ponto que dá origem a maiores discussões é aquele atinente à relevância das provas cuja obtenção constitui ato materialmente ilícito” (p. 127).

medida cautelar ser declarada nula, justamente por ser derivada de uma prova ilícita, muito embora, considerada em si mesma, ela não o seja.

Cuida-se da aplicação da teoria norte-americana dos “frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*), referida pelo ministro Celso de Mello: [...] “a doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal” (RHC 90376/RJ, Segunda Turma, j. 03.04.2007)¹⁰.

A vedação das provas ilícitas acabou sendo consagrada, em 1988, como uma garantia fundamental: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (CF/88, art. 5º, LVI)¹¹. Mais recentemente, essa vedação foi normatizada pelo art. 157 do Código de Processo Penal, com a (redação da Lei 11.690/08)¹². As provas ilícitas, nesses termos, devem ser desentranhadas do processo, adotando-se, pois, o sistema da inadmissibilidade¹³, incluindo-se também as ilícitas por derivação, salvo, quanto a estas, quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (CPP, art. 157, *caput* e § 1º)¹⁴.

¹⁰ Confira-se ainda dois importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, referidos por Alexandre de Moraes: HC 69912-0/RS; Ação Penal 3073/DF; HC 72588/PB.

¹¹ A *ratio essendi* da referida vedação constitucional, como bem ressaltado por Gabriel Silveira de Queirós Campos, é a “proteção dos direitos fundamentais contra abusos praticados por agentes estatais” (*Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 124).

¹² Já o novo Código de Processo Civil, em seu art. 369, adotou, *a contrario sensu*, a vedação das provas ilícitas, silenciando, todavia, quanto ao seu destino (desentranhamento ou declaração de nulidade na sentença): “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (grifou-se).

¹³ Segundo Luiz Flávio Gomes, o Brasil, a partir da década de 70, inspirado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, passou a adotar o sistema da inadmissibilidade das provas ilícitas, o qual determina que essa prova seja desentranhada dos autos, em oposição ao sistema da admissibilidade, em que ela é mantida nos autos, cabendo ao juiz declarar a sua nulidade na sentença (op. cit., p. 44-45).

¹⁴ Transcreve-se o art. 157 do Código de Processo Penal:

“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”.

A vedação das provas ilícitas também não é absoluta, sendo admitida sua utilização em favor da Defesa em hipóteses excepcionais, com fundamento no princípio da proporcionalidade, quando não houver outro meio do acusado comprovar a sua inocência¹⁵. Outro fundamento para o reconhecimento de uma prova ilícita *pro reo* é a própria ponderação de interesses (vedação da prova ilícita e *favor rei*)¹⁶.

Mas, seja pela aplicação do princípio da proporcionalidade, seja pela ponderação de interesses, certo é que se a vedação das provas ilícitas é uma exceção à busca da verdade real, esta, dialeticamente, também é uma exceção àquela, desde que utilizada em favor da Defesa e em hipóteses excepcionais, de acordo com o princípio da proporcionalidade. Pode-se trazer o exemplo de uma interceptação telefônica sem autorização judicial que demonstra, claramente, que o acusado não foi o autor do delito.

Se a utilização da prova ilícita em favor do acusado encontra alguma aceitação em casos excepcionais, quando for a única maneira de comprovar a sua inocência, o mesmo não se pode dizer sobre sua aplicação *pro societate*, que - apesar de algumas vozes minoritárias em sentido contrário¹⁷ -, deve ser rejeitada de forma absoluta, sem qualquer exceção, justamente por constituir uma das facetas do “Direito Penal do Inimigo”, que permite a relativização dos direitos fundamentais em prejuízo da Defesa¹⁸.

Sendo, portanto, absoluta a vedação das provas ilícitas *pro societate*, uma vez verificada a ilicitude originária ou derivada de uma prova, podem ocorrer as seguintes situações:

a) Se ainda não existe uma sentença, a prova será desentranhada dos autos, como determina o art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal; cumpre ressaltar que referida

¹⁵ Como lecionam Maluly e Demercian, “a atenuação do entendimento da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo baseia-se no princípio da razoabilidade, ou proporcionalidade, que, norteando a atuação do juiz, aceita o sacrifício de direitos individuais para garantir a realização da justiça penal. O rigor constitucional, assim, deve ser analisado no confronto com outros princípios e interesses igualmente relevantes (o estado de inocência do acusado e a verdade real) (*As provas ilícitas segundo a Lei 11.690, de 2008*. In: Revista da ESMP. Ano 1, v. 2, n. 1, Jul-Dez, 2008, p. 137). No mesmo sentido: RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 480; e MORAES, op. cit., p. 124-125.

¹⁶ CAMPOS, op. cit., p. 220-223.

¹⁷ No sentido da admissibilidade das provas ilícitas *pro societate*, “em algumas situações”, aplicando-se igualmente a ponderação de bens: CAMPOS, op. cit., p. 233.

¹⁸ Confira-se, sobre o assunto: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: Noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, especialmente as páginas 39 a 41, que tratam dos reflexos processuais penais dessa doutrina.

decisão poderá anular a instrução processual, no todo ou em parte, cabendo recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, XIII);¹⁹

b) Se já existe uma sentença condenatória e o Tribunal, ao julgar a apelação, reconhecer a ilicitude da prova (originária ou derivada), ele poderá:

b.i- Desentranhar a prova, porém manter a condenação, caso entenda que esta se fundamentou em outras provas, não havendo, portanto, uma contaminação necessária das demais provas produzidas sob o crivo do contraditório²⁰;

b.ii- Desentranhar a prova ilícita e decretar a nulidade do próprio julgamento, quando entender que a sentença condenatória, apesar de ter examinado e levado em conta outras provas, apoiou-se *essencialmente* na prova cuja ilicitude originária ou derivada restou comprovada; neste caso, o magistrado de primeira instância deverá proferir outra sentença, obviamente, sem levar em conta a prova ilícita que foi desentranhada;

b.iii- Desentranhar a prova ilícita e absolver o acusado, quando ela serviu como fundamento *exclusivo* da sentença condenatória. Essa hipótese é tratada por Ada Pellegrini Grinover, Magalhães Gomes Filho e Scarance Fernandes – embora eles não a distingam da anterior –, que entendem não haver supressão de instância, pois o Tribunal pode conhecer integralmente a causa²¹. A questão do julgamento perante o Tribunal do Júri não escapou à apreciação dos autores: “Se a decisão de pronúncia tiver nela [prova ilícita] se apoiado , poderá ser reformada pela via recursal ou anulada mediante *habeas corpus*. Mas se se consumar a preclusão e o *habeas corpus* não for impetrado, não compete ao juiz Presidente qualquer providência: o veredito dos jurados, porém, será irremediavelmente nulo, até porque a ausência de motivação impede o conhecimento das razões de julgar. Se as provas ilícitas tiverem ingressado no processo, mas não tiverem sido levadas em consideração na pronúncia, o Presidente mandará desentranhá-

¹⁹ Neste sentido: RANGEL, op. cit., p. 479.

²⁰ Neste mesmo sentido, Maluly e Demercian, amparados em decisões do Supremo Tribunal Federal, ressaltam que “a ilegalidade da prova originária ou das derivadas, porém, não compromete a existência do processo, se não tiver sido produzida com violação à norma processual, bem como não acarreta a absolvição do acusado, se sua condenação se baseou em outras provas regularmente introduzidas na instrução. A prova ilícita, não sendo a única produzida, não contamina as demais se dela não decorrentes. Prevalece na hipótese a incomunicabilidade entre as provas” (op. cit., p. 141).

²¹ Op. cit., p. 138.

las, antes que delas tomem conhecimento os jurados. Mas se a elas fizer referência em plenário, o juiz deverá dissolver o Conselho de Sentença”²².

III. APLICAÇÃO AO CASO SAMUDIO

Voltando ao caso Eliza Samudio, se for reconhecida a incompetência absoluta (*ratione materiae*) do juiz criminal para determinar o registro do assento de óbito e a expedição da respectiva certidão, poderia o Tribunal de Justiça mineiro, em tese, proferir as seguintes decisões no julgamento da apelação contra a sentença do Tribunal do Júri:

a) Determinar a anulação da decisão do juiz criminal que mandou lavrar o assento de óbito de Eliza Samudio, com base na condenação proferida pelos jurados no julgamento dos coautores, mantendo, todavia, a sentença condenatória do ex-goleiro Bruno, por entender que a certidão de óbito *não foi uma prova fundamental* para a condenação, com fundamento nos arts. 155, 158 e 167, do Código de Processo Penal. Neste caso, o Tribunal determinaria tão somente o desentranhamento da certidão de óbito, com base no art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal, por entender que se trata de uma prova ilícita por derivação, havendo uma ilicitude na origem (decisão por juiz incompetente e sem observância do devido processo legal), que contamina a prova produzida em seguida, a qual, considerada em si mesma, é lícita (certidão de óbito elaborada por oficial registrador competente, no exercício da função e de acordo com as formalidades legais), mas que foi contaminada pela ilicitude originária, como decorrência da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*);

b) Determinar a anulação da decisão do juiz criminal que mandou lavrar o assento de óbito de Eliza Samudio, bem como a ilicitude por derivação da respectiva certidão de óbito, sob os mesmos argumentos expostos no subitem anterior (a), mas anulando também o próprio julgamento pelo Tribunal do Júri, pois como aos jurados se aplica o princípio da íntima convicção – e não o da persuasão racional, inerente aos juízes de Direito –, a utilização de uma certidão de óbito contaminada pela ilicitude na origem afetaria a própria estrutura do julgamento, influindo claramente na decisão dos jurados. A estes não se aplicam, com a mesma rigidez, os arts. 155, 158 e 167 do Código de Processo Penal, e eles poderiam, sim, ter fundamentado suas decisões,

²² Ibid p. 138-139.

internamente, apenas na certidão de óbito utilizada no julgamento, de tal modo que o seu singelo desentranhamento dos autos, a esta altura do processo, seria inócuo para preservar os direitos da Defesa.

IV. CONCLUSÃO

O novo *capítulo* do caso Eliza Samudio, que foi estudado nessa pequena série de três colunas, é no mínimo sintomático. Enxergar aí apenas um “escorregão” de formalidade, que em nada modifica a estrutura do julgamento, é entendimento altamente enganoso. Envolvem-se, na verdade, questões jurídicas elementares, cuja inobservância põe em risco até mesmo as mais contundentes “razões”. Dar ordem para lavratura de assento de óbito e expedição de certidão não é algo singelo, como pode parecer. Há efeitos que, seja na esfera civil, seja na esfera penal, podem atingir seriamente a vida das pessoas.

Muitas vezes, em nome da celeridade ou da justiça (essa desconhecida) atropela-se a lei e acaba-se justamente prejudicando aqueles a quem se pretendia tutelar. A instrumentalização absoluta do direito, que no Brasil assume os ares de um perigoso decisionismo, vai aos poucos retirando a seriedade das argumentações e fomentando o império daquilo que “parece ser correto; parece ser bom; parece ser justo”. A confusão criada quando se ingressa nesse “império” é geral. Além de abalar as estruturas do próprio direito, abala também as soluções “práticas” que se pretendia obter.

No caso Samudio, o que poderia parecer uma simples decisão indubitavelmente oferece um risco elevado ao próprio julgamento. Ninguém espera que aqueles que efetivamente sejam culpados no caso de Eliza saiam impunes. O que se espera – ou melhor, o que se sabe – é que o incidente poderia ter sido evitado caso os subsistemas jurídicos tivessem sido rigorosamente respeitados.

Aguarda-se, pois, o desfecho a ser dado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Sejam felizes!

Referências Bibliográficas

- CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 4^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio. *Alterações no Código de Processo Penal: Provas Ilícitas; Sistema da Inadmissibilidade; Lei nº 11.690/2008*. In: Revista Magister de Direito Pena, e Processual Penal. Ano V, n. 26, Out-Nov, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: Noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. *As provas ilícitas segundo a Lei 11.690, de 2008*. In: Revista da ESMP. Ano 1, v. 2, n. 1, Jul-Dez, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10^a ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
