Ainda sobre prova ilícita e responsabilidade pelo abuso de autoridade

Eu não posso lhe dar a fórmula para o sucesso, mas eu posso lhe dar a fórmula do fracasso: tente agradar todo mundo.

(Atribuída a Herbert Bayard Swope)

Não posso lhe dar a fórmula do sucesso, mas a do fracasso é querer agradar a todo mundo.

(Atribuída a John Fitzgerald Kennedy)

A Constituição da República de 1988 trouxe, em seu art. 5º, LVI1, isto é, como *cláusula pétrea*2, a previsão da inadmissibilidade das provas ilícitas. Isto não significou, contudo, que a matéria tenha ganhado contornos definitivos e posturas consolidadas, pois, na velha faina – por incrível que possa parecer –, seguem todos aqueles que querem dar efetividade plena à CR e, ao mesmo tempo, todos os seus inimigos, que não são poucos e têm feito o possível e o impossível para evitar a sua devida aplicação. Assim, ao invés de levar o *meio de prova*, encontrado ou constituído, a perfazer o preceito constitucional, insistem alguns, por ignorância ou má-fé, a dar a tais atos uma roupagem de licitude e, por isso, criam um sem número de argumentos, todos inconstitucionais, para tentar salvar condutas — elas sim — ilícitas e antidemocráticas.

Na base da repulsa — da tentativa de não ganhar vida o preceito constitucional — estão teses de duas ordens: uma delas ligada à matriz teórica italiana e a outra ao modelo jurisprudencial norte-americano. Do primeiro, como se sabe, veio a estrutura conceitual; do segundo, vieram os parâmetros ligados à extensão da aplicação. **Ambos**, porém, **não admitem aplicação direta e sem o devido cuidado no sistema processual penal brasileiro (como se tem feito)**, mormente aquele que se funda na CR e por uma razão primária: *na Itália e nos EUA não há a previsão constitucional que se tem no Brasil!*

Os italianos, a partir de um raciocínio lógico, trabalharam a inadmissibilidade da prova ilícita pela lógica

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

da legalidade/ilegalidade, o que leva a uma possível separação entre a admissibilidade/inadmissibilidade determinada pelo ordenamento processual penal e aquele diverso, inclusive constitucional. Se a prova foi obtida por meio ilícito, mas não há preceito processual penal proibindo sua produção no processo, poderia o juiz, por si só, decidir sobre aquela aquisição e produção, sem prejudicar sua introdução e utilização no processo penal.

Já os norte-americanos, por sua Suprema Corte, construíram a partir da Emenda IV à Constituição de 17873 as chamadas *rules of exclusion* para a vedação à prova ilícita (*illegally obtained evidence*), a fim de fazer valer a garantia constitucional da liberdade de domicílio. Ao tentar fixar a extensão de tal regra, consolidou-se a *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*, uma metáfora para explicar que se a prova é ilícita, também deveria ser tudo o que dela fosse consequência e, assim, os resultados obtidos, ainda que indiretos, derivados, como os frutos de uma árvore envenenada. Porém, em tal julgado ficou demarcado que o juiz teria *discricionariedade* da produção e avaliação em cada caso concreto onde aparecesse o problema sobre a admissão ou não da prova ilícita nos casos que estivessem fora da chamada "*exclusionary rule*"4, o que levou à *doutrina da atenuação* ("*attenuation doctrine*"), segundo a qual não se aplica a regra de exclusão quando o conhecimento decorre de uma "fonte independente" daquela prova que se toma como ilícita, e à teoria da "*inevitable descovery*" (descoberta inevitável) ou "hypothetical independente source" (fonte hipotética independente), que se difere da teoria da "'fonte independente' no sentido de que a questão não é se a polícia *em realidade* obteve certa prova confiando em uma fonte não maculada, mas se a prova de fato obtida ilegalmente seria inevitavelmente ou eventualmente ou provavelmente descoberta de forma legal"5. Ainda que existam variações quanto à extensão, é certo, pela *Regra de Brady*6, que toda a atuação da acusação deve, sempre, como representante da sociedade, ter por objetivo a realização da justiça, antes da condenação criminal, o que já exige dos agentes públicos a lealdade em relação aos preceitos constitucionais.

Clique aqui para continuar lendo e acessar a íntegra

Texto parcialmente publicado como "Prova ilícita e a responsabilidade pelo abuso de autoridade", nos Anais da Conferência Nacional dos Advogados: liberdade, democracia, meio ambiente, Curitiba, 20 a 24 de novembro de 2011. Coord. Aline Machado Costa Timm. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2012.

---

1 "CR, art. 5º, LVI. São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos"

2 "CR, art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais."

3 Emenda IV – "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized." (O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas, papéis, e demais pertences, contra desarrazoadas buscas e apreensões, não poderá ser violado, nem mandados poderão ser expedidos, senão baseados em causa provável, suportada por juramento ou afirmação, e particular descrição do local a ser buscado e das pessoas e coisa a serem apreendidas.)

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

4 Isso porque o *Justice* Holmes, em seu voto, afirmou, no melhor estilo pragmático, que tal prova não era admissível, mas nem por isso seriam os fatos dos quais o conhecimento teria vindo dessa forma "*sacred and inaccessible*", isto é, invioláveis e inacessíveis: "The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that it shall not be used at all. Of course this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it in the way proposed." (*Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920).*

5 KAMISAR, Yale; LaFAVE, Waye R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. Modern criminal procedure: cases, comments and questions. 10ª ed.. Saint Paul: West, 2002, p. 766: "A variation of the 'independent source' exception in the 'inevitable discovery' or 'hypothetical independent source' rule, a doctrine long utilized by many lower courts and recently accepted by the U.S. Supreme Court. This doctrine differs from the 'independent source' exception in that the question is not whether the police *actually* certain evidence by reliance upon an untainted source, but whether evidence in fact obtained illegally would inevitably or eventually or probably have been discovered lawfully."

6 *Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963).*

Date Created
12/03/2021

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.