

AINDA SOBRE A PROVA ILÍCITA E A RESPONSABILIDADE PELO ABUSO DE AUTORIDADE¹

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

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, LVI², isto é, como *cláusula pétrea*³, 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 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.

¹ 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.

² “CR, art. 5º, LVI. São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”

³ “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.”

Já os norte-americanos, por sua Suprema Corte, construíram a partir da Emenda IV à Constituição de 1787⁴ 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*”⁵, 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 discovery*” (descoberta inevitável) ou “*hypothetical independent 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”⁶. Ainda que existam variações quanto à extensão, é certo, pela *Regra de Brady*⁷, 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.

Tanto italianos como norte-americanos sofrem com três problemas cruciais (além de outros de menor importância) diante das posições que assumem majoritariamente – *sempre lembrando que para eles não há um preceito específico prevendo a inadmissibilidade da prova ilícita e isso é determinante nos seus modos de pensar* –, isto é, 1º, a imensa dificuldade de “*individualizar a norma*”⁸; 2º, a extensão

⁴ 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.)

⁵ 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).

⁶ KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne 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.”

⁷ *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963).

⁸ NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *In* *Rivista di*

que se deve dar à adequação típica⁹, mormente quando, sem preceito proibitivo da inadmissibilidade, deva-se trabalhar com preceitos indeterminados como, por exemplo, aquele de *razoabilidade*¹⁰ e, por fim, 3º, as consequências que se deva ter no plano da violação concreta de preceitos extraprocessuais penais¹¹.

O legislador constituinte brasileiro de 1988, ciente de toda a problemática que o mundo enfrentava sobre o tema das provas ilícitas, optou pela redação do art. 5º, LVI, da CR. Esta foi, sem dúvida, a melhor possível (ou quase), pois vai ao coração da problemática e *deixa taxativo a inadmissibilidade*, no processo, das provas ilícitas, ou melhor, daquelas “obtidas por meios ilícitos”. Com isso e sem se fazer confusão entre objeto de prova e meio de prova – sempre tão frequente na dogmática processual penal, mormente na jurisprudência –, percebeu-se que a prova se tornava írrita em razão da maneira como era *encontrada ou construída* e, portanto, *obtida*. Justo porque *é ali que se dá a violação ao preceito legal, seja ele qual for*, mesmo porque o preceito constitucional não faz qualquer diferença e *não seria o intérprete aquele que poderia fazer*, por sinal e como é primário, nem o legislador infraconstitucional, dado que o *due process of law* chega até tal ponto, o que é despiendo discutir.

Por isso, *em se tratando de preceito que expressa um direito individual referente ao devido processo legal (pelo “são inadmissíveis, no processo) e limita a conduta de quem quer que seja, dos servidores públicos aos privados (pelo “as provas obtidas por meios ilícitos”)*, não pode receber, de forma alguma, *interpretação restritiva*, como insistentemente vêm alguns querendo fazer, sem esquecer que se trata das *provas obtidas* e, por isso, *todas!* E assim, como se diz na prática, não se pode porque o texto não admite, ou melhor, e para tentar ser mais preciso, porque as palavras do preceito não comportam uma redução que, vê-se logo, nele não está justo em razão de ser o que se não pretendia. De qualquer maneira, o próprio art. 5º, § 2º, da CR¹² (para quem precisa da autorização legal!), combinado com o art. 3º, do CPP¹³, abrem espaço

diritto processuale. Padova: Cedam, 1966, p. 474.

⁹ AMAR, Akhil Reed. The constitution and criminal procedure: first principles. New Haven and London: Yale University Press, 1997, pp. 1-45.

¹⁰ “Unreasonable searches and seizures”, do texto da Emenda IV, com frequência é expresso como “unlawfull searches”, ou seja, em português, *busca arbitrária*, embora não se possa deixar fora a noção de *busca irrazoável*, em face de tudo o que se tem dito, no Brasil, desse *argumento de lógica* que é a *razoabilidade*. Doutra parte, “seizures”, como se sabe, também pode ser *busca* mas, na hipótese, está ligado ao resultado dela, *apreensão*.

¹¹ Por todos, v. SCAPARONE, M. *Common Law* e processo penale, Milano: Giuffrè, 1974, p. 162: “La tesi favorevole alla regola di esclusione è invece dettata dalla preoccupazione di assicurare in ogni caso la legalità della repressione del reato. Essa può venire giustificata, *com'è tradizionalmente giustificata dalla Corte suprema americana, con la considerazione che le sanzioni previste per l'illecito del funzionario di polizia vengono applicate raramente*, sicchè solo la prevista inutilizzabilità nel processo penale della prova di colpevolezza illegalmente ottenuta può assicurare la legalità dell'azione dell'inquirente.” (“A tese favorável à regra de exclusão é pelo contrário ditada pela preocupação de assegurar em cada caso a legalidade da repressão ao crime. Essa pode ser justificada, *como é tradicionalmente justificada pela Corte Suprema americana, com a consideração que as sanções previstas para o ilícito do funcionário de polícia vêm aplicada raramente*, assim como só a previsão da inutilizabilidade no processo penal da prova de culpabilidade ilegalmente obtida pode assegurar a legalidade da ação do inquirente.”) (Grifou-se).

¹² CR, art. 5º, § 2º - “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

¹³ CPP, art. 3º - “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

para a aplicação do Canon 18, do Código Canônico¹⁴, com todos os princípios que o suportam, o que inexplicavelmente segue desconhecido solenemente *in terrae brasilis*: “*Leges quae poenam statuunt aut liberum iurium exercitium coarctant aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi.*”¹⁵

Pela expressa previsão constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, tudo parecia resolvido em um Brasil a caminho da efetivação democrática plena, no pós 88, mas, como se sabe bem, a solução começou logo a ser vivida como pesadelo; e já não era mais, obviamente, por falta de lei. E que lei!

Em verdade, por um mundo de motivos, não se consegue fazer viva a Constituição: quando não se tem nada para discutir e inventar em termos de hermenêutica, por força de um texto que diz quase tudo que pode dizer, aí sim é que se inventa. Chega, por certo, a ser paradoxal se se leva em consideração tudo aquilo que se estuda no Direito a partir das escolas positivistas, começando por Kelsen e sua moldura. É como se o texto oferecesse uma moldura perfeita (ou quase) e não se tivesse nada para agregar e, mesmo assim, seja lá por que for, cria-se uma brecha pela qual o que se pretende é não deixar o preceito se efetivar. Está-se diante, dentre outras coisas, da maior expressão do *jogo ideológico*, mormente porque *o texto constitucional, como se sabe, é incompatível com os postulados do pensamento neoliberal dominante* e que quer ser um *pensamento único*, como exprimiu Ignácio Ramonet. Natural, então, que, onde não se tenha um aparente furo de linguagem, crie-se o tal furo e, para ele, a linguagem adequada para tamponá-lo. Na falta da palavra, coloca-se... palavras. Trata-se, porém, de uma *vergonhosa tentativa*, logo desmascarada porque se não pode tomar todos, em todo tempo, como parvos, dado não serem. Sobra, todavia, principalmente quando em questão estão os espaços do poder (como o do Judiciário e sua relação com o Executivo e Legislativo), um enorme sofrimento ao povo e se abala os alicerces da nação pois, do ponto de vista do registro simbólico, só faz aumentar a descrença nas instituições (começando pelas de Brasília), nas leis (começando pela constitucional) e nos homens, começando pelos *públicos*.

¹⁴ Perceba-se pelo lado oposto, a mesma posição: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A absurda relativização absoluta de princípio e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In MIRANDA COUTINHO, J.N; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo. Constituição e ativismo judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 194: “Perceba-se: a regra é o Estado proteger a vida na sua totalidade, pois veio para tanto. Mas não é possível matar? Sim, mas tão só no **espaço estritamente fixado pela Constituição**, justo por ser – como se percebe – a exceção. Aqui, o que se deve ressaltar é *delimitação estrita da exceção*, pela sua natureza. **Logo, se a regra é excepcional, não poderia ter, em hipótese alguma, interpretação extensiva, tudo ao contrário do que vêm sustentando os arautos da relativização das regras e princípios.** ‘*Leges quae poenam statuunt aut liberum iurium exercitium coarctant aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi*’ é a regra do Cãnon 18 do Código Canônico e no Brasil aplicável, dentre outras, pela regra do art. 5º, § 2º, da CR. Tal cãnon, como se vê pela literalidade, fixa vários princípios, dos quais se resalta aquele referente à **odia sunt restringenda et favores ampliandi**, ou seja, **interpretação lata dos favores e estrita das limitações**. Deste modo, **não há dúvida que as exceções (necessariamente) abertas à inviolabilidade dos direitos fundamentais e seus consequentes, dentro dos limites que têm (ou são), não admitem, em nome de nada e de ninguém, qualquer violação**, o que se dá com a extensão da interpretação.”

¹⁵ Código Canônico, Canon 18 - “As leis que estabelecem pena ou limitam o livre exercício dos direitos ou contém exceção à lei devem ser interpretadas estritamente”.

Os tribunais brasileiros nunca conviveram bem com a prova ilícita obtida mediante tortura, mesmo antes da CR 88 e quando se admitia, na sua mais larga extensão, o *male captum bene retentum*, ainda que contra boa parte da doutrina. Enfim, encontrava-se uma solução jurídica para inviabilizar a prova e não a admitir no processo. Criavam-se diatribes para justificar a sua aceitação, tendo tudo isso por trás a prevalência – insuportável – da “*busca da verdade real*” sobre a *dignidade da pessoa humana*, a qual tinha como resultado, mais ou menos, o aforismo, de todo antidemocrático, de que *os fins justificam os meios*. E assim era porque a situação criava um quadro similar àquele esquizofrênico na cabeça pouco esperta de alguns menos preparados ou mesmo, quando bem intencionados, fiéis seguidores da literalidade das leis. Foi por esses, enfim, que o texto constitucional referente à inadmissibilidade da prova ilícita se fez necessário.

De qualquer modo e como não poderia deixar de ser, *o simples preceito constitucional não bastou*, como sói acontecer, em função de que *o problema não é de ordem legal ou filosófico e sim em razão da questão ideológica* e que desaguou, sobretudo, no *solipsismo jurídico*¹⁶. Uma coisa é certa e deve ser dita desde logo: *com regras e princípios constitucionais não se brinca, não se negocia, não se relativiza – como se tem feito e nome de deuses menores –, sob pena de se inviabilizar os próprios direitos e garantias individuais*. Assim, textos que nascem para prever taxativamente as limitações ao alcance hermenêutico não podem, por motivo algum, salvo onde a discussão pode ser admitida, receber extensão ou restrição.

Por tal motivo que se diz que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” e não se dá – como de fato o legislador não deu – espaço para as restrições, razão por que elas não podem ser acolhidas, logo, *todas as provas, se forem obtidas por meios ilícitos, não devem ser admitidas*, salvo se forem em favor da defesa, em face do princípio da proporcionalidade, aplicável à espécie por força do cotejo de princípios que rege a matéria.¹⁷ **Fica simples, deste modo, sustentar que se não pode ter, no Brasil, os problemas que têm italianos e norte-americanos.** A prática, contudo, dos órgãos de investigação aos tribunais, passando pela opinião pública regida pelos meios de comunicação e pelo magistério jurídico, desaconselha uma conclusão simplista. *Habemus legis; ma non troppo*.

Não se pode ter dúvida, portanto, que qualquer manipulação do preceito constitucional, na via hermenêutica, é espúria. E isso deve atingir, ainda que alguns não queiram, aquilo que os norte-americanos chamam de “*hypothetical independent source*”, ou seja, algo que só faz sentido quando não se tem previsão expressa da inadmissibilidade, como é sintomático. No caso brasileiro, *a legalidade* não permite

¹⁶ O juiz solipsista, nas palavras de Lenio Luiz Streck:

“o-juiz-constrói-sua-decisão-a-partir-de-uma-simbiose-de-razões-e-sentimentos que são apenas seus” (STRECK, Lenio Luiz. O “decido conforme a consciência” dá segurança a alguém? Consultor Jurídico, 15/05/2014. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-algue-m>>). Ver também: MORAIS DA ROSA, Alexandre; FERRAREZE FILHO, Paulo. Como se pode narrar uma decisão judicial. Consultor Jurídico, 08/05/2014. Disponível em: <

<https://www.conjur.com.br/2014-mai-08/alexandre-rosa-paulo-ferrareze-narrar-decisao-judicial>>.

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 9ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 160.

nenhuma concessão a uma *fonte meramente hipotética*, ou seja, a *mero produto mental* e, assim, insustentável dado que dos *significantes* não se pode retirar nada de *significado* a garantir alguma coisa, por mais que as aparências possam apontar naquela direção, pois arredia por completo da previsão constitucional brasileira.

Por outro lado, quando se tem a prova obtida como ilícita, a solução, no processo, como balizado pelo art. 157, do CPP¹⁸, é a *inutilização* após o *desentranhamento*, de modo que não seja usada no fundamento das decisões e, se possível, nem gere a tentação de o ser. Se a atividade é criminosa (aquela levada a efeito para se obter o meio de prova), seja em que hipótese for, isto é, por abuso de autoridade (Lei nº 13.869/19) ou outro, *deve a autoridade comunicar expressamente as autoridades competentes e/ou com atribuições para proceder à persecução penal*, na forma da lei, tudo de modo a que se possa ir criando uma cultura democrática na busca e obtenção da prova.

Por fim, os órgãos do Poder, mormente aqueles do Judiciário, não têm e nem podem ser lenientes com posturas – por certo criminosas – de agentes persecutórios que se pensam acima da lei. Em face do registro simbólico, essas pessoas, dentro de um espírito *justiceiro*, acham-se incentivadas a continuar praticando tais condutas *contra legem*, só que se sentem amparadas e, de certa forma, estão se, contra suas condutas, nada se faz. Para isso concluir é só lembrar o que se passou nos “*porões do último regime militar*” e o pouco caso que se fez à tortura e outras ações ilícitas, sendo indubitoso que isso gerou um aumento de tais práticas em relação aos crimes comuns.

Em definitivo, não é possível agradar a elas e à nação ao mesmo tempo. Como referido nas frases lapidares atribuídas a Herbert Bayard Swope, grande jornalista americano, e a John Fitzgerald Kennedy, fazer algo do gênero é, por certo, o *caminho do fracasso*, ou seja, aquele de “querer agradar a todo mundo”.

¹⁸ “CPP, 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.”