



## Comentários sobre a prova ilícita no Direito Constitucional brasileiro(1)

**Autor: Rafael Lago Salapata**

Juiz Federal Substituto

publicado em 30.10.2013

 [enviar este artigo]

 [imprimir]

Nesta apreciação, inspirada na palestra acima aludida, não se pretende esgotar ou aprofundar demasiadamente o tema proposto e já muito bem lapidado pelo brilhante expositor, mas apenas, no tocante a alguns dos pontos abordados, traçar breves comentários considerados relevantes à problemática que o cerca, especialmente diante dos reflexos de ordem prática daí advindos – porquanto se trata de matéria ainda muito debatida na seara jurisdicional e não apenas no campo acadêmico.

A licitude da prova relaciona-se diretamente com o direito individual ao **sigilo**, constitucionalmente assegurado, mesmo em reduzida graduação, desde a Constituição Imperial de 1824 (que já resguardava, notadamente, a inviolabilidade do **segredo das cartas**), bem ainda em constituições outorgadas por governos autoritários brasileiros, como na Carta Constitucional de 1937, a qual previu expressamente a inviolabilidade do sigilo das **comunicações** – ressalvando, todavia, **exceções legais**.

Tal inviolabilidade foi, a propósito, estendida a outras formas de comunicação pelo artigo 150, § 9º, da Constituição Federal de 1967, preceito o qual acolheu em seu bojo, outrossim, o sigilo das comunicações **telegráficas e telefônicas** – regra repetida pelo artigo 153, § 9º, da Emenda nº 1 de 1969.

Com a promulgação da Carta Cidadã de 1988, consolidou-se definitivamente em nossa Ordem Constitucional o respeito ao direito fundamental em exame, podendo-se extrair, especificamente, do seu artigo 5º, inciso XII, que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

A atual Constituição Federal, ademais, também foi explícita ao proteger a “casa, asilo inviolável do indivíduo” (inciso XI do artigo 5º da CF), a “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” (inciso X do art. 5º da CF), estabelecendo, finalmente, em seu artigo 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Importante salientar, para correta compreensão do tema, que o feixe de direitos fundamentais ligados diretamente ao sigilo e à intimidade, assegurados pelo constituinte originário, exurgiu do próprio contexto histórico e político pelo qual passava o país – em crescente processo de redemocratização – à época da promulgação da Carta Maior, daí sobressaindo intenção verdadeiramente garantista e humanitária, direcionada a imprimir maior efetividade possível a ditos direitos, tanto no aspecto material (proteção privada) quanto instrumental (ampla garantia processual na hipótese de lesão ou ameaça).

De qualquer sorte, infere-se que o sistema concebido em nosso país para obtenção de provas (o qual engloba a inadmissibilidade da prova ilícita como regra geral) assemelha-se, notadamente, com o modelo norte-americano – paradigma extraído da 4ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da

América, segundo a qual “não será infringido o direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra buscas e apreensões irrazoáveis e não se expedirá mandado a não ser mediante indícios de culpabilidade, confirmados por juramento ou declaração, e nele se descreverão particularmente o lugar da busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas”.

Relevante, no ponto, consignar que o sistema judicial americano, já de longa data, tem enfrentado questões tormentosas atinentes à licitude da prova, analisadas sob o prisma da inviolabilidade constitucional, daí devendo-se destacar que o primado basilar adotado naquele país envolve a aplicação do consagrado princípio da “*exclusionary rule*” (**regra de exclusão**), segundo o qual a prova obtida com violação a direitos constitucionais deve ser considerada judicialmente inadmissível.

Com efeito, ainda que a 4ª Emenda da Constituição norte-americana não estabeleça expressa sanção para hipóteses de descumprimento do preceito constitucional em pauta nem prescreva remédio para salvaguardar o direito fundamental violado, restou assentado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no conhecido precedente *Weeks v. US* (1914), que “permitir [a invasão de uma residência sem mandado] seria corroborar por decisão judicial uma manifesta negligência (...) das proibições da Constituição, nela constantes para a proteção do povo contra essas atitudes não autorizadas”.

Concebeu-se, pois, naquele país, mediante gradual evolução jurisprudencial, o reconhecimento de que referido preceito constitucional era, de fato, historicamente direcionado a dissuadir condutas ilícitas de autoridades (seu escopo, pois, não seria a tutela de condutas de ordem privada, entre particulares, o que restou decidido no julgamento do caso *Burdeau v. McDowell*, 1921), bem como que, na hipótese de violação ao direito fundamental, o governo não poderia se beneficiar com as condutas ilícitas de seus agentes, mediante aproveitamento da prova daí advinda.

A Suprema Corte norte-americana buscou, dessarte, a partir do conceito de inadmissibilidade da prova ilícita, evitar a confirmação judicial da ação violadora dos agentes do governo, assegurando, por conseguinte, a chamada **integridade judicial** – primado que, justamente, legitimaria a função jurisdicional.

Importante sublinhar, dentro desse contexto, que, mesmo após o citado julgamento *Weeks v. US*, a “*exclusionary rule*”, nos Estados Unidos da América, foi rejeitada durante período considerável em diversas Cortes Estaduais, até que a Suprema Corte estendesse expressamente a regra aos processos movidos perante estas, no julgamento do caso *Mapp v. Ohio* (1961).

Convém, ainda, apontar que a Suprema Corte Americana, a partir do caso *Plymouth Sedan v. Pennsylvania* (1958), da mesma forma, assentou que a **regra de exclusão** deveria ser aplicável a procedimentos administrativos, uma vez que as sanções daí decorrentes podem ser até mais gravosas do que determinadas penas de natureza criminal.

Por seu turno, a jurisprudência brasileira, em sede constitucional, tradicionalmente se posicionou favorável ao primado da **inadmissibilidade da prova ilícita**, mesmo em momento anterior à atual Constituição Federal, a exemplo do que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE 100094 (Rel. Min. Rafael Mayer, D.J. de 24.08.84), ocasião em que aquele Sodalício consolidou entendimento de que seria inadmissível a interceptação telefônica realizada por particulares; e, ainda, no RHC 63834 (Rel. Min. Aldir Passarinho, julgado em 18.12.86), julgamento no qual o Supremo Tribunal Federal assentou que gravações clandestinas, “além de afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo de comunicações (...), cerceiam a defesa e inibem o contraditório”.

Mais recentemente, a propósito, a “*exclusionary rule*” tem sido citada expressamente em julgados de nossa Corte Maior, tal como se pode extrair do seguinte excerto, de lavra do Exmo. Min. Celso de Melo (HC 82.788, julgado em 12.04.2005 e publicado em 02.06.2006):

“A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante

a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. **A Exclusionary Rule, consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza**, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), **qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional**, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), **não prevalecendo**, em consequência, **no ordenamento normativo brasileiro**, em matéria de atividade probatória, a **fórmula autoritária do *male captum, bene retentum***." (destaques acrescidos)

Sob todo esse prisma, tendo-se presente que nossa Ordem Jurídica, tal como a americana, consagra o primado da inadmissibilidade das provas ilícitas, parece-nos óbvio que o estudo da evolução jurisprudencial da matéria naquele país (onde, notadamente, o tema experimentou considerável alcance) reveste-se de importante aplicabilidade, mormente no exercício da atividade jurisdicional, já que – consoante acima salientado – trata-se de tema atual e recorrente nos Tribunais Pátrios, a reclamar um estudo mais detido, evitando-se a banalização dos multifacetados conceitos que lhe são aplicáveis.

Nessa esteira, em nosso meio, relevante igualmente não olvidar que o Pretório Excelso, ao enfrentar a problemática da inadmissibilidade de provas ilícitas, teve também a oportunidade de acolher a **teoria da prova ilícita por derivação** ("*fruits of the poisonous tree*"), notadamente, construção jurisprudencial norte-americana que se desenvolveu a partir da própria "*exclusionary rule*".

De fato, no HC nº 69.912-0/RS (Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, D.J. 25.03.1994), o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu especificamente que a ilicitude então examinada contaminou as demais provas produzidas, porquanto derivadas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta ilegal. Nas palavras do Eminentíssimo Ministro Relator, naquela hipótese, a

"doutrina da invalidade probatória do '*fruit of the poisonous tree*' é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria 'degravação' das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular, e não reprimir, a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas."

A regra de exclusão, todavia, experimentou atenuações no decurso do tempo – paradoxalmente, também provenientes do direito norte-americano –, daí se originando as chamadas **Teorias Restritivas do Princípio da Exclusão**.

Os precedentes mais remotos que traduzem exceção à "*exclusionary rule*" (*Wong Sun v. US*, 1963, e *Silverthorne Lumber Co. v. US*, 1920) apontam no sentido de que determinada prova proveniente de fonte ilícita não deva contaminar outras provas provenientes de fonte lícita quando estas últimas não derivarem da fonte viciada (a chamada Teoria das **Fontes Independentes**). Tal exceção acabou sendo introduzida legalmente no sistema processual penal brasileiro a partir do advento da Lei 11.690/2008, sendo que o legislador pátrio conceituou literalmente no parágrafo segundo do artigo 157 do Código de Processo Penal: "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".

Já a partir do julgamento do caso *Nix v. Williams (Williams II)*, 1984, a

jurisprudência da Suprema Corte norte-americana passou a considerar admissível a prova derivada de violação constitucional se tal prova tivesse sido descoberta “inevitavelmente” por meios de investigações lícitas e sem qualquer relação com dita violação (a chamada **Descoberta Inevitável**).

Por outro lado, do julgamento do caso *US v. Ceccolini*, 1978, infere-se que a Suprema Corte norte-americana entendeu possível a dissipação de determinada ilicitude probatória em virtude de fatores supervenientes, independentes e adicionais; isso, notadamente, quando for tênue a conexão entre determinada violação e a descoberta lícita de outras provas (Teoria da “**Descontaminação**” – “*The Purged Taint Limitation*” – ou do “**Nexo Causal Atenuado**”).

Outra exceção reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, ainda que muito questionada doutrinariamente, consistiu na denominada “**Limitação da Boa-Fé**” (*good faith exception*), que foi adotada inicialmente no julgamento do caso *US v. León*, 1984, oportunidade em que se entendeu que um mandado posteriormente invalidado não deveria contaminar provas daí advindas, porquanto seu cumprimento teria sido realizado de boa-fé pelos agentes policiais, que desconheciam o vício e acreditavam estar agindo legitimamente. Isso porque, de acordo com aquela decisão, o escopo da regra da exceção seria desestimular violações da polícia na colheita da prova, e não punir equívocos judiciais na expedição de mandados.

Pode-se citar, outrossim, como outra exceção à “*exclusionary rule*”, considerada no julgamento do caso *Rakas v. Illinois*, 1978, a **Limitação da Expectativa Legítima e Pessoal**. Naquela ocasião, a Suprema Corte americana posicionou-se no sentido de que vítima de uma busca ilegal somente pode invocar a proteção constitucional quando tiver interesse ou propriedade pessoal sobre a coisa ilicitamente vistoriada ou apreendida – ou seja, trata-se de tese jurídica que envolve a própria legitimidade da pessoa prejudicada para invocar a violação do direito fundamental e, conseqüentemente, postular a exclusão da prova ilícita.

Da doutrina norte-americana, ademais, colhem-se outras hipóteses de restrição da “*exclusionary rule*” em situações específicas, tais como quando determinada prova ilícita servir para desqualificar versão inverídica apresentada em juízo pelo acusado (destruição do alibi); quando a prova ilícita favorecer o réu; ou quando, no cumprimento de ordem legítima, o responsável pela diligência se deparar com objetos não compreendidos no objeto do mandado, mas que caracterizem conduta criminosas.

Além disso, em época recente, os Estados Unidos da América têm experimentado crescente atenuação do princípio da inadmissão da prova ilícita, como resultado de movimento jurisprudencial voltado à prevalência da eficiência sobre o garantismo penal. Nessa linha, extrai-se, exemplificativamente, do julgamento do caso *Hudson v. Michigan*, 2006, que a Suprema Corte norte-americana entendeu inaplicável a “*exclusionary rule*” “quando a exclusão não servir aos interesses protegidos pela garantia constitucional que tenha sido vulnerada”, salientando que, no estágio em que se encontra a sociedade daquele país, os remédios civis postos à disposição do cidadão mostrar-se-iam suficientes para garantir o respeito aos direitos individuais; bem como que, naquele caso em julgamento, os custos sociais decorrentes da inadmissibilidade da prova ilícita seriam maiores do que os benefícios pretendidos.

Observa-se, pois, que aquela Suprema Corte efetivou, na hipótese, nítido juízo de razoabilidade e proporcionalidade, princípios ainda pouco manejados pelos Tribunais Superiores pátrios em sede de admissibilidade de provas.

De fato, em nosso país, acerca da admissibilidade de provas, o Supremo Tribunal Federal, sob inspiração predominantemente garantista, tem considerado, como regra geral, absoluta a vedação à prova ilícita, entendendo que deve prevalecer, no tocante ao tema, a liberdade individual em detrimento da efetividade e da verdade real.

Tal posicionamento sofre críticas de ordem doutrinária, a partir da argumentação de que o primado da proporcionalidade revela-se insito ao direito. Por tal razão,

no exercício de aplicação da justiça, seria intolerável o exercício do abuso de direito a pretexto de proteção à inviolabilidade da prova. Nesse passo, de acordo com parcela da doutrina, em matéria de admissibilidade de provas, mostra-se necessário o estabelecimento de um equilíbrio entre os interesses da sociedade (de punir o criminoso) e a defesa de direitos fundamentais do indivíduo.

É possível constatar, entretanto, que timidamente as teorias intermediárias de admissibilidade da prova ilícita (as quais, em apertada síntese, consideram acertado sopesar eventuais ilicitudes da prova com os primados da proporcionalidade e da razoabilidade) têm encontrando eco em alguns julgados proferidos pelos Tribunais Pátrios, o que se percebeu, por exemplo, por ocasião do julgamento do HC 84388/SP (STF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, data de publicação: 25.10.2004), no qual o próprio Supremo Tribunal Federal considerou, em relação a autorizações sucessivas para interceptações telefônicas, que “a aparente limitação imposta pelo art. 5º da Lei 9.296/1996 não constitui óbice à viabilidade das múltiplas renovações das autorizações”; do HC 87341/PR (STF, Rel. Min. Eros Grau, data de julgamento: 07.02.2006), no qual o Eminentíssimo Ministro Relator não considerou absoluta a proteção da privacidade de servidor ímprobo, salientando que o direito individual, na hipótese, deveria ceder em prol do interesse público; e, mais remotamente, no julgamento do HC 3982/RJ (STJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, data de julgamento: 05.12.1995), no qual a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao considerar válida interceptação telefônica de conversa mantida por preso condenado que cumpria pena, assentou:

“O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que ‘são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, por meio da ‘atualização constitucional’ (*verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’ (*reasonableness*). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (*exclusionary rule*) também lá pede temperamentos.”

Partindo-se de tais argumentos, é possível concluir que o tema ora tratado ainda possui grande campo dogmático e jurisprudencial a ser construído, especialmente a partir de mudanças sociais experimentadas pelas sociedades ao longo dos últimos anos. Concordamos, nessa esteira, que, no exercício da atividade jurisdicional, a aplicação da regra de inadmissibilidade das provas ilícitas não pode estar alheia a uma análise de razoabilidade e proporcionalidade, especialmente considerando os fins sociais a serem alcançados pela norma de proteção e os motivos que originariamente justificaram a elaboração das doutrinas que lhe dão substrato. Sob esse prisma, o presente estudo acabou vindo ao encontro de anseio justificável do subscritor, de refletir mais detidamente sobre a matéria, a qual, justamente em razão de sua relevância e de sua aplicabilidade prática, envolveu-nos positivamente, estimulando o salutar desenvolvimento da pesquisa.

## Notas

1. Comentário desenvolvido a partir de aula proferida pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Néfi Cordeiro no Curso de Currículo Permanente de Direito Constitucional, ano de 2012, Módulo V.

### Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

SALAPATA, Rafael Lago. Comentários sobre a prova ilícita no Direito Constitucional brasileiro. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 56, out. 2013. Edição especial 25 anos da Constituição de 1988. (Grandes temas do Brasil contemporâneo). Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Rafael\\_Salapata.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Rafael_Salapata.html)> Acesso em: 18 dez. 2013.