#DezMedidas: Excludentes de ilicitude da prova

Helio Telho Corrêa Filho[1]

Entre as dez medidas contra a corrupção e a impunidade sugeridas pelo Ministério Público Federal, uma das que tem causado maior polêmica é a que propõe redefinir as regras pertinentes à ilicitude das provas. A proposta ganhou oposição da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)[2], que a rotulou de "descalabro de propor a relativização da prova ilícita", "violação de uma garantia constitucional irrevogável, que é o da vedação da prova ilícita" e que "admitir provas ilícitas, ou abonar atos ilegais, significa estimular o descumprimento da lei na sociedade"[3].

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), que dedicou o seu Boletim nº 277[4] integralmente a contestar as medidas propostas pelo MPF, também se opôs, em artigo da lavra de Gustavo Badaró, que mal conseguiu disfarçar o desconforto de levar a cabo a missão de criticar proposta que sugere a adoção de conceito de prova ilícita muito semelhante (e até menos restritivo) ao que o próprio autor defende[5].

Como se verá adiante, não se está a propor a relativização de garantia constitucional, nem se defende a admissibilidade das provas ilícitas ou o descumprimento da lei, como equivocada e superficialmente sustenta a OAB.

---

1 Foi promotor de Justiça em Goiás e no Distrito Federal e procurador regional eleitoral em Goiás. É procurador da República em Goiás, coordenador do Núcleo de Combate à Corrupção da Procuradoria da República em Goiás e colaborador eventual da Escola Superior do Ministério Público da União.

2 A Consultoria Legislativa do Senado também se opôs, alinhavando como único argumento contrário o fato de não ser admissível a aplicação do princípio da proporcionalidade para relativizar a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas (OLIVEIRA, J. M. F. *et al.* Como Combater a Corrupção? uma avaliação de impacto legislativo de proposta em discussão no Congresso Nacional. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, Julho/2015 – Texto para Discussão n. 179. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 16 jul. 2015). Contudo, os ilustres consultores legislativos que elaboraram o estudo se debruçaram sobre uma versão preliminar da proposta (minuta), que sofreu profundas alterações até se chegar à versão final submetida à subscrição popular, que não contemplou a aplicação do princípio da proporcionalidade. Por essa razão, referida oposição não será considerada neste artigo.

3 Conselho Federal da OAB, Proposição n. 49.0000.2015.002558-1/COP, relator conselheiro Federal Eurico Soares Montenegro Neto (RO).

4 Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), n. 277, ano 23, dez. 2015.

5 O conceito defendido por Gustavo Badaró para prova ilícita é o seguinte: "podem ser definidas como provas ilícitas as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais". O conceito proposto pelo MPF é praticamente idêntico (aliás, até mais amplo), confira: "as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais".

A Constituição assegura, em seu art. 5.º, *caput*, LIV, que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A garantia constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas foi importada do direito norte-americano, onde nasceu a partir de construção jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (Scotus) e consiste em um conjunto de regras não escritas na lei (no sistema da *Common Law* boa parte das regras jurídicas é construída pela jurisprudência, por meio dos chamados precedentes) segundo as quais as provas obtidas em violação à Quarta Emenda à Constituição dos EUA (que assegura a inviolabilidade do cidadão contra buscas e apreensões sem autorização baseada em causa provável), à Quinta Emenda (que assegura o devido processo legal e o direito à não autoincriminação) e à Sexta Emenda (que assegura ao acusado um julgamento público, imparcial, com direito de defesa e de conhecer a acusação que pesa contra si e a identidade de quem o está acusando) são inadmissíveis no processo criminal (*exclusionary rules*).

Releva observar que, no direito norte-americano (onde a regra nasceu e de onde veio importada para o direito brasileiro) as *“exclusionary rules”* se aplicam tão somente aos **processos criminais** e se destinam a prevenir que os agentes do Estado violem direitos constitucionais para obter provas e delas se utilizem contra o suspeito da prática de crime (*deterrent*). Em outras palavras, as regras de inadmissibilidade das provas ilícitas objetivam dissuadir os policiais de violar direitos constitucionais e, ao mesmo tempo, fornecem remédio aos réus ou investigados que tiveram seus direitos violados. No artigo ora comentado, o próprio Gustavo Badaró ensina que “a finalidade das 'exclusionaries rules' não é proteger cidadãos, para que seus direitos individuais não sejam violados, mas dissuadir os agentes policiais de cometerem violações a tais direitos”.

Quando da importação para o Brasil, contudo, o legislador brasileiro, inexplicavelmente, divorciou-se da origem e se distanciou dos objetivos que levaram à criação das *“exclusionary rules”* e criou um estranho sistema de regras que, além de disfuncional, possui caráter extremamente subjetivo, que se traduz em insegurança jurídica, conduz a decisões seletivas, transforma o processo em uma autêntica loteria e resulta em impunidade.

Daí as mudanças propostas pelo MPF.

A primeira na própria conceituação do que sejam provas ilícitas. A Constituição não as define. O Código de Processo Penal, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.690/2008, passou a conceituá-las como sendo "as obtidas em violação a **normas** constitucionais ou legais.". O conceito é por demais amplo e permite a anulação de provas (o sepultamento de grandes operações policiais de combate ao crime ou de complexas ações penais em fases avançadas ou até mesmo já julgadas) por inobservância de uma simples formalidade, por menor importância que tenha, mesmo que fique a quilômetros de arranhar as **camadas mais superficiais** da esfera de proteção dos direitos ou garantias do investigado ou réu.

Mas não é só. A amplitude do conceito em vigor leva a interpretações subjetivas, que, por sua vez, conduzem a decisões seletivas, conforme denunciado em dissertação de mestrado[6] por Diogo Castor de Mattos.

O referido pesquisador, após analisar decisões do STJ, comparando julgamentos de crimes do colarinho branco com julgamentos de outros crimes, cujos réus não eram políticos nem empresários abastados, mas assistidos da Defensoria Pública, acusados de latrocínio, tráfico de drogas e lesão corporal, constatou que argumentos que levaram o STJ a anular ações penais em casos de graves crimes praticados por ricos ou poderosos não acudiram acusados menos endinheirados, embora em situações análogas.

Contudo, como se viu, as "*exclusionary rules"* foram criadas para proteger os direitos constitucionais do investigado ou do réu, e não para tutelar formalidades, muito menos para adicionar variáveis aleatórias, próprias das loterias e dos jogos de azar, ao processo criminal. Assim, sugere-se que sejam consideradas ilícitas as provas obtidas com violação **a direito ou garantia** constitucional ou legal[7].

Gustavo Badaró admite que "em suma, a definição de prova ilícita proposta, em si, não é ruim. O perigo está nos detalhes, que se inclui a interpretação que se propõe, colocando em risco a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos." O equívoco de Badaró,

---

6 A Seletividade Penal na Utilização Abusiva do Habeas Corpus dos Crimes do Colarinho Branco" defendida em fevereiro/2015 no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade da Estadual do Norte do Paraná.

7 Como vimos, esse conceito é quase idêntico ao proposto pelo próprio Gustavo Badaró, que sugere uma nova definição de prova ilícita: "podem ser definidas como provas ilícitas as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais" (nesse particular, o conceito proposto pelo MPF é até menos restritivo do que o defendido pelo autor citado).

nesse particular, reside no fato de que não se está propondo interpretação, e sim uma nova redação para o conceito de provas ilícitas, muito semelhante e até menos restritivo do que o que ele próprio propõe. Portanto, o receio demonstrado não tem qualquer base concreta, até porque quem fará a interpretação são os nossos tribunais, que não têm tradição de aviltar garantias constitucionais, muito ao contrário.

Mas não é só. Considerada a finalidade dissuasória das *exclusiorary rules*, a praticidade e a objetividade própria da jurisprudência norte-americana identificaram e reconheceram várias exceções à regra da inadmissibilidade, que se constituem verdadeiras "excludentes de ilicitude da prova". De fato, sempre que a regra de exclusão não tiver o condão de dissuadir os agentes do estado ou de moldar a sua conduta com vistas ao respeito aos direitos e garantias do investigado ou réu, ela não deve ser utilizada.

A importação para o Brasil das regras de exclusão das provas ilícitas veio acompanhada de duas causas excludentes de ilicitude reconhecidas pela jurisprudência da Scotus, ou seja, circunstâncias que, acaso presentes, permitem a utilização da prova. São elas:

1.1) a não evidência de nexo de causalidade com as provas ilícitas (*independent source doctrine*); e

1.2) quando as provas derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida 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 (*inevitable discovery*).

Contudo, há diversas outras causas excludentes de ilicitude da prova, já admitidas pela Scotus, que ainda não foram positivadas no direito brasileiro. Nesse aspecto, no artigo ora contestado, Gustavo Badaró confessa[8] que a

---

8 Gustavo Badaró admite que "As hipóteses de "fonte independente" (inciso II) e "atenuação da contaminação" (inciso IV) são **situações de exceção à doutrina da prova ilícita por derivação, segundo a jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana**, assim como também o é a "descoberta inevitável". A formulação da doutrina estadunidense do *fruit of the poisonous tree* **não implica uma vedação absoluta da prova ilícita por derivação**. Excepcionalmente, admite-se a utilização da prova ilícita derivada em três exceções: (1) *attenuation of the taint*; (2) *independent source*; e (3) *inevitable discovery*. O anteprojeto procura incluir a exceção da atenuação da contaminação no inciso IV, para excluir a ilicitude da prova: "a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior a violação […] novidade: a exceção da boa-fé – *Good-faith exception* – **que até hoje não encontrou regulamentação no ordenamento brasileiro**, aparece em dois dispositivos do Anteprojeto. O inciso III admite a utilização da prova ilícita se o agente a tiver obtido de "boa-fé ou por erro escusável", baseada no elemento subjetivo do agente, se este, fundamentadamente, em razão de fato ou circunstância, considerou que a diligência de obtenção da prova estava legalmente autorizada, a prova, mesmo que objetivamente ilícita, poderá ser utilizada. Já o

maioria das inovações sugeridas pelo MPF encontra respaldo em decisões da Suprema Corte dos EUA e na doutrina estadunidense, berço das *exclusionary rules.* São elas:

2.1) A exceção de boa-fé (*good faith exception*): em Arizona v. Evans, 514 U.S. 1 (1995), Davis v. U.S.131 S.Ct. 2419 (2011) e Herring v. U.S., 555 U.S. 135 (2009), a Scotus decidiu que não se deve excluir a prova quando o policial a houver obtido de boa-fé ou por erro escusável, assim entendido a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada, como quando o mandado contiver dados incorretos ou vier a ser posteriormente anulado.

Entendeu-se que, nessas circunstâncias, o policial agiu de boa-fé e a exclusão da prova não produziria o efeito dissuasório desejado, de evitar que os policiais, no futuro, voltassem a violar direitos constitucionais dos investigados.

---

inciso V, tratando do reverso da medalha, afasta a ilicitude da prova quando "derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé". Isto é, havia uma decisão judicial aparentemente lícita, que autorizava a atuação dos agentes estatais, que sob esse aparente manto de legalidade obtêm a prova. Todavia, posteriormente, essa decisão judicial que autorizou o meio invasivo vem a ser anulada. A Suprema Corte dos EUA admitiu a exceção da boa-fé, pela primeira vez, no ano de 1984, no caso United States v. Leon, afastando a aplicação das regras de exclusão da prova. (12) Leon foi preso com base no depoimento de um informante da polícia que declarou que o investigado era um grande traficante de drogas. A polícia obteve um mandado judicial de busca e apreensão, ingressou na residência do investigado e encontrou grande quantidade de droga. Posteriormente, a defesa alegou, no tribunal, que, no momento da busca, não havia *probable cause* para a expedição do mandado de busca e apreensão, o que foi admitido pelo juiz. Diante de tal decisão, requereu-se a exclusão da prova consistente na droga apreendida. A Suprema Corte dos EUA considerou, contudo, que a aplicação da *exclusionary rule* somente tem lugar quando a violação da 4ª Emenda, que protege o cidadão de buscas arbitrárias, ocorre de forma deliberada, o que não era o caso, pois quando a polícia realizou a busca, confiava na legalidade do mandado. Acrescentou, ainda, que a finalidade das regras de exclusão probatória é impedir o mau comportamento policial, mas não o comportamento do policial que age de acordo com um senso comum de razoabilidade. O posicionamento por trás de tal teoria é que **a finalidade das *exclusionaries rules* não é proteger cidadãos, para que seus direitos individuais não sejam violados, mas dissuadir os agentes policiais de cometerem violações a tais direitos**. Depois disso, a "exceção da boa-fé" foi aplicada em outros casos alargando demasiadamente seu campo de aplicação: Em Massachusetts v. Shepherd, a Suprema Corte norte-americana admitiu as provas obtidas com base em mandado judicial de busca que não descrevia os itens a serem apreendidos. Em Illinois v. Krull (13) a Corte validou os resultados probatórios de apreensão administrativa realizada sem mandado judicial, mas autorizada por lei estadual que, tempos depois, veio a ser declarada inconstitucional. Em Arizona v. Evans,(14) a Suprema Corte admitiu a exceção da boa-fé e considerou válidos elementos probatórios decorrentes de prisão realizada com base em informação incorretamente passada pelo sistema informático do Poder Judiciário, segundo o qual teria sido legalmente expedido mandado de prisão. Por fim, em 2009, no julgamento de Herring v. United States,(15) a Corte validou os resultados probatórios decorrentes de abordagem policial efetuada com base em mandado judicial de prisão, na verdade inexistente, incorretamente registrado no sistema informático mantido pela polícia. (16)." (artigo citado, sem grifos no original)

Essa excludente é, inclusive, compatível com a regra do nosso Código de Processo Penal segundo a qual a incompetência do juiz não anula os atos probatórios, somente os decisórios.

2.2) Causa remota, atenuada ou descontaminada (*attenuation doctrine*), quando tiver decorrido muito tempo entre a violação da garantia e a obtenção da prova, tornando remota a relação de dependência ou consequência, ou quando fato posterior a houver descontaminado ou atenuado essa relação, como por exemplo quando o investigado resolver se tornar colaborador, passando a se constituir, ele próprio, uma fonte de prova.

2.3) Contraprova (*evidence admissible for impeachment*): Quando a prova for utilizada pela acusação para refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, **contudo**, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena.

Nesse particular, Gustavo Badaró argumenta que a proposta seria inconstitucional porque

> A Constituição não admite, **"no processo"**, as provas obtidas por meios ilícitos. Sejam elas destinadas a provar a culpa, agravar a pena, ou qualquer outro fato juridicamente relevante, incluindo álibis ou qualquer outro fato alegado pela defesa.

Contudo, esse raciocínio é por demais simplista e o próprio Badaró forneceu os argumentos adequados para refutá-lo, ao afirmar que *"*Sempre se aceitou, sem ressalvas, a possibilidade da utilização da chamada prova ilícita *pro reo."*

Ora, se a prova ilícita pro réu é admissível no processo, como afirma o próprio Badaró, resta evidente que as *exclusionary rules* não são regras absolutas, como pareceu sustentar. Com efeito, a interpretação do texto constitucional que assegura a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas não pode ser divorciada das razões que levaram à sua adoção, que, como visto acima, se destinou a prevenir que os agentes do estado violem direitos constitucionais para obter provas e delas se utilizem contra o suspeito da prática de crime (*deterrent*).

Do mesmo lado, o princípio da boa-fé e da lealdade processual veda que o réu possa se valer de provas, testemunhos ou álibis falsos para atentar contra a administração da Justiça. Se ele assim o faz, é lícito ao Estado se

valer de todas as provas de que dispõe para legitimamente se defender e defender a Administração da Justiça, barrando a produção dos efeitos dos atos atentatórios à dignidade da Justiça praticados pelo réu.

Convém lembrar que a doutrina da *evidence admissible for impeachment* (contraprova) foi admitida pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos para evitar o perjúrio, embora, assim como propõe o MPF, não seja admitida para provar a culpa.

Além das excludentes de ilicitude consagradas pelo direito norte-americano, outras causas devem igualmente ser incluídas, tendo em vista a relevância de seus objetivos ou o fato de estarem sobre o pálio de circunstância protegida pela lei penal. São elas:

3.1) Destinadas a provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena (aqui sim, porém apenas em favor do réu, propõe-se aplicar o princípio da proporcionalidade, segundo o qual o sacrifício de direito ou garantia individual é justificado pelo objetivo maior, que é o de evitar que um inocente seja condenado ou que fique mais tempo preso do que o devido);

3.2) Obtidas por quem se encontre amparado por uma das causas que a lei penal classifique como excludente de ilicitude, tais como, a legítima defesa, o exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal.

Para quem diz que essa previsão autorizaria a tortura para fins de identificação de comparsas de quem fora preso em flagrante, há que se lembrar que não existe direito ou dever de torturar, nem que tortura possa ser praticada em legítima defesa.

Na verdade, o que se pretende é afastar as dúvidas quanto à validade da prova quando, por exemplo, a vítima de achaque ou de corrupção ativa ou passiva ou de obstrução de Justiça filmar ou gravar, com ou sem a ajuda da autoridade pública, a investida criminosa; ou que durante o atendimento de uma ocorrência, bombeiros ou paramédicos encontrem na casa do suspeito grande quantidade de dinheiro, ou drogas, ou armas, ou o corpo da vítima e outras provas de crime; ou o policial, efetuando prisão em flagrante, cheque o celular apreendido com o infrator e localize provas que identifiquem comparsas; ou rastreando o telefone de vítima de sequestro, a localize e prenda os infratores; ou atenda a um chamado por abuso de instrumento sonoro em festa promovida pelo infrator, e identifique fornecimento de drogas ou de bebidas alcoólicas a menores ou prostituição infantil.

3.3) Obtidas por quem, no exercício de suas atividades regulares, toma conhecimento do crime e o comunique às autoridades (*whistleblower*).

Badaró questiona a necessidade dessa previsão, ao mesmo tempo em que a reputa inconstitucional porque, segundo ele:

> Não terá sentido se o sujeito, em atividade pública ou privada, de boa ou de má-fé, dá notícia-crime, fundamentando-a em elementos ilicitamente obtidos. Por outro lado, se a ideia é autorizar que um meio de prova obtido ilicitamente possa acompanhar uma notícia-crime, somente porque o agente que a transmite, seja ele público o privado, está de boa-fé, a inconstitucionalidade é insofismável. A Constituição não assegura: "são inadmissíveis, no processo, as prova ilícitas obtidas de má-fé". O que determina a natureza lícita ou ilícita da prova não é a intenção de quem a obtém. Isso poderá servir para isentar o agente público ou o particular do cometimento de algum crime, por ocasião da obtenção de tal elemento. Mas não pode servir para afastar a violação da garantia constitucional na obtenção da prova e, consequentemente, sua inadmissibilidade no processo.

Como se vê, novamente Badaró se socorre de raciocínio simplista, segundo o qual, se a prova é ilícita não pode ser admitida. Porém, o que se propõe é uma causa excludente de ilicitude da prova, isto é, a prova não é considerada ilícita, se o o autor da notícia-crime a obteve, de boa-fé, no exercício regular de atividade pública ou privada. Portanto, não se está propondo a admissão de prova ilícita.

Cuida-se da hipótese do que os americanos chamam de *whistleblowing* (soprando o apito, em tradução literal), que é como denominam o ato do empregado ou do prestador de serviço (público ou privado) que, no exercício de sua atividade, toma conhecimento da prática de crime ocorrido no interior da organização a qual pertença ou para a qual trabalhe e resolva comunicar às autoridades, fornecendo as provas a que teve acesso de boa-fé.

Assim, se o empregado de um empreiteira, por exemplo, descobre que seu gerente ou diretor está corrompendo agente público para obter contrato superfaturado e resolve denunciar, fornecendo as provas a que, de boa-fé, teve acesso no regular exercício de sua atividade (e-mails, extratos de contas, contratos, cheques e outros documentos bancários, fiscais ou contábeis), essas provas seriam consideradas lícitas, ainda que não haja autorização judicial específica (porque o *whistleblower* estava regularmente autorizado a adentrar a organização e a ter acesso a tais documentos, ainda que norma

interna o proibisse de divulgá-los ou de fornecê-los a terceiros). Essa causa excludente de ilicitude da prova é necessária para garantir a segurança jurídica, porquanto não faltaria quem questionasse a legalidade da prova por falta de autorização judicial. Acrescente-se que essa previsão legal tornaria inválida qualquer outra norma ou acordo de confidencialidade estabelecido com o objetivo de blindar a organização corruptora, além de criar ambiente de maior risco para a prática de atos de corrupção.

Não se defende, portanto, o descumprimento da lei ou do texto constitucional. O que se advoga é conferir maior nitidez aos contornos do tema, para dar funcionalidade ao sistema, trazendo-o de volta aos trilhos, dotando-lhe ainda de racionalidade, previsibilidade, segurança jurídica e, sobretudo, efetividade. Se o crime é contagioso, a impunidade se encarrega de torná-lo endemia. Se o governo falha em punir o violador da lei, ele incentiva a violação da lei, convidando cada homem a se tornar a sua própria lei, repristinando a lei do mais forte, começo do fim da civilização.