

A prova ilícita

Um estudo comparado

Teresa Armenta Deu

Monografias Jurídicas



Marcial
Pons

TERESA ARMENTA DEU

A PROVA ILÍCITA
Um estudo comparado

Tradução

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

A prova ilícita: um estudo comparado
Teresa Armenta Deu

Título original: *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*
(1.ª edição: 2009; 2.ª edição: 2011)

Tradução (da 2.ª edição original)
Nereu José Giacomolli

Capa
Nacho Pons

Preparação e editoração eletrônica
Ida Gouveia / Oficina das Letras®

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CIP-Brasil. Catalogação na Publicação
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

D494p

Deu, Teresa Armenta.
A prova ilícita : um estudo comparado / Teresa Armenta Deu ; tradução Nereu José Giacomolli. - 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Tradução de: *La prueba ilícita: un estudio comparado*
Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-66722-13-0

1. Direito penal. 2. Pena (Direito). 3. Delito. I. Título.

14-08209

CDU: 343

© Teresa Armenta Deu
© Nereu José Giacomolli
© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.
Av. Brigadeiro Faria Lima, 1461, conj. 64/5, Torre Sul
Jardim Paulistano CEP 01452-002 São Paulo-SP
☎ (11) 3192.3733
www.marcialpons.com.br

APRESENTAÇÃO À PRIMEIRA EDIÇÃO

Em 1928, a decisão do caso *The people vs. Defoe* evidenciou a nítida inconformidade do Juiz Benjamin Natham Cardozo, diante da absolvição de quem se sabia culpado, no interesse da integridade do direito à inviolabilidade do domicílio. Pouco depois, outro caso, *Olmstead vs. US*, no mesmo ano, foi enfrentado por esse magistrado com outro, não menos conhecido: Oliver Wendell Holmes, autor de um voto divergente que condenava por consumo e tráfico de drogas, com base em uma prova acusatória decisiva, originada de uma interceptação telefônica ilegal. O Juiz Holmes, em seu voto divergente, destacava, graficamente, a necessidade de optar-se entre dois aspectos igualmente desejáveis, mas, por desgraça, incompatíveis: «*é na verdade desejável que os delinquentes resultem descobertos e que qualquer prova existente seja utilizada para tal fim, mas também é desejável que o Governo não se coloque no mesmo nível, e pague por outros delitos, nem que estes sejam os meios para obter a prova dos investigados inicialmente (...). É necessário eleger e, ao que a mim concerne, prefiro que alguns delinquentes escapem da ação da justiça, de que o Governo desempenhe um papel indigno*».¹

Desde outra perspectiva, não por parecer menos ilustrativo, o filme *Os juízes da lei*, muito ilustrativo sobre o tema apresentado, inicia com a perseguição policial de um suspeito de ter assassinado quatro anciãs para subtrair-lhes a pensão que acabavam receber. Em plena corrida, o suspeito abre a lixeira que se encontra na frente de seu domicílio, introduzindo algo. Após, entra, precipitadamente, em sua casa. Um dos policiais, que o tinha visto, se dispõe a abrir a lixeira, mas seu companheiro o impede, advertindo-lhe que seria ilegal porque a lixeira é propriedade privada e não possuem mandado judicial. Avistando, nesse momento, o caminhão que se aproxima para recolher o lixo, os policiais se dão conta de que este sim pode ser objeto de inspeção imediata.

¹ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., 1996: «Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: La prueba ilegítimamente obtenida», em *CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial*, IX, p. 71 e 72.

Por isso, esperam a lixeira ser esvaziada no caminhão e fazem o rastreamento, cujo resultado é o achado da arma homicida. Detido, o agressor confessa, diante da polícia e também em seu primeiro comparecimento, após ter sido advertido de todos os seus direitos e das consequências de sua confissão. Situados já na audiência preliminar, ante o Juiz Steven R. Hadin (Michel Douglas no filme) o advogado do acusado alega que mesmo que a inspeção no caminhão do lixo tenha sido legal, como os agentes não esperaram o acionamento da palanca que mistura o lixo, os detritos inspecionados seguem sendo de caráter privado, motivo por que necessitam de ordem judicial para serem inspecionados, o que converte em ilícita a apreensão da arma, e tudo o que deriva desta, incluindo-se a confissão. O acusado é absolvido, diante da certeza de que o Tribunal de Apelação notará a ilicitude e anulará a eficácia da prova. A absolvição acarreta o conseguinte escândalo nos meios de comunicação e a explícita frustração da polícia e do próprio Juiz Hadin. Os roteiristas incrementam o clímax com um segundo caso de sequestro, estupro e assassinato de várias crianças entre oito e dez anos, cujos prováveis assassinos são detidos por casualidade, devido à intuição de um policial que avista uma furgoneta suspeita, onde viajavam. Conhecedora das regras de exclusão, a polícia solicita informação da central policial. Desta emana a cientificação da existência de duas multas de trânsito, não pagas. Com dito motivo, a furgoneta é detida. Após a sua identificação, na qual os delinquentes mantêm o «*sangue frio*», um dos agentes afirma sentir cheiro de maconha. Para confirmar suas suspeitas, vai até a parte posterior da furgoneta, abrindo-a, aparecendo ante seus olhos o ténis de uma criança, ensanguentado. Os suspeitos são detidos e acusados pelo assassinato da última de suas vítimas, um menor com dez anos de idade. A cena seguinte nos situa ante o mesmo Juiz Hadin, em plena inquirição dos policiais pelo advogado dos acusados, acerca dos motivos da inspeção na furgoneta, como elemento chave para encontrar o ténis, prova incriminatória, determinante da acusação. Após isto, a defesa acaba solicitando a exclusão do ténis como prova – é aí onde o diretor centra a chave do filme e sua mensagem de corrupção da Justiça, ainda que exista plena legalidade – não pela inspeção derivada da simples afirmação da polícia, mas pela detenção equivocada da furgoneta pela central de polícia, e por verificar-se que as multas haviam sido pagas dois meses antes. O Ministério Público informa que, desaparecida essa prova, a acusação não se sustenta e, contrariamente a sua convicção, o Juiz Hadin assevera que se cumpra a lei, absolvendo os acusados. O resto do filme se encaminha na direção de outro dilema interessante mostrado, muito graficamente, na impotente afirmação do citado magistrado «*alguém sequestrou a justiça e a ocultou na lei*» e a não menos preocupante resposta de seu antigo mestre «*nós somos a lei*». Essa análise excederia muito o tema aqui apresentado, ou seja, da situação terrível nesses casos, não por serem criados para um filme alheio, em absoluto, senão em razão de outros, reais, os quais lamentavelmente, frequentemente, excedem sua magnitude. Mesmo aceitando a autonomia do roteirista e do

diretor do filme, não cabe acusar de manipuladora a cena na qual o pai da criança assassinada espeta o Juiz dizendo: *«preocupa-lhe muito os direitos desses monstros. E o que sucede com os direitos do meu filho?»*, ou aquelas outras que dramatizam a frustração policial e o escândalo da sociedade, quem dificilmente percebe o jogo de equilíbrio de direitos.

Além da autonomia que também tenho me permitido ao usar estes casos, não por fictícios, afastados de uma realidade que desgraçadamente supera a ficção, poder-se-ia acudir a muitos outros exemplos, tão reais quanto significativos. Também, poderíamos simplesmente nos situar na posição de um dos acusados de fatos relacionados com o 11-S, o 11-M ou o 7-J, dos presos de Guantánamo, de seus advogados e dos juízes. Ainda, como não, no lugar de familiares e vítimas desses e de outros casos impossíveis de citar neste momento: os oriundos da luta contra a criminalidade organizada, a violência contra a mulher ou a pederastia, onde as dúvidas, em sua faceta mais dramática, se reproduzem. Frente a este panorama e à ocasionalidade ou reiterada impotência do Estado, se tem suscitado se cabe apelar a uma pretendida *«igualdade de armas»* entre a criminalidade e o Estado que a enfrenta, permitindo aos órgãos estatais utilizar todos os meios que se encontrem ao alcance dos criminosos. Por outro lado, negá-los, pois na medida em que também, em tempos de ameaça flagrante à segurança interna necessitamos de âmbitos de liberdade cidadã, seguros e indisponíveis no momento de sua contraposição e equilíbrio com outros fins, porque, como se tem sustentado: *«uma cultura jurídica se prova a si mesma a partir dos princípios, os quais nunca deixará que sejam lesionados, mesmo quando esta lesão prometa um ganho maior. A estes princípios pertence, por exemplo, a decisão de não torturar suspeitos, mesmo quando este meio seja a forma de salvar a vida de um refém inocente»*.²

O trabalho que se apresenta não pode e tampouco pretende oferecer uma solução inequívoca a qualquer dos dilemas levantados. Seu objetivo, mais modesto, é contribuir para simplificar, dentro do possível, essa complexidade, através de uma análise da prova ilícita, não tanto indo de um lugar ao outro, como alguns e, precisamente por tal motivo, entendo estar oferecendo uma contribuição enriquecedora à abundante literatura doutrinária existente sobre esta instituição.

O enfoque se orienta, desde o princípio, a partir de múltiplas e variadas perspectivas, tentando marcar e sistematizar uma matéria difícil de reduzir à unidade, cujos caminhos estão frequentemente submetidos às idas e vindas das cambiantes circunstâncias de um mundo conturbado. Tal realidade obriga a um questionamento jurídico conceitualmente amplo e compreensivo, de categorias comumente aceitas, com o intuito de atingir conclusões com pretensão

² HASSEMER, W., 1997: «Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada», em *Revista Ciencias Penales*, 14, ano 12, conforme suas palavras.

de validade geral, substrato inevitável para interessar e ser útil aos leitores de diferentes países e culturas jurídicas, um dos objetivos principais desta obra.

A tal efeito recorreu-se a dois instrumentos: um desenvolvimento geral e comum, suficientemente amplo, de um lado, e um número importante de fontes analisadas, de outra banda. Ao primeiro enfoque corresponde o conjunto de categorias enfrentadas, as quais compreendem desde os diversos fundamentos sobre os quais se assenta a configuração da prova ilícita, seu conceito volátil, as espécies e efeitos dessa prova, assim como o seu tratamento processual. Ao segundo enfoque corresponde a legislação e a doutrina europeias e americanas, selecionadas e analisadas sob diferentes enfoques, em atenção não a intentos de exclusividade, mas para destacar as peculiaridades de cada um dos ordenamentos, em cada aspecto tratado, como, a título de exemplo, as múltiplas teorias sobre a *exclusionary rule*, a jurisprudência dos Tribunais dos EUA, a referência ao regime geral das nulidades na França, ou o conceito da *inutilizzabilità* na Itália. Este país incorporou uma novel e sugestiva categoria.

Em outros ordenamentos jurídicos, como no espanhol, a abordagem e a análise incluem o seu corpo legal, doutrinário e jurisprudencial, nem tanto por ser mais conhecido pela autora, mas pelo oferecimento de uma visão especialmente ilustrativa da instabilidade a que frequentemente se vê submetida a prova ilícita. Por fim, outros ordenamentos jurídicos são incorporados devido à nova regulamentação e em atenção a um tratamento específico da ilicitude probatória, ou justamente o contrário, por acudir à análise tradicional de remessa a remédios processuais conhecidos. Como o leitor comprovará, extrair-se-á alguma lição e, evidentemente, sua análise conjunta oferece uma visão geral, plural, ampla e ilustrativa.³

A tarefa proposta não tem deixado de apresentar alguma dificuldade. O elevado número e a complexidade de cada um dos conceitos que acompanham a exposição, desenvolvimento e conclusão da doutrina sobre a prova ilícita (finalidade do processo penal, busca da verdade formal e material, regra de exclusão, teorias da ponderação, da conexão de ilicitude, princípios de legalidade, de lealdade, de proporcionalidade...) aconselham, desde o início, excluir a análise pormenorizada de todas e de cada uma das referidas categorias jurídicas. Idêntico motivo fundamenta a desistência da exposição do tratamento da prova ilícita em todos e em cada um dos países mencionados.

³ Em ocasiões me servirei das respostas a um questionário enviado a vários investigadores por ocasião do Congresso Internacional de Direito Processual, celebrado em Salvador, Bahia, em setembro de 2007. Entre os europeus: Sabine Gless e Jan Wenckers (Alemanha); Frank Verbruggen (Bélgica); Fernando Gascón Inchausti (Espanha); Juliette Lelieur-Fischer (França); Marc Groenhuijsen (Holanda); Paolo Tonini (Itália); e Elena Burgoa e Teresa Beleza (Portugal). Entre os americanos: Rita Mill (Argentina); Antonio Scarance Fernandes (Brasil); Raul Tavorali (Chile); Jairo Parra Quijano (Colômbia); Juan Mendoza Díaz (Cuba); Carlos F. Natarén (México); e Raquel Landeira (Uruguai). A todos meus agradecimentos.

Expor de outra forma acarretaria o risco de enredar e confundir o objetivo concreto desta monografia.

Por isso, e sem renunciar a uma visão clara e sistemática e em ocasiões certamente extensas e profundas de muitas das instituições citadas, se renuncia ao estudo aprofundado de muitos aspectos, considerando-se a existência de numerosas análises doutrinárias, as quais serão referidas nas correspondentes referências bibliográficas.

Priorizou-se a pluralidade e a sistematização de um elenco de perspectivas diferentes para jogar luz ao conjunto e estar em condições de mostrar um aspecto esclarecedor que possa ser útil para futuras investigações. Assim acontece com a aproximação a um conceito de prova ilícita, qualificado, com justiça «*de configuração variável*», como corresponde, de outro modo, aos interesses opostos aos que pretende servir. Esta configuração permite abordar as múltiplas perspectivas desde as quais requer o tema da ilicitude probatória, a partir das que a elevam à máxima categoria, incorporando-a a correspondente Norma Suprema. Analisa-se o contemplado nos respectivos códigos processuais, mesmo com a criação de uma categoria jurídica específica. Também, se aborda o previsto legalmente, especificamente, as regras de exclusão, acompanhadas, ocasionalmente, das formas específicas para flexibilizar a exclusão, isto é, aplicar as teses moderadas. E ajustando um último grau, desde esta perspectiva de tratamento específico, outros ordenamentos, defensores da suficiência do regime já existente sobre as nulidades processuais para uma correta configuração e tratamento da prova ilícita.

O estudo das causas e espécies de ilicitude probatória cumpre um duplo objetivo. Por um lado, sistematiza as múltiplas formas que origina ou conforma a ilicitude probatória e, desde tal situação, as diferentes e relevantes perspectivas, como a que aporta o elemento subjetivo, sujeito público ou privado, a quem beneficia a ilicitude. Mais concretamente, se é ao acusado, ou o agente encoberto e provocador, de crescente interesse em uma época de incremento da complexidade investigatória e de persecução penal. De outro lado, porém, a explicação não exaustiva, mas suficiente, propicia uma referência esclarecedora de múltiplas categorias jurídicas integradas ou em íntima conexão com o objeto deste trabalho, como a prova pré-constituída ou a substancialidade correspondente à limitação dos direitos fundamentais na configuração da prova ilícita.

A ineficácia probatória é a pedra angular interpretativa da configuração jurídica geral da prova ilícita. Dita ausência de eficácia se articula desde a nulidade até a mera irregularidade, passando pela anulabilidade. Provoca, ademais, no caso da nulidade, a extensa ou não aos efeitos indiretos ou reflexos. Este último aspecto conduz, corretamente, à análise profunda das diferentes correntes, às quais se recorre para explicar a doutrina conhecida comumente como «*frutos da árvore envenenada*», assim como ao da vasta

gama de teses moderadas da extensão da ineficácia implícita na aplicação da citada doutrina, acudindo a diversas considerações. Nestas e incluem a boa-fé de quem comete a ilicitude, o descobrimento inevitável, a obtenção, mediante fonte independente e outras consagradas legalmente em alguns ordenamentos. Tratando-se de um aspecto que tem gerado um enorme número de trabalhos doutrinários e pronunciamentos jurisprudenciais e aproveitando que nesta matéria específica a Espanha tem percorrido praticamente todas as etapas da citada graduação, utiliza-se este ordenamento como paradigma do acontecido em outros lugares.

O tratamento processual é o complemento inevitável e o nexo de união mais claro com a eficácia da prova ilícita. De fato, qualquer abordagem desta última há de compatibilizar-se, necessariamente, com o tratamento processual e vice-versa. Pretendeu-se destacar, na exposição desta matéria, uma circunstância determinante e discutida frequentemente, ou seja, qual é o momento em que deve denunciar-se a ilicitude das fontes ou dos meios probatórios. Poderá ser inicialmente, excluindo inteiramente todo tipo de contaminação, mas encarando inevitavelmente tanto o risco de ignorar outras fontes como o de limitar o direito de defesa ou inclusive o perigo de fraude processual, derivado de sua utilização estratégica em uma fase posterior. Porém, poderá ser após iniciado o processo, em face da natureza jurisdicional do pronunciamento que possa ocasionar a exclusão da fonte ou do meio de prova, a dilação implícita em seu tratamento prévio ou o fato de propiciar o exercício do direito de defesa.

Caso todos os aspectos citados tivessem cumprido as expectativas de uma investigação, seria sobre a prova ilícita. Tenho acreditado, entretanto, que o resultado final enriquecer-se-ia notavelmente com a inclusão do que tenho chamado de elementos para o contraste, destacando três deles: em primeiro lugar, a doutrina assentada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, marco de referência obrigatória, tanto à incipiente legislação comunitária, a qual também se dedica um item, quanto à doutrina dos diferentes Tribunais nacionais europeus. Em segundo lugar, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, paradigma idôneo no continente americano que, apesar de carecer de jurisprudência nessa matéria, justifica a citação de algum elemento conexo com a prova ilícita. Finalmente, deixar-se-ia um espaço vago importante, caso não se mencionasse, mesmo que de forma breve, mas relevante, a linha que marca uma das mais recentes decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre esta matéria. Esta jurisprudência, apesar de seu enfoque diverso, constitui uma referência contínua e comum de todas as legislações analisadas, além de liderar, na hora de fixar-se a tendência nos países de seu amplo marco de influência.

APRESENTAÇÃO À SEGUNDA EDIÇÃO¹

Esta segunda edição, após breve transcurso de tempo desde a primeira, apresenta dois tipos de novidades. Em primeiro lugar, para atender a temas merecedores de um tratamento mais pormenorizado, omitidos na primeira edição, para constatar que têm sido remediadas. Em segundo lugar, para atender às várias modificações surgidas nos dois últimos anos, devido à sensibilidade do assunto enfrentado.

Entre eles destacarei, inicialmente, somente três: a inclusão de novos métodos probatórios, conectados majoritariamente com o uso de novas tecnologias investigatórias; o tratamento processual da prova ilícita nos procedimentos espanhóis mais significativos; e a direção que segue a *Exclusionary rule* nos Estados Unidos. A análise dos novos métodos probatórios vem acompanhada de referências a temas de contínua atualidade, como a confissão do imputado ante a polícia, as testemunhas referidas ou o testemunho do coimputado. O tratamento processual da prova ilícita na Lei Processual Criminal Espanhola (Lecrim), como mostra ilustrativa das diversas variantes possíveis, se pormenoriza a partir da previsão no próprio texto normativo ou nas soluções adotadas, em razão de seus defeitos. No que diz respeito à situação atual da *Exclusionary rule* nos Estados Unidos, constitui uma novidade significativa, em face do debate gerado a partir da penúltima decisão, constatando-se um nítido retrocesso em sua aplicação, confirmado depois por uma nova decisão da Suprema Corte norte-americana (a última, por ora). Não é o único debate. Os ordenamentos de alguns países têm sido objeto de reforma e/ou de novas tendências jurisprudenciais, que se compilam nos respectivos parágrafos. Soma-se a isso a atualização das novidades normativas da União Europeia (UE) em matéria de prova, complementadas com as mais recentes decisões do

¹ Esta segunda edição tem sido realizada no marco dos Projetos de Investigação: I+D *Las reformas procesales: un análisis comparado de la armonización como convergencia y remisión de los procesos civil y penal*. DER 2010-15919 (subprograma JURI) e Grupo de investigación consolidado: *Cuestiones actuales de Derecho procesal*. 2009/2013 (SGR 762).

Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), atuando como um lugar onde se mesclam elementos e origem variados, servindo como orientação comum para uma configuração legal, harmonizada na Europa. É mantida a ordem da exposição, demonstrada sua eficácia, completada com novos parágrafos, com a recente doutrina e jurisprudência e a extensão a novos países que atuam de forma semelhante.

Fruto também de uma enriquecedora segunda reflexão são as referências às diferentes perspectivas com que se trata a prova ilícita nos dois grandes sistemas que servem de referência comum, o adversarial e o misto. O anglo-americano, centrado na regulamentação dos meios de prova e sua obtenção, sem contemplar *a priori* regras de exclusão, bem como o continental, enfocado mais diretamente sobre os meios de aquisição das fontes de prova, aspecto regulado, especificamente, sob pena de nulidade.

Considerando que na primeira edição era justo agradecer aos autores que tinham compartilhado comigo muita informação sobre seus respectivos países, nesta segunda o agradecimento deve estender-se, em primeiro lugar, às pessoas que leram o livro e me enviaram suas valorosas críticas e, em segundo lugar, aos que, nos dois lados do Atlântico têm colaborado em diferentes congressos, seminários e cursos, ampliando o horizonte de meus conhecimentos e minha capacidade de contrapor. Também aos que, não vou nominá-los para evitar esquecimentos involuntários e porque afortunadamente ocupariam uma enorme lista, a todos que colaboraram ao aperfeiçoamento da obra. Confio em que este renovado esforço não frustre suas expectativas e as de outros possíveis novos leitores.

Barcelona-Girona, março 2011.

PREFÁCIO DO TRADUTOR

Durante a realização de minha tese de doutoramento em Madri, passei a ter contato com diversos doutrinadores espanhóis, mais precisamente os da área de Direito Processual Penal. Também, em razão do tema de investigação escolhido – o consenso no processo penal –, o contato com as obras da Professora Teresa Armenta Deu, mormente com os livros *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España* e *El Principio Acustorio y Derecho Penal* foram de vital importância na investigação científica. Além disso, tive a honra contar com a Profa. Teresa Armenta Deu na banca que examinou e aprovou, *cum laude*, a minha tese. Posteriormente, por ocasião da realização do Segundo Congresso Internacional de Ciências Criminais, realizado na PUC-RS, em abril de 2011, a Profa. Teresa Armenta Deu foi uma das conferencistas que abrilhantou o evento.

Aceitei o desafio de traduzir o livro *La Prueba Ilícita (um estudio comparado)*, por três motivos. Primeiro, em face da temática acerca da prova ilícita, um assunto sensível e problemático do processo penal. Segundo, em razão da abordagem de direito comparado, necessária à compreensão da abrangência da ilicitude probatória, de seus elementos e efeitos. Terceiro, pela indiscutível qualidade da obra e seriedade com que a autora trata do tema. Ademais, a obra será utilizada na disciplina Sistemas Jurídico-Penais Comparados, obrigatória no Curso de Doutorado em Ciências Criminais da PUC-RS, sob minha responsabilidade. Essencialmente, por tudo isso, a obra será de grande valia à comunidade jurídica brasileira, desde a perspectiva do mundo acadêmico e da práxis forense.

Faz-se mister consignar que algumas fases processuais e alguns atos processuais ou de persecução, não são equivalentes em todos os ordenamentos jurídicos. Não raras vezes, certas denominações, ainda que com idêntica grafia e sonoridade em alguns países, como Espanha e Brasil, não possuem o mesmo

conteúdo e nem o mesmo significado. Nesse sentido, no Brasil, a instrução ocorre em juízo, após o oferecimento da acusação (denúncia ou queixa-crime), mas no sistema espanhol, pode referir-se à fase preliminar do processo penal, à investigação (fase intermediária). O *juicio oral*, no sistema espanhol ocorre em juízo, no processo, equivalendo à nossa audiência onde são colhidas as provas, motivo por que se manteve a tradução para fase oral do processo ou juízo oral. No contexto *juicio* também pode se referir a juízo, processo, julgamento e audiência. O verbo *apreciar*, do latim *appretiare*, no livro aparece com dois significados: o mesmo do verbo apreciar em português, mas também em seu sentido figurado de reconhecer. O verbo *estimar* também foi empregado, na obra, em dois sentidos diferentes: julgar procedente (*estimar*, com seu antônimo *desestimar*), mas também no mesmo sentido do nosso idioma. Igualmente, *desconexión de antijuridicidad* (de *anti* e *jurídico*) não foi traduzido como desconexão de antijuridicidade, mas como desconexão de ilicitude, termo mais utilizado na doutrina e na práxis forense brasileiras. O *exhorto europeo de obtención de pruebas* (EEP) foi traduzido como rogatória europeia de obtenção de provas, mantendo-se o termo técnico utilizado no Brasil. O verbo *atender* (do latim *attendere*), no texto original é empregado com vários significados, destacando-se, em especial, o de acolher favoravelmente, aceitar, bem como o de considerar. As decisões dos Tribunais Espanhóis não se denominam de acórdão, mas de sentença, motivo por que aparecem as abreviaturas «S» e «SS», o que motivou a tradução pelo gênero decisão(ões), mas foram mantidas as abreviaturas. Na mesma perspectiva, resolução(ões) foi traduzido por decisão(ões).

Na tradução foram utilizados os seguintes dicionários: *Diccionario de La Lengua Española*, da Real Academia Espanhola (ISBN 942399416-3 e 842399417-1), 21ª edição e *CLAVE – Diccionario de Uso del Español Actual* (ISBN 8434851938). Também foi consultado o site da Real Academia Espanhola (www.rae.es). Utilizou-se o seguinte procedimento metodológico. Partiu-se do conhecimento do sistema jurídico espanhol, após dois anos estudos no Departamento de *Derecho Procesal* da Universidad Complutense de Madrid e residência, por igual período, na capital espanhola, bem como do conhecimento do idioma italiano, em razão de minha origem trentina (*Sacone di Brentonico, Brentonico, Trento*) e dos estudos de pós-doutorado no *Dipartimento di Scienze Giuridiche* da *Università degli Studi di Torino*, com a inestimável ajuda do Prof. Mario Chiavario. Após a leitura da obra, procedeu-se a primeira versão ao idioma português. Num segundo momento, foram analisados os significados dos termos jurídicos e sua colocação na devida fase ou momento processual. Após, buscou-se possíveis significados diversos e contrapostos de outros termos vernaculares e sua adaptação ao contexto jurídico e da própria obra. Depois, realizou-se uma confrontação do texto em português, com o original em espanhol. Numa quarta etapa, corrigiu-

se o português, principalmente a ortografia e a pontuação, de modo a tornar o texto mais compreensivo, priorizando-se frases curtas.

Agradeço principalmente à Professora Teresa Armenta Deu pela confiança na tradução e também à Editora Marcial Pons, por publicar a tradução em português.

Porto Alegre, janeiro de 2012

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- AAVV – Vários autores
- AE – Agente encoberto
- CADH – Convênio Americano de Direitos Humanos
- CE – Constituição Espanhola
- CEDH – Convênio Europeu de Direitos Humanos
- CGPJ – Conselho Geral do Poder Judiciário
- CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
- Cfr. – Confrontar
- CM – Código Modelo
- CPP – Código de Processo Penal
- DOCE* – Diário Oficial da União Europeia
- ECI – Equipes Conjuntas de Investigação
- EEP – Rogatória Europeia de Obtenção de Provas
- i.f. – *in fine*
- LECrIm – Lei Processual Penal espanhola
- LO – Lei Orgânica
- LOPJ – Lei Orgânica do Poder Judiciário
- LORPM – Lei Orgânica de Responsabilidade Penal de Menores
- MP – Ministério Público

- ss. – seguintes
- STC – Decisão do Tribunal Constitucional
- StPO – Lei Processual Penal alemã
- STS – Decisão do Tribunal Supremo
- TC – Tribunal Constitucional
- TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos
- TS – Tribunal Supremo
- EU – União Europeia
- vs. – *versus*
- WvSv. – Código de Processo Penal holandês

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO À PRIMEIRA EDIÇÃO	5
APRESENTAÇÃO À SEGUNDA EDIÇÃO	11
PREFÁCIO DO TRADUTOR.....	13
ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	17

CAPÍTULO I

CONCEITO E CONFIGURAÇÃO DA PROVA ILÍCITA	25
1. Pontos de partida para abordar a prova ilícita.....	25
1.1 Nos países europeus	25
1.1.1 Países continentais	26
1.1.1.1 Princípio de legalidade.....	26
1.1.1.2 Busca da verdade material	26
1.1.1.3 Tensão e ponderação entre bens essenciais da so- ciedade.....	28
1.1.2 Reino Unido: entre a busca da verdade e o modelo adversarial	29
1.2 Nos Estados Unidos: da integridade judicial à restrição dos poderes da autoridade pública e seu efeito de dissuasão. A indenização como remédio	33
2. Prova ilícita, conceito e configuração variável	37
2.1 Inclusão das proibições probatórias nas Constituições	38
2.1.1 Constituição portuguesa	38
2.1.2 Constituição brasileira	39
2.1.3 O Código de Processo Penal colombiano	40

2.1.4	Constituição mexicana.....	41
2.2	Outorga de um regime normativo <i>ad hoc</i>	44
2.2.1	A <i>inutilizzabilità</i> no Código de Processo Penal italiano.....	44
2.2.2	O amplo arbítrio judicial e a ponderação de interesses no Código de Processo Penal holandês.....	48
2.3	A ilicitude probatória na legalidade processual ordinária.....	49
2.3.1	Incorporando regras de exclusão nos Códigos processuais ou nas leis orgânicas.....	49
2.3.1.1	América Central: a incidência do Código Modelo na reforma dos Códigos Processuais Penais da Guatemala, Costa Rica, El Salvador e Nicarágua...	50
2.3.1.2	O Código de Processo Penal chileno.....	51
2.3.1.3	A aplicação da regra de exclusão na Lei Orgânica espanhola.....	52
2.3.2	As proibições de utilização e a «teoria da ponderação» no ordenamento processual penal alemão.....	55
2.3.3	O Código de Processo Penal uruguaio.....	58
2.4	Ausência de previsão normativa específica de uma regra de exclusão.....	58
2.4.1	A nulidade como remédio processual no Código de Processo Penal francês e o princípio da lealdade.....	59
2.4.2	O Código de Processo Penal Nacional argentino e os Códigos de Processo Penal provinciais.....	62
2.5	Reações pendulares: entre períodos de paz social, teses garantistas, aumento da criminalidade, aparição de novas formas de criminalidade e o terrorismo.....	64

CAPÍTULO II

CAUSAS E ESPÉCIES DE ILICITUDE PROBATÓRIA.....	69
1. Segundo o elemento temporal.....	70
1.1 A prova antecipada e a pré-constituída.....	71
1.2 A incidência da instrução e sua configuração.....	73
1.3 O inquérito policial (<i>atestado policial</i>) e seu valor probatório.....	74
2. Segundo o elemento territorial.....	74

2.1 Recepção da prova obtida no exterior	75
2.2 A rogatória europeia de obtenção de provas	75
3. Segundo o elemento subjetivo	76
3.1 Sujeito que comete a ilicitude.....	76
3.1.1 Sujeito público ou privado.....	77
3.1.2 Sujeito privado sem conexão com a autoridade investigadora	78
3.1.3 Agente encoberto e agente provocador	79
3.2 Sujeito beneficiado pela ilicitude.....	82
4. Segundo o elemento normativo: as proibições probatórias.....	84
4.1 Referentes ao objeto dos distintos meios de prova.....	84
4.2 Referentes a determinados meios de prova	85
4.2.1 Testemunha referida	86
4.2.2 Testemunho do coacusado	87
4.2.3 Confissão do acusado.....	88
4.2.4 Novos meios de prova: as gravações audiovisuais, a infor-	
mação procedente da prova de DNA, a observação das co-	
municações eletrônicas e a prova eletrônica.....	90
4.3 Referentes ao caráter das normas vulneradas.....	94
4.4 A limitação dos direitos fundamentais e sua incidência sobre a pro-	
va ilícita	96

CAPÍTULO III

EFICÁCIA DA PROVA ILÍCITA	103
1. Considerações gerais.....	103
2. Na lei processual penal espanhola.....	108
3. A nulidade no Código Processual Penal francês e os sistemas português	
e holandês.....	111
4. A <i>inutilizzabilità</i> como remédio processual específico.....	113
5. Extensão e/ou limites da proibição de valoração da prova ilícita. Efei-	
tos indiretos. «Doutrina dos frutos da árvore envenenada». Restrições	
do efeito indireto e teses atenuadoras.....	115
5.1 Consagração legal dos efeitos reflexos.....	115
5.2 Linhas jurisprudenciais.....	116

5.3 As diferentes exceções à regra de exclusão na Espanha	119
5.3.1 Aplicação crescente da doutrina dos frutos da árvore envenenada	120
5.3.2 Primeiras restrições: exceções da descoberta inevitável; da fonte independente; do achado casual; da irregularidade sanada e da boa-fé.....	120
5.3.3 Nova restrição: a teoria da conexão da ilicitude e a prática da erradicação da eficácia reflexa	121
5.3.4 Críticas à teoria da conexão de ilicitude. Recepção de outras teses atenuadoras frente a determinadas carências	123
5.3.4.1 O efeito da <i>ilicitude da fonte de conhecimento</i> . Confissão do imputado.....	125
5.3.4.2 Ilicitude da confissão não informada.....	126
5.3.4.3 Conhecimento da ilicitude provável.....	127
5.3.4.4 Mínima dose psicoativa.....	127
5.3.5 Situações compatíveis com a teoria da desconexão de ilicitude.....	128

CAPÍTULO IV

TRATAMENTO PROCESSUAL DA ILICITUDE PROBATÓRIA	129
1. Considerações gerais.....	129
2. Tratamento prévio à fase processual	132
2.1 Sem previsão legal específica.....	132
2.2 Com previsão normativa específica.....	135
2.3 No procedimento federal dos Estados Unidos.....	136
3. Tratamento no processo	137
3.1 Na fase inicial do processo.....	137
3.2 Na decisão do processo	138
4. Sujeitos que podem aduzir a ilicitude e órgão competente para declará-la	140
5. Tratamento nos diversos processos da lei processual penal.....	143
5.1 Na fase investigatória.....	143
5.2 No processo por delitos graves.....	144
5.3 No processo abreviado	145
5.4 No processo perante o Tribunal do Júri.....	145

5.5 Declaração de ilicitude após a decisão. Recursos	146
6. O modelo da lei processual civil	146

CAPÍTULO V

ELEMENTOS PARA SEREM CONFRONTADOS	149
1. A prova ilícita no convênio e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos	149
1.1 Convênio Europeu de Direitos Humanos	150
1.2 Tribunal Europeu de Direitos Humanos	151
2. A prova ilícita nas tendências que delimitam as garantias processuais na União Europeia.....	157
2.1 A Carta Rogatória Europeia de obtenção de provas.....	158
2.2 O Convênio de Assistência judicial em matéria penal entre Estados Membros da UE	160
2.3 Interceptação das telecomunicações no Convênio de assistência judicial da UE	160
2.4 As equipes conjuntas de investigação penal (breve menção).....	162
2.5 A prova ilícita no futuro da harmonização europeia	163
3. A prova ilícita na Corte Interamericana de Direitos Humanos	164
3.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica	164
3.2 A ausência de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a ilicitude probatória.....	165
4. A prova ilícita na recente jurisprudência dos Estados Unidos.....	170
4.1 O caso <i>Hudson c. Michigan</i>	171
4.2 Posições frente ao caso <i>Hudson c. Michigan</i>	173
4.3 Um novo giro: <i>Herring vs. United States</i> : restrições na aplicação da <i>Good Faith Exemption</i>	174
4.4 Lições possíveis.....	175
REFLEXÃO FINAL.....	177
BIBLIOGRAFIA	181
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA SISTEMATIZADA POR CAPÍTULOS	193

CAPÍTULO I

CONCEITO E CONFIGURAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

1. PONTOS DE PARTIDA PARA ABORDAR A PROVA ILÍCITA

A diversidade de países e sistemas comparados configura um espectro amplo e plural, no qual se percebem diversas perspectivas na hora de focar o pressuposto comum da ilicitude probatória. Dessa forma se quer mostrar as diferenças e semelhanças entre uns e outros e, ao mesmo tempo, o âmbito de influências entre todos eles.

O esquema através do qual se agrupa sua exposição segue uma linha que os divide entre aqueles que se incluem na tradição jurídica europeia e os que seguem a tradição jurídica dos Estados Unidos da América, subdividindo-se os primeiros entre os continentais e os anglo-saxões.

Destaca-se, inicialmente, que as perspectivas com que se aborda a prova ilícita nos Estados Unidos da América e nos países continentais e latino-americanos é diversa. A perspectiva anglo-americana centra-se em regular os meios de prova e sua obtenção, sem que existam regras de exclusão *a priori*, enquanto os sistemas continentais focam seus esforços nos meios de obtenção das fontes de prova, aspecto regulamentado especificamente, sob pena de nulidade. Essa não é a única diferença, como veremos a seguir.

1.1 Nos países europeus

Os países europeus se caracterizam, incluindo a Grã-Bretanha, pela conexão da doutrina sobre a ilicitude probatória com a busca da verdade, assim como pelos limites que deve respeitar; seja enfatizando a rigorosa aplicação do princípio da legalidade; e os fins do processo penal ou a tensão existente entre diversos fins essenciais da sociedade, seja pela persecução dos delitos e pela proteção dos direitos individuais. Somente em menor medida,

ao menos originalmente, percebe-se uma atenção na direção do componente subjetivo ou, o que é o mesmo, na perspectiva de um efeito ou pedagógico sobre as atuações dos agentes públicos encarregados da obtenção das fontes que servirão à repetida busca.

No *adversaryal system* dos EUA, a doutrina sobre a *exclusionary rule* centra-se em conter os possíveis abusos que possam ocorrer ao direito por parte dos responsáveis públicos na persecução das ações delitivas.

1.1.1 Países continentais

A chave diferencial entre os sistemas continentais e o anglo-saxão é o respeito mais evidente nos primeiros em relação à legalidade, a qual exige que a obtenção da verdade siga os parâmetros de um processo legalmente estabelecido. A partir deste ponto, as configurações mais atuais incidem, especialmente, no difícil equilíbrio a que se submete a conjugação de interesses, tão contrapostos e legitimamente dignos de tutela. Assim, a título de exemplo e atendendo a uma formulação generalista: a proteção e castigo das condutas infratoras e a tutela de interesses individuais, limitando a atividade do Estado, em primeiro caso, e excluindo concretos meios de prova, em segundo.

1.1.1.1 Princípio de legalidade

Nos países de tradição jurídica continental, a prova ilícita figura, em primeiro lugar, como expoente do princípio de legalidade penal, na medida em que ninguém pode ser condenado senão por delito ou contravenção previamente estabelecidos na lei (prévia, escrita e estrita), assim como na pena prevista. Isso sempre que se tenha observado idêntica escrupulosidade na legalidade do procedimento e em flexibilizar a presunção de inocência, através de «*provas legais*».¹

1.1.1.2 Busca da verdade material

Desde essa perspectiva e atendido o preceito que o direito penal somente se realiza através do processo penal, a busca pela verdade material constitui um dos fins destacados no processo penal, justificando, entre outros aspectos, manifestações de oficialidade na fase investigatória e do processo contraditório, em assuntos relacionados, mais precisamente, com a investigação e com a obtenção de fontes de prova e na prática de meios de prova.² Atualmente,

¹ Ressalta-se que essa situação não é exclusiva dos países conhecidos como continentais. O Reino Unido se viu submetido a um dilema semelhante, como será exposto a seguir.

² A distinção entre fonte e meio de prova oferece singular relevância em diversos aspectos, como veremos, em diferentes sistemas jurídicos. Conceitualmente foi proposta por CARNELUTTI (*La Prueba Civil*, Buenos Aires, 1955, p. 65 e 70) e, posteriormente, incorporada ao nosso

as exigências de um sistema acusatório, a imparcialidade judicial e o jogo do encargo probatório contribuem para matizar a rotundidade de tal afirmação, desde o momento em que, durante a fase de investigação buscar-se-á elucidar os fatos relevantes à acusação e à defesa, aportando fontes de prova que se incorporem ao processo através dos respectivos meios legais. Em juízo, dita verdade estará circunscrita pela controvérsia fática, pelas provas produzidas e sua valoração, bem como pelas regras da carga da prova.

Contudo, o sistema europeu continental reconhece faculdades ao Juiz, as quais contribuem com as partes na verificação das afirmações de fato, sem comprometimento de sua imparcialidade (*sic*):³ no processo alemão (§§ 244, 202, 216 e 214, todos da StPO),⁴ no CPP francês (arts. 81; 310 e 456 do CPP), no belga (art. 319. A1.3 do CPP), na Lecrim espanhola,⁵ e no CPP de Portugal, que faz desaparecer a instrução judicial, mas mantém a busca pela verdade material como um postulado essencial (art. 340, 1, do CPP).⁶

Em posição intermediária, mesmo que mais próxima ao adversarial, ao convertê-lo em seu modelo, está o CPP italiano de 1988, eliminou a repetida busca pela verdade material como uma das finalidades do processo, mantendo, no entanto, a atuação extraordinária do Juiz na matéria probatória, em seu art. 507 do CPP.

Em última análise, desde a perspectiva dos ordenamentos incluídos no que se conhece por *civil law*, ou sistema continental, a ilicitude probatória questiona se, para obter-se uma sentença ao menos tendencialmente mais justa, vale tudo ou, ao contrário, existem limites que não podem ser transpostos, ainda que ao preço de não poder exercer a função jurisdicional e realizar o direito penal.⁷ Em outras palavras, a realização do direito penal flexibiliza a

acervo jurídico por SENTIS MELENDO, S., 1978: «Fuentes y medios de prueba» em *La prueba*, Ejea, Buenos Aires, p. 144 e ss. Sobre essa distinção foi escrito: «*Fonte é um conceito extrajurídico, metajurídico ou ajurídico, que se refere, forçosamente, a uma realidade anterior ao processo e estranha a este, enquanto meio é um conceito jurídico e, mais especificamente, processual*». SENTIS MELENDO, 1978: «Fuentes y medios de prueba» em *La prueba*, Buenos Aires. A fonte existe independentemente da realização ou não de um julgamento; no entanto, se esse não for realizado, não terá repercussões processuais, ainda que possa ter reflexos materiais. O meio se forma no processo jurídico, em um processo concreto, e sempre produzirá efeitos desta natureza. MONTERO AROCA, J., 1998: *La prueba en el proceso civil*, 2. ed., Madri, Civitas, p. 69 e ss.

³ N.T. (*sic*) posto pelo tradutor.

⁴ BELING, E., 1943 (*Derecho procesal penal*, trad. Fenech, Buenos Aires, p. 212), e mais recentemente HEINZ GÖSSEL, K., 1991: «La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídicos-constitucionales y políticos-criminales», trad. M. Polaino Navarrete, *Cuadernos de política criminal*, n. 45, p. 673 a 693.

⁵ Exposição de motivos e arts. 406 e 729 da LECrim.

⁶ MARQUÊS FERREIRA, 1989: «Meios de prova» em *O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, p. 231 e ss.

⁷ Essa ideia fundamentava, já no início do século passado, uma obra de BELING, E., 1903: *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahraeitforschung in Strafprozess*, Breslau.

presunção de inocência, circunstância que exige que a prova tenha chegado com todas as garantias ao processo, que se tenha seguido um *procès equitable* (art. 6 da CEDH), e que se tenham sido respeitadas as garantias do *proceso debido* (art. 8 da CADH), do *fairness process*, ou qualquer que seja a denominação cunhada.

1.1.1.3 Tensão e ponderação entre bens essenciais da sociedade

Por último, mas não menos importante (*last but not least*), a prova ilícita revela a tensão entre a tutela de bens essenciais da sociedade através do processo penal como um meio inevitável de realização do direito penal, assim como a própria liberdade e os direitos dos cidadãos, a quem se imputa a lesão de tais bens essenciais. Poderia afirmar-se, nesse sentido, que o ordenamento, em seu conjunto, se situa na intersecção de dois fatores em tensão: de um lado a tutela dos citados bens essenciais que, justamente por o serem, obtém essa proteção qualificada que representa o direito penal e o processo através do qual este se realiza e que justifica, por sua vez, intromissões singularmente relevantes pelo Estado. E, por outro lado, simultaneamente e tencionando em direção oposta, as limitações (assim admitidas quando afetam os direitos fundamentais) que, devido ao que Bachof denomina sua «*grande pretensão de validade*», reclamam a utilização de critérios singularmente estritos na hora de avaliar as repetidas medidas restritivas, enquanto impõem aos poderes públicos um grande comedimento em seus limites. Chega-se assim à seguinte conclusão: não deve prevalecer o interesse de proteção e de castigo das condutas infratoras se, para isso, lesionam-se injustificada ou desproporcionadamente os direitos (fundamentais ou não somente esses), compreendendo aqui tanto os de conteúdo material (direito à inviolabilidade de domicílio e às comunicações, à integridade física, à liberdade), como os que determinam o caráter justo e equitativo do processo (contraditório, ampla defesa, direito a utilizar os meios de prova pertinentes). Cada um desses grupos de direito atua de forma diferente e sobre objetos diversos. Os primeiros limitam, geralmente, a atuação do Estado na obtenção das fontes de prova, no desenvolvimento da investigação para a obtenção de meios de prova. Os segundos costumam atuar como limitações à admissão ou *atendibilidad* dos concretos meios de prova em relação à regulação legal de seu acesso ao processo.⁸ Ambos, desde suas respectivas perspectivas, legitimam o Estado de Direito.⁹

⁸ Neste último sentido, se fixam limites à indagação e produção de fontes e meios de prova, considerando os direitos e as liberdades públicas. HERNANDEZ GARCÍA, J., «El juicio oral. La prueba», em AAVV, 2005: *Hacia un nuevo proceso penal, Manuais de Formação Continuada* n. 32, CGPJ, p. 381. Tais limites conformam a sujeição a uma série de regras informadas pelo princípio de proporcionalidade.

⁹ Fala-se de uma *faceta negativa dos direitos fundamentais*, relativa ao âmbito de poder do cidadão frente aos poderes públicos, e uma *faceta positiva*, referente às obrigações geradas normativamente pelo Estado, em defesa desses direitos. Cfr. RUBIO LLORENTE, F., «Derechos

1.1.2 Reino Unido: entre a busca da verdade e o modelo adversarial

A configuração adversarial do sistema de persecução penal na Inglaterra e no País de Gales, países aos quais se dedicará uma breve referência introdutória geral, implica que os Tribunais não possuem faculdades de atuação *ex officio*. De fato, a investigação não corresponde à autoridade judicial; não existe uma autêntica fase preliminar, é necessário alguém alheio para acusar; o acusador possui o ônus de provar os fatos que apresenta, assim como a culpa do acusado (presunção da inocência); e, finalmente, o acusado pode incorporar suas próprias provas de defesa e, especialmente, submeter a exame crítico as provas de acusação aportadas pelo acusador.¹⁰ De fato, o modelo adversarial, em se tratando de provas, ao consagrar a aportação de parte, baseia-se, inevitavelmente, na superação do conceito de verdade objetiva e na sua substituição pelo conceito de prova dialética, ou prova como argumento.¹¹

Nesse contexto, o exercício da ação penal se considera tarefa da polícia e a discricionariedade em seu exercício é uma exigência de economia de meios. Embora a criação da *Crown Prosecution Service* imponha um certo controle na atividade policial, é certo que após a supressão do Tribunal do Júri em 1937 não existe um verdadeiro trâmite preliminar para controlar e verificar a solidez das provas de acusação.¹² Na opinião de alguns autores, esse fato não é estranho aos muitos casos de flagrante erro na justiça penal e fundamentaria a percepção de que alguns juristas ingleses não demonstram rejeição direta ante a figura do Juiz instrutor francês.¹³

Os direitos do futuro réu, desde a perspectiva da prova, centram-se na presunção de inocência que, na fase anterior ao processo, manifesta-se no direito a permanecer em silêncio, a não declarar contra si mesmo,¹⁴ e no direito a que lhe sejam reveladas as provas de acusação (*disclosure*),¹⁵ subordinando

fundamentales, derechos humanos y Estado de derecho», em AAVV, *Fundamentos*, n. 4, *Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, Junta Geral do Principado de Astúrias, p. 205 e ss.

¹⁰ WALKER, R. J., 1985: *The English Legal System*, 6. ed., Londres: Butterworths.

¹¹ DÍAZ CABIALE, J., 1991: «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal», em *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, p. 321.

¹² V. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *El poder de acusar*, cit., p. 52 e ss.

¹³ ROBERTSON, G., 1993: *Freedom, the Individual and the Law*. 7. ed. Londres: Penguin, p. 44 e ss. e 362 e ss., citado por DÍEZ-PICAZO, L. M., *ob. cit.*, p. 56.

¹⁴ Direitos incorporados também pelo TEDH à presunção de inocência e ao art. 6.º do CEDH (*Murray vs. UK* (1966) 22 EHRR 29).

¹⁵ Esse direito foi analisado pelo TEDH em *Jespers vs. Bélgica* e se exercita, em última instância, no julgamento, podendo diferenciar-se, previamente, entre países em que se reconhece o direito ao conhecimento durante a investigação (como na Espanha) de outros, onde tal informação somente é transmitida uma vez terminada a audiência preliminar e formulada a acusação. Cfr. *Study of the Laws of Evidence in Criminal Proceedings throughout the UE*, International Department of the Law Society of England and Wales, cit., p. 11 e ss.

na Inglaterra e em Gales o arbítrio da própria polícia, para não prejudicar a acusação.¹⁶

As regras de exclusão são consideradas como pertencentes ao regime adversarial, ao garantir a concentração e a eficácia da audiência de julgamento, na qual as fontes de prova diretas e pessoais podem ser questionadas e avaliadas em público.¹⁷ Contudo, essa interconexão positiva não é unânime, à medida que a fixação da verdade formal e a negociação (*plea*) entendem-se inerentes ao sistema acusatório nos Estados Unidos da América, por exemplo, e a *exclusionary rule* constitui um obstáculo à citada fixação.¹⁸

Entretanto, não se deve esquecer que, tradicionalmente, a discricionariedade da *common law* para excluir a prova se tem utilizado excepcionalmente, bem como para eliminar provas confiáveis, no interesse de um julgamento justo.¹⁹

Na Inglaterra existem três tipos de provas que poderiam ser excluídas: *hearsay* (testemunho referido), a prova sobre o «*mau caráter*» (*bad character*) e a prova ilegal.²⁰ Originalmente, a regra de exclusão não cumpria funções de proteção aos direitos do acusado na investigação. Após a importação das teses americanas (*caso Mapp vs. Ohio*),²¹ iniciou-se uma nova tendência para reestruturar a fase de investigação, a qual reconheceu uma série de direitos processuais, semelhantes ao modelo americano da época do «*Tribunal Warren*».²² Desde então, como no resto dos países, sucessivos pronunciamentos jurisprudenciais e tendências legislativas, intimamente conectadas a específicas situações políticas e sociais, têm acarretado um inegável «*aperta e*

¹⁶ Criminal Procedure and Investigations Act, 1996.

¹⁷ Tampouco cabe defender que as regras de exclusão contribuem à «*acusatoriedade*» do sistema. Operam independentemente. A existência de regras de exclusão é perfeitamente coerente em um sistema misto e em um acusatório «*puro*», e mais, ao equiparar-se esse com *adversarial*, a aproximação deste último à verdade formal apresenta sérios obstáculos à vigência da regra de exclusão. Negam também a equiparação AGUILERA MORALES, M., 2008: «Regla de exclusión y acusatorio», em AAVV. *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons.

¹⁸ VOGLER, R., 2008: «Últimas tendencias probatorias en Inglaterra» em AAVV, *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanc (tratados), p. 404.

¹⁹ ORMEROD, D. & BIRCH D., 2004: «The evolution of the Discretion Exclusion of Evidence», em *Criminal Law Review*, p. 767 a 788.

²⁰ A regra de exclusão do *hearsay* garante a presença das testemunhas na audiência pública para a confrontação e o interrogatório. A regra de exclusão da prova sobre o mau caráter impede que se foque nos antecedentes do acusado para utilizar delitos similares como elemento incriminatório. Cfr. PLANCHADEL GARGALLO, A., «La regla de exclusión de la prueba sobre el mal carácter en el proceso penal inglés», em AAVV..., nota 13, p. 233 e ss.

²¹ Como ressalta claramente ASHWORTH, A., 1977: «Excluding Evidence as Protecting Rights», em *Criminal Law Review*, p. 723 a 735.

²² VOGLER, R., 2005: *A World View of Criminal Justice*, Ashgate: Aldershot, p. 151 a 154. Citado pelo próprio VOGLER, n. 13, p. 411.

afrouxa» entre os interesses objetivos da investigação e a proteção dos direitos individuais.²³

A jurisprudência inglesa preferiu não se intrometer na eficácia saneadora que sua doutrina possa ter sobre a prática judicial, atendendo prioritariamente à confiabilidade da prova, e chegando a convalidar atuações irregulares por uma questão de boa fé dos policiais atuantes, sinal inequívoco da admissão do *deterrent effect* como fundamento da exclusão.²⁴

A perspectiva garantista parece ter ganhado espaço com a *Police and Criminal Evidence Act* (PACE) em 1978²⁵ e com a inclusão do art. 78 neste mesmo documento.²⁶ A aplicação jurisprudencial desse preceito resume-se da seguinte maneira:

a) o poder de exclusão da prova não deve ser utilizado para corrigir disciplinarmente a polícia; as atuações irregulares que careçam de verdadeira transcendência processual não justificam aquela exclusão, ainda que o policial que tenha incorrido nelas possa ser alvo de correção disciplinar;

b) o simples fato de quebrar os Códigos de Atuação (*Codes of Practice*) não significa, por si só, rejeição da prova (*R. vs. Delaney* (1988) 88 Cr. App. R. 338).²⁷

Ao invés,

c) os descumprimentos significativos e substanciais pesarão muito a favor da exclusão (*R.v. Keenan* (1989) 3 All ER 598).

Contudo,

²³ Em 1980, em *R. vs. Sang*, concluiu-se que o sistema *common law* não outorga nenhum poder para excluir determinados meios de prova, mesmo que tenham sido obtidos ilegalmente. V. ORMEROD, D. & BIRCH, D., 2004: «The Evolution of the Discretionary Exclusion of Evidence», em *Criminal Law Review*, p. 767 a 788.

²⁴ *R. vs. Mason*, 1987, 3All E.R., 481 (confissão depois que a polícia afirmou, falsamente, dispor de impressões digitais comprometedoras); *R. vs. Delaney*, 1988, e *R. vs. Trump*, 1979, 70 Cr. App. Rep. 300 (C.A.) (comprovação alcoométrica de ar inspirado, obtida mediante intimação).

²⁵ Estabeleceu um regime estatutário completo à fase de investigação: requisitos para gravar todo o ocorrido nas diversas etapas; informação dos direitos dos acusados em várias ocasiões; garantia da representação legal. Não se incluiu, no entanto, a disposição em virtude da qual se excluam, inadmitindo as medidas obtidas através da vulneração à PACE (VOGLER, n. 13, p. 412).

²⁶ Em virtude da qual: em todos os processos o Tribunal pode não admitir a prova sobre a qual o Ministério Público queira sustentar seu caso, se entende o Tribunal que, em relação a todas as circunstâncias, incluindo aquelas em que a prova foi obtida, a admissibilidade da prova produziria efeitos contrários à equidade processual, que o Tribunal não poderá admiti-la. Sobre a derivação aplicativa dessa regra, aproximadamente, v. VOGLER.

²⁷ *R. vs. Guillard and Barret* (1990), 92, Cr. App. R. 61.

d) a presença ou ausência de boa-fé é somente um fator a mais a ser considerado pelo qual a atuação bem intencionada dos funcionários que obtiveram a fonte de prova irregularmente poderia aconselhar, em certas circunstâncias, a manutenção do uso processual da prova (*Daniels vs. DPP* (1991) 156 JPR, 543);

e) a prova obtida ilegitimamente fora das fronteiras que determinam a competência territorial do Tribunal local pode ser excluída aplicando o art. 78 (*R. vs. Governo of Pentonville Prison, ex p. Chinoy* (1992) 1 All ER 317).

Finalmente,

f) a jurisprudência inglesa adverte energicamente que nada que absolva um culpado real pode ter relevância (*Powell vs. DPP* (1992) RTR 270).

Sintetizando, poderia afirmar-se que a Inglaterra, como o resto dos países continentais europeus, moveu-se entre os extremos representados por defender a busca da verdade (Bentham e seus seguidores) em um extremo e, no outro, aqueles que excluem um amplo número de casos de tal busca, por afastar-se ou contrariar o modelo adversarial.²⁸ No entanto, é preciso lembrar que a exclusão de provas irregularmente admitidas é pouco frequente na prática.²⁹

Atualmente, as sucessivas etapas partem da citada promulgação da *Police and Criminal Evidence Act (PACE)* em 1984, do HRA em 1988, de condenações sucessivas da Inglaterra pelo TEDH em casos de provas obtidas através de vigilância secreta que violava o art. 8.º DEDH,³⁰ da citada publicação da *Criminal Justice Act (CJA)* de 2003, sem que se possa afirmar que tenha desaparecido, muito antes pelo contrário, a tensão entre ambas as tendências. Com o passar do tempo e com a recepção da Convenção Europeia de Direitos Humanos foi-se reforçando a regra de exclusão, de forma que a *Criminal Justice Act (CJA)* de 2003 propôs o limite derivado do *fair trail* em relação às provas referidas ao estilo de vida e à moral do acusado, conhecidas como *bad character*.³¹

²⁸ Spencer e Lord Justice Auld, entre os primeiros; e Blacstone, que representa o posicionamento defensor da exclusão e seus principais seguidores: Tapper e Birch. Em diferentes momentos, desde o século XVIII, protegeu-se o acusado contra a tortura, impedindo que esta fosse considerada uma fonte de prova. Em 1989 a Inglaterra foi o último país do sistema *common law* a abandonar tal proteção, restabelecendo-a somente em 1984.

²⁹ KEANE, A., 1989: *The modern law of evidence*, Londres: Butterworths, p. 39.

³⁰ Casos *Khan vs. Reino Unido* (35394/97. 2001) e *PG vs. Reino Unido* (44787/98. 2002).

³¹ A admissão encontra-se submetida a determinados requisitos, como o acordo das partes ou a relevância probatória, mas evidencia, em todo caso, a aplicação de uma ponderação desde o ponto de vista do justo processo penal. V. CONTI, C., *Accertamento del fatto...* cit., p. 363 e nota 79. Na literatura inglesa: SHARPE, S., 1997: *Judicial Discretion and Criminal Investigation*, Londres, p. 81 a 85; e ZUCKERMAN, AA. S., 1987: «Illegally-Obtained Evidence – Discretion as a Guardian of Legitimacy», em *CLP*, p. 55.

Contudo, ainda hoje se denuncia a «*chocante anomalia*» implícita em que os Tribunais possam pôr fim ao processo de abusos ocasionados pela má conduta policial, enquanto que se o processo continuasse, a prova obtida ilegalmente não poderia ser excluída, em consideração a eventos semelhantes.³²

1.2 Nos Estados Unidos: da integridade judicial à restrição dos poderes da autoridade pública e seu efeito de dissuasão. A indenização como remédio

A lei conhecida como *Exclusionary rule* é enfrentada desde um ponto de vista bem diferente dos demais sistemas continentais e atende, com menos prioridade, a outros objetivos, circunstância que não parece ser obstáculo para constituir um dos sistemas de referência obrigatória na doutrina e na jurisprudência para a maioria, para não dizer a totalidade, dos países.

O fundamento inicial é constitucional, de tutela dos direitos contidos em diversas Emendas. Por exemplo: a Quarta (direito a não sofrer buscas e apreensões indevidas); a Quinta (direito a não declarar contra si mesmo); a Sexta (direito a ser assistido por um advogado) e a Décima Quarta (direito ao devido processo legal). No entanto, a proteção de tais direitos constitui-se mais em restrições à autoridade dos agentes públicos sobre os cidadãos do que em direitos individuais (*deterrent effect*).³³

Entretanto, esse não é o único argumento. Originariamente apelou-se à necessidade de preservar a «*integridade judicial*»³⁴ e, posteriormente a outros, como a «“confiabilidade” (*reliability*) da prova»,³⁵ ou «remediar um erro» frente a alguém.³⁶ É a necessidade de preservar a integridade judicial, a base argumentativa do *deterrent effect*. Devem-se excluir as fontes obtidas ilicitamente para dissuadir a força da ordem de futuras violações, pois de outra

³² VOGLER, *apud* NASH S. e CHOO, A., 1999: «What’s the Matter with Section 78», em *Criminal Law Review*, p. 936.

³³ GÓMEZ-JARA, C., «Nuevas Tendencias en materia de prueba ilícita. El caso de Estados Unidos», relato apresentado ao XIII Congresso Internacional de Direito Processual. Esse autor ressalta que não é casualidade que se tenha considerado um direito constitucional pessoal, mas sim um remédio jurídico criado para dissuadir vulnerações constitucionais (v. *United States vs. Leon* 468 U.S. 897, 906 (1984)).

³⁴ Caso *Elkins vs. United States* (1960), 364 U.S. 206. V. J. W. STRONG (gen. ed.), McCormick on Evidence, cit., 287. Como o Juiz Brandei apontou: *Crime is contagious. If the government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law, Olmstead c. United States*, 277 U.S., 438, 485 (1928).

³⁵ D. H. OAKS, 1970: «Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure» em *University of Chicago Law Rev.*, 37: 666.

³⁶ Caso *Linkletter vs. Walzer* (1965), 381 U.S. 618, 637. W.R. LA FAVE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, *Criminal procedure* 3. ed., St. Paul, Minnesota, 200, 523.

maneira o Estado, através dos juízes, descumpria o direito, equiparando-se ao delinquente a quem julga.³⁷

Não obstante, é preciso constar duas circunstâncias diferentes que acompanharam a *Exclusionary Rule* desde sua origem. O debate sobre o custo social e jurídico que comporta, sua eficácia e a existência de outros recursos para tal, aspectos sobre os quais se tratará mais detidamente no capítulo V, e outras questões sócio-políticas, sem cuja referência resulta difícil apreender o verdadeiro significado da mesma. De fato, desde a sua origem, a regra de exclusão foi ligada a outras questões que explicam os debates surgidos na linha de suas diversas configurações: o ativismo judicial (*activismo judicial*), a discussão sobre o federalismo nos EUA, bem como a inevitável chave interpretativa que constituem as peculiaridades processuais do sistema jurídico-estatal e a história constitucional da incorporação às regulações jurídicas dos diversos Estados federados das previsões contidas na Constituição Federal, o chamado *incorporation debate*.³⁸ Finalmente, não devem ser esquecidas as variáveis circunstanciais sociais, políticas e judiciais, não somente por sua estreita relação com aumentos da delinquência, mas também pelas mudanças na Corte Suprema, desde a «*época de Warren*» até a «*época de Roberts*».³⁹

Em uma breve nota histórica, enquanto as antigas colônias de Ultramar importaram o princípio de Direito Comum *male captum, bene retentum*, a primeira metade do século XX foi marcada pela polêmica entre Cardozo e Holmes. Benjamín Natham Cardozo defendeu a posição tradicional a partir da qual, quando se demonstra a autoria de um delito mediante uma prova obtida ilegitimamente, devem castigar-se ambos os ilícitos. Isto é, tanto o crime descoberto, quanto a obtenção da prova. De outra forma, um delinquente poderia ficar livre por erro policial⁴⁰ (*The people vs. Defoe*, 242 N.Y. 413 (1926)). Naquela época somente a doutrina Weeks abria uma brecha à

³⁷ «*Nothing can destroy a government more quickly than its failure to observe its own laws, or worse, its disregard of the charter of its own existence (...)* If the Government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself (Elkins, 364 U.S. At 222)». ALLEN, STUNTZ, HOFFMANN, LIVINGSTON, *Comprehensive criminal procedure*, Aspen Law & Business, ISBN 0-7355-1959-5, p. 330.

³⁸ GÓMEZ-JARA, Carlos, *ob. cit.* Tal circunstância explica a desastrosa e diferente aplicação no tempo e espaço (âmbito federal e diferentes Estados). E, paralelamente, que seu conteúdo se veja reduzido a um elemento acessório das discussões sobre a relação legislação/jurisprudência por um lado, e o citado «*incorporation debate*» por outro.

³⁹ A primeira como máxima expressão das *Miranda warnings* e a mais recente do Juiz Roberts, caracterizada por restringir notadamente os casos de exclusão e iniciando a expansão das doutrinas do *balancing test*, e a *good faith exception*. Sobre o particular cfr. BANDES, S. A., 2009: «The Roberts Court and the future of the Exclusionary Rule» em *American Constitution Society for Law and Policy*, abril de 2009, p. 1 a 9.

⁴⁰ ZUCKERMANN, A.A.S., 1989: *The principle of criminal evidence*. Oxford: Clarendon Law Series, p. 351.

exclusão, cuja relevância permanece até hoje.⁴¹ O caso *Olmstead vs. EUA* (1929) foi resolvido com quatro votos divergentes, recordando a doutrina estabelecida no caso *Weeks vs. EUA* (1914). Frente à opinião majoritária de juízes que não reconheciam que a prova de acusação obtida através de uma interceptação telefônica sem ordem judicial violava a IV Emenda, o Juiz Holmes sustentou a posição destacada na introdução deste trabalho.

Após a solução do caso *Wolf vs. Colorado* (1949), a perspectiva do mal menor se impôs em *Mapp vs. Ohio* em 1961, declarando aplicável a doutrina às jurisdições estatais, por invocação do direito ao *procedural due process of Law* (Emenda XIV). A conhecida por «era Warren» aplicou o *balancing approach* consistente em ponderar o peso dos interesses em jogo a partir das Emendas IV, V, VI e XIV. Desde a assunção à presidência do Tribunal Supremo do Juiz Warren Burger, iniciou-se outra tendência, a qual marcaria o Juiz Renquist.⁴² Em concordância com o *Law and Order*, na sentença *Stone vs. Powell* (1976), advertia-se sobre a impossibilidade de fechar os olhos aos custos sociais da regra de exclusão obrigatória em casos de impunidade de criminosos notórios por infrações policiais leves.⁴³ A partir de então, recorre-se às diversas teses moderadoras das *exclusionary rules*, reforçando o fundamento do *deterrent effect* e a frequente aplicação da *good faith exception*, substituindo a inexistência de um mandado constitucional inexistente.

Voltando ao conceito de ilicitude probatória nos EUA, cabe afirmar que a regra de exclusão é uma norma jurisprudencial. Segundo esta, os materiais probatórios (*Evidence*) obtidos pela polícia mediante ações de investigação criminal que vulnerarem direitos processuais constitucionais reconhecidos pelas Emendas Quarta, Quinta, Sexta e Décima Quarta da Constituição Federal, não poderão ser aportadas e nem valoradas pelo Juiz na fase decisória dos processos penais federais ou estatais, para fins da determinação ou prova (*Proof*) da culpa ou inocência do réu, cujos direitos foram violados.

⁴¹ 232 U.S. 391. O caso versava sobre as fontes probatórias obtidas através de uma perseguição ilegal (cartas privadas). O acusado, que havia solicitado inutilmente a sua restituição e ineficiência, viu reconhecida sua petição quando o Tribunal entendeu que a proteção outorgada pela Quarta Emenda, onde se declara o direito dos cidadãos a não serem submetidos a sequestros e investigações ilegais, perdia o significado. Recorre-se a esse precedente na hora de citar a tutela do cidadão frente a pesquisas ilegítimas e obtenção de fontes probatórias *contra si*, Cfr. STRONG, J. W. (gen. Ed.), 1992: *McCormick on Evidence*, 4. ed., St. Paul, Minnesota, p. 285.

⁴² GARRO, A.-M., 1992: «Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte» em *Revista de Derecho Constitucional*, n. 35, maio-ago. 1992, p. 85 e ss.

⁴³ Entre esses, os economistas denunciados pelos *econometricians*, os quais acusavam o *due process* de lento e com um custo inaceitável de determinadas absolvições, por aspectos meramente formais ou processuais, fazendo com que reconhecidos culpados não fossem castigados. EASTERBROOK, F. H., 1982: «Criminal procedure as a market system», *Journal of Legal Studies*, 12, p. 297 e ss.; BECKER, G. S., 1968: «Crime and Punishment: An Economic Approach», em *Journal of Political Economy*, 76, p. 169 e ss.

Note-se a vinculação necessária com a infração de um direito processual constitucional, como o direito a não sofrer busca e apreensão indevidas, o direito a não produzir provas contra si, o direito a um advogado e o direito ao devido processo legal.⁴⁴ A partir desta perspectiva, os direitos contidos nas repetidas Emendas podem ser considerados normas processuais de obtenção de prova ou normas constitucionais em cuja hipótese estariam compreendidas, entre as protegidas, mediante a regra de exclusão.⁴⁵ Foi a partir dessa configuração original que os Tribunais estatais desenvolveram regras de exclusão aplicáveis em casos de violação de normas de caráter infraconstitucional, indo além do que a Suprema Corte Federal foi.⁴⁶ Essas regras de exclusão foram denominadas regras de exclusão não-constitucionais (*Nonconstitutional exclusionary rules*).⁴⁷

Assim, podemos afirmar que a regra de exclusão busca prioritariamente colocar limites à busca de elementos incriminatórios, preservando determinados direitos constitucionais contemplados em diferentes Emendas da Constituição dos EUA e, com isso, a integridade judicial. Esse objetivo é o posto em questão e, com ele, o conhecido por *deterrent effect*.

Tanto é assim que a atual queda na repetida regra de exclusão apresenta um ponto de inflexão na sentença *Hudson vs. Michigan*, ao realçar em seus próprios termos: «*não se pode assumir que a exclusão em um contexto atual oferece efeitos dissuasórios necessários, simplesmente porque faz muito tempo que consideramos que era um efeito dissuasório necessário (...)*», e conclui posteriormente: «*pelo que sabemos, a responsabilidade civil – derivada do*

⁴⁴ Respeitadas as diferenças entre o significado desse conceito em nossa tradição jurídica e na dos EUA.

⁴⁵ Assim seria ao considerar que os direitos a não sofrer busca e apreensão indevida, ou o direito a não se autoincriminar etc., constituem esse tipo de normas. Igualmente deve advertir-se que a Décima Quarta Emenda – direito ao devido processo – pode ser interpretada de forma a aglutinar todo tipo de normativa processual – tanto de obtenção como de valoração de prova. Na realidade, tal Emenda foi utilizada, em certas ocasiões, como um *cajón de sastre*, isto é, um conjunto de coisas desordenadas, para tratar os casos mais gritantes de obtenção de provas ilícitas. Isso se percebe de maneira especialmente evidente a partir do conhecido caso *Rochin* [*Rochin vs. California*, 342 U.S. 165 (1952)]. Cfr. o excelente artigo de KADISH, 1957: «Methodology and criteria in due process adjudication – A Survey and Criticism», em *Yale L. J.* 66, p. 328 e ss. No entanto, é preciso reconhecer que se aplica, em raras ocasiões, já que seu fundamento são atuações suficientemente graves, como para «*sacudir a consciência*» (v. por todos DRESSLER, 1997: *Understanding criminal procedure*, 2. ed., p. 322).

⁴⁶ V. ABRAHAMSON, 1985: «Criminal Law and state constitutions: The emergence of state constitutional law», em *Tex. L. Rev.* 63, p. 1180 e ss.; BRENNAN, 1977: «State Constitutions and the protection of individual rights», em: *Harv. L. Rev.* 90, p. 489 ss.; COLLINS & SKOVER, 1988: «The Future of liberal legal scholarship», em *Mich. L. Rev.* 87, p. 217, apontando 450 sentenças estatais que declararam novos direitos individuais «*estatais*» não reconhecidos pela Constituição federal.

⁴⁷ Sobre essas regras v., por todos, com abundantes referências, DIX, 1989: «Non constitutional exclusionary rules in criminal procedure», em *Am. Crim. L. Rev.*, 27, p. 53 e ss.

42 U.S.C. § 1983, referente aos oficiais de polícia pela violação de direitos constitucionais – oferece uma dissuasão efetiva neste âmbito, igualmente como temos assumido em outros âmbitos». Desconsiderado esse fundamento, a necessidade da regra de exclusão desaparece, parecendo que a tendência é substituí-la por remédios civis ou disciplinares adequados.⁴⁸

Tal tendência restritiva se mantém no posterior caso *Herring vs. United States*, sentença de morte da *Exclusionary rule*, está sendo objeto de importantes críticas, alertando sobre o perigo de converter a Quarta Emenda em «papel sem valor» ao negar o demonstrado efeito persuasivo sobre as atuações policiais e provocar, conseqüentemente, um duplo prejuízo: deixar sem proteção os direitos consagrados na citada Emenda e abrir uma via indenizatória sobre a qual não se constatou sua eficácia e, o que é pior, podem gerar uma consequência oposta à desejada nas atuações investigadoras da polícia.⁴⁹

2. PROVA ILÍCITA, CONCEITO E CONFIGURAÇÃO VARIÁVEL

Como se comprovará mais adiante, ao tratar dos tipos de prova ilícita, essa pode ter diferentes causas: ser prova expressa e legalmente proibida; ser irregular ou se tornar defeituosa, imputando-lhe proibição em vista de seu objeto (proibição de prestar testemunho para aqueles que estão obrigados a guardar segredo); utilizar determinados métodos de investigação (torturas, coações ou ameaças); referir-se a determinados meios de prova (testemunho entre parentes, testemunhos de referência); violar direitos fundamentais; ser irregular ou se tornar defeituosa. Também pode produzir-se em diferentes momentos (antes ou no processo); operar em benefício do causador da ilicitude ou de um terceiro, ou, finalmente, consistir em atuações de diferentes sujeitos (acusadores ou acusados).

Essa diversidade de perspectivas, junto às inegáveis conotações sócio-políticas que acompanham suas diferentes configurações, explica que o conceito de prova ilícita não seja unívoco, servindo para incorporar patologias jurídicas, em ocasiões bastante diversas. A isto contribui, por outro lado, a ausência frequente de um regime legal, ou que esse se encontre diluído em normas específicas e de conteúdo nem sempre equiparável.

⁴⁸ 126 S. Ct. 2159 (2006).

⁴⁹ *Herring c. United States*, 129 S. Ct 695 (2009). Cfr. ALSCHULER, A. W., «Herring v. Unites States: A Minnow or a Shark?», em *Ohio State Jorunal*, 463, 7, p. 463-513, mais especificamente, p. 507 512 e nota 230. Com igual sentido, BRADLEY, C., «Red Herring or the Death of the Exclusionary Rule?», *Trial*, 52, abril de 2009. LA FAVE, W., 2009: «The smell of Herring: A critique of the Suprme Court's latest assault of the Exclusionary Rule» 99, *J. Crim. L & Criminology* 757, e HENNING, A. C., *Hening v. US, Extension of the Good-Faith Exception to the Exclusionary Rule in Fourth Amendment Cases*, Congressional Research Service, CRS Report for Congress, fevereiro de 2009.

De fato, aqueles países cujos códigos processuais foram reformados nas últimas décadas dedicaram um tratamento processual específico à prova ilícita, quer especificamente, quer incorporando a regra de exclusão. Os Códigos processuais não modificados atendem ao tratamento processual da nulidade.

A exposição foi sistematizada de acordo com a graduação denotada nos diferentes ordenamentos, desde sua ascensão e inclusão na Constituição. Considerou-se a criação e/ou regulação normativa de uma categoria jurídica *ad hoc*, a existência de um regime legal processual de fato incorporando a regra de exclusão em textos processuais ou orgânicos, bem como se recorreu às proibições de utilização e à categoria geral das nulidades processuais.

2.1 Inclusão das proibições probatórias nas Constituições

Provavelmente em busca de uma tutela reforçada, diversos países incluíram as referências à prova ilícita na Carta Magna. Esse mecanismo, que serviu para converter os direitos humanos em direitos fundamentais, permite aplicar suas linhas inspiradoras e, inclusive, ir mais além do que a legislação ordinária, quando esta se mostrar insuficiente.

2.1.1 Constituição portuguesa

Em Portugal a «*prova ilícita*» (obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria de «*prova proibida*», sem compreender, contudo, a prova obtida violando as formalidades requeridas.

A Constituição portuguesa de 1976 constituiu um sistema normativo próprio com relação às «*proibições probatórias*», ao prescrever em seu art. 32: «*a nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, intromissão abusiva na vida privada, no domicílio ou na correspondência ou telecomunicações*».⁵⁰ Percepção que parece endossada pelo art. 118. 3 do CPP, que em caso de nulidades processuais, dispõe: «*as disposições do presente título não prejudicam as normas do código referentes às proibições de prova*».

Na Lei processual o mandato constitucional se reproduz de maneira quase idêntica no art. 126, 1. 3.º, do CPP, em que: «*salvaguardados os casos previstos em lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão à vida privada, ao domicílio, à correspondência ou às comunicações sem o consentimento do respectivo titular*».⁵¹

⁵⁰ COSTA ANDRADE, M., 1992: *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, p. 192.

⁵¹ São nulas e não podem ser utilizadas as provas obtidas mediante tortura, coação ou, no geral, ofensa à integridade física ou moral das pessoas, e as provas obtidas, mesmo com o consentimento da pessoa, mediante: a) perturbação do livre arbítrio através de maus tratos, ofensas

Cabe definir a «*prova proibida*» como a prova obtida infringindo normas ou princípios reconhecidos pela Constituição para a proteção dos direitos da personalidade em qualquer de suas manifestações, como o direito à intimidade ou à inviolabilidade das comunicações.⁵²

Desse modo, a proteção dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa tornam-se obstáculos intransponíveis frente à busca da verdade material, de forma que a ilicitude probatória se reduz às situações de violação dos direitos fundamentais, sem prejuízo de que um rompimento brando possa constituir um caso de nulidade ou de anulabilidade.⁵³

2.1.2 Constituição brasileira

No ordenamento brasileiro, a inadmissibilidade processual de provas obtidas por meios ilícitos advém, diretamente, da Constituição.⁵⁴

O art. 5.º, LVI, da Constituição Federal, veda expressamente a admissão de provas obtidas ilicitamente. Esse mandado consta no art. 157 do CPP, determinando a inadmissibilidade e a conseqüente exclusão da prova ilícita.⁵⁵

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência estava dividida sobre a admissibilidade das provas ilícitas.⁵⁶ O citado art. 157 do CPP põe fim às discussões existentes, ao abordar tanto a inadmissibilidade de provas obtidas através da violação de direitos fundamentais, quanto à inadmissibilidade das provas derivadas, com duas ressalvas, às quais farei referência depois.

corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) perturbação da memória ou capacidade de decisão; c) ameaça com medida legalmente inadmissível; ou e) promessa de recompensa legalmente inadmissível.

⁵² BELEZA, T. e BURGOA, E., «Ponencia nacional portuguesa» para o XII Congresso da Associação Internacional de Direito Processual, inédita. Essas autoras apelam à jurisprudência referida aos ditos preceitos, e entre ela: Decisão do Tribunal de Relação de Guimarães, de 10 de janeiro de 2005 (www.dgsi.pt) ou a decisão n. 192/01, do Tribunal Constitucional (www.tribunal.constitucional.pt).

⁵³ Contudo, alguns autores admitem circunstâncias excepcionais que excluiriam a aplicação da doutrina da prova ilícita, quando o uso de determinados métodos represente o único meio de localizar ou evitar um dano maior, como um atentado ou um massacre, ou quando o acusado utiliza-se da prova ilícita para provar a sua inocência. Cfr. COSTA ANDRADE, M., *ob. cit.*, p. 45.

⁵⁴ «Art. 5.º Constituição Federal: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVI – São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.»

⁵⁵ Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, que modifica, entre outros, o citado art. 157 do CPP.

⁵⁶ SCARANCE, em sua declaração nacional sobre o Brasil (n. 2) recorda algumas decisões importantes que não admitem meios probatórios obtidos ilegalmente (HC 69.9120-0-RS. Lex-STF 183/290; Ação Penal 307-3-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 13.10.1995, Seção I, p. 34, 247 e ss.). Mais extensivamente, PELLEGRINI, SCARANCE e MAGALHAES, *As nulidades no processo penal*, n. 51.

Atualmente, diferencia-se entre «*prova ilícita*», quando se vulnera um direito material, e «*prova ilegítima*», ao tratar de uma violação do direito processual. Neste último caso, diferencia-se também entre proibição absoluta e relativa. As duas são espécies de prova ilegal. A ilegalidade acarreta inadmissibilidade, remetendo ao tratamento, nesse caso, ao previsto para as nulidades.⁵⁷

Mesmo que ao formular uma definição de prova ilícita, a doutrina elabore um conceito referido à prova obtida através da violação de normas substanciais do ordenamento, circunscrevendo-a inclusive à violação de direitos constitucionais, o certo é que a nova redação do art. 157 do CPP refere-se tanto às normas constitucionais quanto às legais.⁵⁸

Assim, ainda que, atualmente, a prova ilícita não esteja reduzida aos supostos de vulneração a direito constitucional, existe uma clara tendência nessa direção.⁵⁹ Não se deve esquecer, contudo, que se trata de um meio de prova obtido violando-se uma norma constitucional, ainda que de natureza processual, tende-se a contemplá-la como prova ilícita. Assim, por exemplo, no caso de escutas telefônicas que não preservam as formas prescritas na lei. A partir de então, destaca-se a tendência a analisar cada caso e ao uso do princípio de proporcionalidade, como ocorreu no caso onde se julgou sobre a violação da correspondência para evitar uma importante fuga de presos.⁶⁰

O atual Projeto de Lei do Senado inclui a prova ilícita nas disposições gerais da prova, a partir da perspectiva da inadmissibilidade, quer dizer, preceituando que a prova declarada inadmissível será excluída dos autos e arquivada *sigilosamente em cartório*.⁶¹

2.1.3 O Código de Processo Penal colombiano

O constituinte de 1991 incluiu entre as normas relativas ao devido processo legal uma cláusula na qual «*é nula de pleno direito a prova obtida com violação do devido processo legal*».

⁵⁷ SCARANCA FERNANDES, A., 2005: *Processo penal constitucional*, 4. ed., São Paulo, Parte II, n. 76.

⁵⁸ São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais (N.T.: no original consta, de modo equivocado, «*ilegais*»).

⁵⁹ Assim é defendido pela doutrina de PELLEGRINI GRINOVER, A.; SCARANCA FERNANDES, A.; e MAGALHÃES GOMES, F., 2006: *As nulidades no processo penal*, 9. ed., São Paulo; Parte II, Cap. IX. S.II; n. 4.

⁶⁰ HC 70814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 24.06.1994. O Supremo Tribunal Federal admitiu a violação do segredo de correspondência ao aplicar a proporcionalidade e sustentar que a proteção de tal direito não pode salvaguardar práticas ilícitas.

⁶¹ N. 156, de 2009, elaborado pela Comissão Temporária de Reforma do Código de Processo Penal, art. 167 do ACPP.

Partindo desse mandado constitucional, o Código de Processo Penal de 2004 incorpora a cláusula de exclusão em seu art. 23, nos seguintes termos: «*toda prova obtida com violação das garantias fundamentais será nula de pleno direito, pelo qual deverá ser excluída da atuação processual*». ⁶² A configuração legal une o conceito de prova lícita à violação dos direitos fundamentais, enquanto a ilicitude probatória também pode derivar da transgressão de mandados constitucionais que não estejam incluídos no catálogo dos direitos fundamentais. ⁶³ Assim, a vulneração a normas da legalidade ordinária estão na categoria denominada «*prova ilegal*», com efeitos diferentes aos da prova ilícita. ⁶⁴

Desenvolvendo o postulado anterior, diversas previsões aludem à exclusão de atos investigativos, como: 1) o art. 212 do CPP, compelindo o Ministério Público a estudar a atividade desenvolvida pela polícia judicial e fornecendo, nesse caso, a exclusão dos meios de prova obtidos, violando-se princípios e garantias processuais; ⁶⁵ 2) regras específicas que excluem elementos materiais de prova, evidência física e informação ilegalmente obtida no curso da busca e apreensão; ⁶⁶ e 3) regulação legal pormenorizada do tratamento processual da ilicitude probatória no processo. ⁶⁷

O tratamento da prova ilícita se desenvolve, como veremos no capítulo dedicado ao tratamento processual, em três fases diferentes do processo: a da revisão da atuação policial pelo Ministério Público, a do Juiz de Garantias e a do julgamento.

2.1.4 *Constituição mexicana*

Os Estados Unidos do México se uniram, recentemente, ao elenco de países que incorporam à Constituição a ilicitude probatória. No âmbito de uma normativa referente aos princípios constitucionais gerais do processo penal, o recente Decreto de junho de 2008 prescreve, expressamente, que qualquer prova obtida com violação de direitos fundamentais será nula. ⁶⁸

⁶² Art. 23 do CPP: «*cláusula de exclusão: toda a prova obtida com violação às garantias fundamentais será nula de pleno direito, pelo qual deverá ser excluída do processo. Igual tratamento receberão as provas originadas de outras excluídas, ou as que somente possam ser explicadas em razão da sua existência*».

⁶³ PARRA, J., «Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita», Declaração Nacional de Colômbia, n. 2.

⁶⁴ Inclusive, como se ampliará ao estudar o tratamento processual, consagram-se legalmente os vícios indiretos ou derivados no art. 23.2 do CPP.

⁶⁵ Art. 212 do CPP.

⁶⁶ Art. 232 do CPP.

⁶⁷ V., *infra*, Capítulo IV.

⁶⁸ Art. 20, IX, Decreto pelo qual se reformaram e adicionaram diversas disposições da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 17 de junho de 2008.

Pendentes da reforma que defina os princípios citados, o Código de Processo Penal Federal não contém regulação expressa sobre a ilicitude probatória, incluindo a regra de exclusão.⁶⁹ Contudo, tal carência não impede que, na aplicação de normas e garantias constitucionais, a obtenção de provas que as violaram tornar-se-iam credoras de nulidade, em virtude da citada infração. Assim sucederia, por exemplo, com a declaração do acusado, o direito a um tradutor, bem como em todas as regras constitucionais que delimitam os atos de investigação e supõem limitação de algum direito fundamental (busca e apreensão), intervenção nas comunicações etc.).⁷⁰

Entre os códigos recentemente reformados, destacam-se aqueles que foram alterados há uma década, como o de Coahuila (art. 5.º), contemplando a faculdade do Ministério Público de declarar a ilicitude dos meios de prova, sempre e quando sejam decisivos para chegar-se a um acordo sobre o exercício da ação penal. Posteriormente, o art. 183 do CPP ressalta, entre as causas de falta de validade das atuações de investigação prévia, a ilicitude da obtenção

⁶⁹ O México tem um Poder Judiciário Federal e trinta e dois Poderes Judiciais Estatais, também chamados locais.

⁷⁰ No que se refere à «*declaração do acusado*», o inciso II do art. 20 estabelece o direito a manter-se calado e ressalta como requisito à sua validade o prestado em juízo, que a declaração seja feita na presença do Ministério Público ou do Juiz, assistido por seu advogado. Esse preceito constitucional é desenvolvido no Código Federal de Procedimentos Penais (doravante CFPP) nos arts. 87 e 127-bis, entre outros, especialmente no último parágrafo do art. 134, que estabelece a invalidade das declarações do acusado quando sua apresentação frente ao Juiz, por parte do Ministério Público, exceda de 48 horas, já que se presumirá que o acusado estava incomunicável. Em relação ao «*direito a um tradutor*», no caso dos membros dos povos indígenas, o art. 2.º, inciso VIII, da CPEUM estabelece o direito dos índios a serem assistidos por intérpretes e defensores que tenham conhecimento de sua língua e cultura. O «*direito à inviolabilidade de domicílio*» encontra-se protegido pelo artigo 16 da Constituição Mexicana, no qual a diligência de busca e apreensão encontra seu registro expresso nesse preceito (ordem judicial escrita, diligência de investigação que estará limitada pelo conteúdo da ordem: lugar a ser inspecionado e pessoas ou objetos procurados. A prática no âmbito do processo federal atrelava a validade destes *cateos* (apreensão, na terminologia mexicana) e do confisco ou abertura de documentos ao cumprimento estrito dos requisitos de conteúdo nessa norma constitucional e na sua regulação legal – arts. 61 a 70 do CFPP), que apontava como sanção ao seu descumprimento a perda de «*todo valor probatório*» (art. 61 *in fine*). No entanto, recentemente (início de fevereiro de 2007), a Suprema Corte da Justiça da Nação estabeleceu que um *cateo* pode ser válido, mesmo que sem ordem judicial, nos casos de flagrante, quando se trate de certos delitos de sequestro ou narcotráfico. Finalmente, o «*direito à inviolabilidade das comunicações privadas*» também está contido no art. 16 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, sendo esse caso em que a Constituição assinala com clareza e contundência a ausência de todo valor probatório aos casos em que as intervenções se realizem com a falta de algum dos requisitos que são estabelecidos (ordem judicial com petição prévia «*fundada e motivada*»; indicação do tipo de intervenção, sujeitos e prazos). A intervenção telefônica está regulada também na Lei Federal contra o Crime Organizado (doravante LFCDO), nos arts. 16 a 28, onde se estabelece a ausência de «*todo valor probatório*» das «*intervenções realizadas sem as autorizações previamente citadas ou fora dos termos nelas ordenados*», além de um detalhado desenvolvimento legislativo.

dos meios de prova. Outros códigos processuais de reforma posterior, como o de Chihuahua, Oaxaca ou os projetos em discussão de Zacatecas e Aguascalientes, estabelecem regras claras de exclusão. Dessa forma, os arts. 19 e 331 do CPP de Chihuahua aponta que a prova somente terá valor caso haja sido obtida e produzida por meios lícitos que, por sua vez, tenham sido incorporados ao processo seguindo o procedimento estabelecido no CPP.

No Código de Processo Penal Federal – que ainda não foi reformado – e no da maioria dos Estados, não se circunscreve a prova ilícita como uma violação dos direitos fundamentais. A ilicitude probatória se reclama através do remédio jurídico denominado de *amparo*, cuja configuração, no México, é bastante ampla: a inclusão do princípio de legalidade no catálogo dos direitos fundamentais ou «*garantias individuais*» (arts. 14 e 16 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917 (CPEUM)) afirma que a obtenção de uma prova violando qualquer tipo de norma, incluindo os princípios gerais, possa ser alegada como «*violação*» por meio do *amparo*, por constituir vulneração às garantias individuais.⁷¹ Essa situação permite que, com fundamento nos arts. 14 e 16 da Constituição, seja possível impugnar, através do *amparo*, a infração de qualquer direito, seja no âmbito constitucional ou da mera legalidade. A partir deste ponto de vista, teoricamente caberia alegar a ilicitude por vulneração às normas de obtenção da prova, ainda que o sistema de investigação, encomendado ao Ministério Público e sem controle posterior de um Juiz instrutor ou de Garantias, torne a impugnação difícil.⁷²

Somente o art. 19 do CPP de Chihuahua estabelece que não terá valor a prova obtida mediante tortura, ameaças ou violação dos direitos fundamentais das pessoas.

Contudo, existem proibições probatórias que afetam singularmente a investigação. Além das excluídas através da aplicação direta dos Tratados Internacionais subscritos pelo México (ordálicas, fruto da magia),⁷³ devem ser contempladas nesse parágrafo: a) as obtidas pela violência física ou moral, incomunicabilidade, tortura ou ameaça; b) as obtidas ministrando-se substân-

⁷¹ Ainda que o remédio jurídico denominado de *amparo* tenha surgido no século XIX, como processo constitucional contra as violações de direitos fundamentais, a incorporação do princípio de legalidade converteu esse processo em um meio para revisar a legalidade da atuação do poder público (administrativo ou judiciário). Essa amplitude outorga ao *amparo* uma vigília inigualável ao resumir a interpretação da legislação das entidades ou da Federação. De acordo com a lei de *amparo*, a jurisprudência ditada em forma de «*tese*» é vinculante para todos os Tribunais.

⁷² NATARÉN NANDAYAPA, C., 2007: «El concepto de prueba ilícita en el proceso mexicano. Primera aproximación», em GARCÍA RAMÍREZ; GONZÁLEZ MARISCAL, 2007: *Panorama internacional sobre justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. México: Unam, p. 123 e 134.

⁷³ Em 2005 assinou o Protocolo da Convenção contra a Tortura ([http://www.unhchr.tbs/doc.nsf/\(Symbol\)CAT.C.75.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.tbs/doc.nsf/(Symbol)CAT.C.75.Sp?Opendocument)).

cias químicas («*soro da verdade*» etc.) e tudo o que corroborar, ao menos aparentemente, à aprovação de quem for submetido a tais práticas. Nesse sentido, enquanto os Tribunais parecem condenar à exclusão a confissão obtida com violência,⁷⁴ acabam por lhe outorgar eficácia, sempre e quando o seu conteúdo seja corroborado, mediante outro meio probatório.⁷⁵

No que tange à busca e apreensão (*cateo* na terminologia mexicana) e intervenção das comunicações, a Lei Federal contra a Delinquência Organizada (LFCDO) de 2004 regula uma série de garantias, entre as quais cabe citar o requisito de *jurisdicionalidade*.⁷⁶ Olvida, contudo, as consequências da ilegalidade, tanto diretas, quanto indiretas.⁷⁷ Frente a tal ausência, a jurisprudência se pronuncia sobre a ilegalidade da busca e apreensão sem cumprir as garantias fixadas legalmente (autorização da autoridade competente, solicitação por escrito onde conste a descrição do lugar, seu objetivo e necessidade; a pessoa, ou pessoas, que devem ser localizadas ou apreendidas e os objetos que se buscam ou que devem ser assegurados, aos quais se restringirá a diligência) negando valor probatório ao resultado de tal atuação.⁷⁸

Uma mostra ilustrativa sobre o jogo da prova ilícita, em tema tão sensível e reiterado como as intervenções telefônicas, encontra-se no tratamento e decisão do caso Lydia Cacho pela Suprema Corte de Justiça.⁷⁹

2.2 Outorga de um regime jurídico *ad hoc*

2.2.1 *A inutilizzabilità no Código de Processo Penal italiano*

O Código de Processo Penal de 1988 incorporou o art. 191, em virtude do qual se introduz a proibição de valoração das provas obtidas em violação às proibições legais.⁸⁰ Encontramo-nos frente a uma categoria puramente processual, a qual salvaguarda a aquisição e a incorporação de fatos ou meios

⁷⁴ Confissão obtida mediante coação (IUS: 211275. 8.ª Época. Instância: TCC). Fonte: SFJ, t. XIV, julho, 1994, p. 511.

⁷⁵ IUS: 211279. 8.ª Época. Instância: TCC (SFJ.T.XIV, julho 1994. P.512; e IUS: 216778. 8.ª Época. Instância: TCC (Gaceta del SJF.T. 63, março de 1993, p. 40, citado por GÁNEM HERNÁNDEZ, E., 2007: «Principales problemas en el procedimiento probatorio federal en México», em AAVV, *Prueba y proceso penal*, Valência, p. 613.

⁷⁶ Art. 16 da Constituição; arts. 2.º, III, e 61 do CFPP; e arts. 1, 2 e 15 da LFCDO.

⁷⁷ Art. 27 da LFCDO.

⁷⁸ IUS: 182235. 9.ª Época. Fonte: TCC. Instância: SFJ e sua publicação. T. XIX, fevereiro de 2004, p. 994, citado por GÁNEM HERNÁNDEZ, E., *Principales problemas*, nota 94.

⁷⁹ V. IBARRA PALAFOX, P., 2009: «El caso Lydia Cacho en la SCJN y la ponderación de la prueba ilícita», em *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 12, jul.-dez. 2009, p. 251 a 260.

⁸⁰ Aprovado em 22 de setembro de 1988. Não entrou em vigor até 24 de outubro de 1989. Segundo esse preceito: «*Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*» (As provas incorporadas ao processo, com violação às proibições estabelecidas na lei não podem ser utilizadas).

de prova ao processo penal, através de uma correta aplicação das normas probatórias.

A *inutilizzabilità* constitui um limite ao livre convencimento do Juiz que exclui a possibilidade de formar sua convicção sobre os fatos incorporados através de tais provas. Descreve-se, dessa forma, as duas caras de um mesmo fenômeno: o vício que afeta um ato ou um documento e, paralelamente, o «*regime jurídico*», as consequências impeditivas de consideração pelo Juiz, pelo Ministério Público ou pela polícia judiciária. Constitui um tipo de invalidez, uma forma de sanção processual, que não afeta tanto o ato em si, quanto seu «*valor probatório*», diferenciando-se da nulidade. O ato poderia ser válido desde o ponto de vista formal, mas a *inutilizzabilità* impede seu efeito essencial: fundamentar uma decisão judicial.⁸¹ Agregando a isso, junto à *inutilizzabilità* como consequência da aquisição de uma prova ilegítima (art. 191 do CPP) regula-se a *inutilizzabilità* para a deliberação no art. 526.⁸²

Deve-se precisar, imediatamente, que a *inutilizzabilità* que provoca os efeitos do art. 191 do CPP (proibição de admissão e avaliação da prova) é prevista em uma norma processual. Como foi adiantado, a *inutilizzabilità* é um conceito processual cuja eficácia se desenvolve nesse âmbito. Tanto é assim que não será eficaz a prova adquirida através de contravenção a normas administrativas ou civis.⁸³

Considerando que a proibição figura em uma lei substantiva, tratar-se-ia de «*prova ilícita*», utilizável a princípio, salvo que se torne *inutilizzabili* ao contemplar-se também uma norma processual nesse sentido. Assim acontece, por exemplo, com o art. 188 do CPP, que proíbe expressamente o uso de métodos ou técnicas que interfiram sobre o livre arbítrio, a capacidade de recordar ou de avaliar os fatos.

A jurisprudência integrou a disciplina legal criando o instituto da *prova inconstitucional*. Essa expressão se refere aos elementos de prova que estão adquiridos com modalidades não disciplinadas pelo Código, violando direitos fundamentais dos indivíduos. Tradicionalmente, a possibilidade de configurar essa categoria depende do tipo de interpretação que se pretende em relação à expressão «*proibições estabelecidas pela lei*», prevista no art. 191 do CPP.

⁸¹ TONINI, P., 2006: *Manuale di Procedura Penale*, 7. ed., Giuffrè, p. 187. Sobre a *inutilizzabilità* in extenso, v. CONTI, C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, 2007, *passim*.

⁸² Art. 526 do CPP. «*Prove utilizzabili ai fini della deliberazione*»: «*Il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento. 1-bis. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore*».

⁸³ CONTI, C., 2007: *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, 2007, p. 112.

Para um setor doutrinário, as provas obtidas através de violação dos direitos fundamentais são inutilizáveis, considerando que no conceito de «lei», em um sentido amplo, compreende-se também a Carta Magna.⁸⁴ Outro setor, em sentido oposto, argumenta que a *inutilizzabilità* limita-se unicamente à violação das proibições probatórias, expressamente estabelecidas no Código e, por isso, rejeitam a categoria da prova inconstitucional. O Tribunal Constitucional se pronunciou, em diversas decisões, a esse respeito, sem que se possa distinguir uma linha hermenêutica uniforme ou, o que é o mesmo, dependendo do teor da questão específica que seja o objeto da decisão.⁸⁵

A doutrina distingue entre: *inutilizzabilità geral*, ou *própria*, referindo-se ao previsto no citado art. 191 do CPP, e a *inutilizzabilità especial*, nos casos em que a prova foi adquirida ou praticada violando uma proibição probatória concreta, como inspeções ou busca e apreensões que violem o disposto no art. 103 do CPP; incorporação do testemunho de referência sem respeitar o disposto no art. 195 do CPP, ou intervenções telefônicas, além do disposto no art. 271 do CPP.⁸⁶

A primeira causa a proibição da incorporação e, no caso de havê-la feito indevidamente, leva à proibição da avaliação da prova em questão, levando em conta que o Juiz, o Ministério Público ou a polícia utilizaram um poder que a lei processual proíbe expressamente.⁸⁷ Contudo, se a percepção da *inutilizzabilità* se produz na fase investigativa, não por isso se excluem as diligências.

⁸⁴ À medida que a Carta reconhece como invioláveis os direitos fundamentais do indivíduo, estabelecendo que eventuais limitações são consentidas somente e na medida em que estabeleça o legislador ordinário, parece claro que a Constituição fixa, mesmo assim, proibições probatórias. A violação a tais «proibições probatórias constitucionais» encontra sua sanção e sua pena no art. 191 do CPP. Cfr. CONTI, C., 2007: *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, p. 150 e ss.

⁸⁵ Foram proferidas, a favor das categorias, as seguintes decisões: Decisão de 6 de abril de 1973, n. 34, em *Giur. Cost.*, 1973; decisão de 11 de março de 1993, n. 81, em *Giur. Cost.* 1993, 731; decisão de 18 de janeiro de 1998, n. 229, em *Cass. Pen.* 1998, p. 2847. Em outros, no entanto, alegou uma regulamentação legal expressa nesse sentido: ord. 19, de julho de 2000, n. 304, em *Giur. Cost.* 2000, p. 2315, n. 304; decisão de 24 de abril de 2002, n. 135, em *Giur. Cost.* 2002, p. 2176. Todas citadas por TONINI, P., 2006: *Manuale di Procedura penale*, 7. ed., Giuffrè, p. 193. Em extenso, CONTI, C., nota 35, p. 8 a 10.

⁸⁶ Também se distingue entre *inutilizzabilità patológica* e *inutilizzabilità fisiológica*. A primeira se aplica no fato da prova adquirida contrariamente ao disposto em lei (art. 191 do CPP), remarcando sua dupla natureza de vício da prova e sanção processual da prova viciada. O termo *inutilizzabilità fisiológica* se centra nos atos preliminares do processo penal, em sua aquisição, incorporação ao processo e em sua validade a partir da exigência de contraditório (art. 526.1 do CPP).

⁸⁷ Um exemplo citado pela doutrina é o do art. 220.2 do CPP, no qual se proíbe a perícia para estabelecer a tendência a cometer delitos, o caráter ou a personalidade do acusado e, em geral, as circunstâncias psicológicas independentemente das patológicas, ou o citado art. 188 do CPP. Cfr. TONINI, P., *Manuale...*, cit., p. 189.

A «*inutilizzabilità relativa ou imprópria*», ao referir-se a atos que não compreendem propriamente a normativa probatória, mas que ocorrem antes do julgamento, conduz a excluí-los da avaliação, na medida em que vulneram o princípio do contraditório.

A prova ilícita no ordenamento processual penal italiano incluiria os casos em que a norma do Código Processual Penal prevê a *inutilizzabilità* (*inutilizzabilità especial*). Ainda, quando a prova tenha sido praticada violando uma proibição probatória, isto é, no âmbito da *inutilizzabilità geral*. Também naquelas modalidades de prática de prova em que foi violada uma norma do CPP, sob pena de nulidade especial (por exemplo, o art. 199, § 2.º, do CPP) ou geral (art. 178 do CPP ao violar, por exemplo, um dos elementos essenciais do direito de defesa do acusado).⁸⁸

Não se aprecia, portanto, vinculação necessária com a infração de um direito fundamental, que corresponderia à categoria de «*prova ilícita*» (*prova illecita*).⁸⁹ A prova é *inutilizzabile* somente se a norma do Código que tenha sido vulnerada estabelece uma proibição probatória expressa ou implícita, embora seja mais complexo neste último caso, ao ser regida pelo princípio da taxatividade.⁹⁰

Consequentemente, a ilicitude pode derivar da infração dos direitos que não estejam no âmbito dos direitos fundamentais. O determinante é que a norma do Código estabeleça uma proibição probatória ou culmine diretamente em *inutilizzabilità*. De fato, um exame detalhado evidencia que a *inutilizzabilità* é ligada à vulneração (com maior ou menor intensidade) a direitos fundamentais. Mas isso não significa que exista tal equivalência. A *inutilizzabilità* se aplica independentemente da vulneração a um direito fundamental, como no caso previsto no art. 188 do CPP, em virtude do qual não podem ser utilizados métodos ou técnicas que impeçam manifestar livremente à vontade ou a autodeterminação, ou incidam negativamente sobre a capacidade de recordar ou avaliar os fatos, apesar de que o interessado dê seu consentimento para a utilização de métodos ou técnicas proibidas.⁹¹

⁸⁸ Cfr. CONTI, C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., *passim*.

⁸⁹ A *prova illecita* é aquela contrária a uma norma penal, diferentemente da *inutilizzabilità*, que descumpra uma norma processual e que se inclui na categoria mais ampla de *illegalità* (arts. 191 e 526 do CPP).

⁹⁰ Existe prescrição expressa quando se proíbe o acesso de um determinado meio de prova ao procedimento penal de maneira direta, estabelecendo que uma prova está proibida ou se permite a sua admissibilidade em determinadas condições (por exemplo, arts. 197 e 198, ambos do CPP); ou então, a proibição pode ser deduzida de maneira implícita do conjunto das normas sobre provas (por exemplo, interceptações telefônicas de conversações sobre fatos objeto de segredo de Estado).

⁹¹ Cfr. CONTI, C., 2007: *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, *passim*.

2.2.2 *O amplo arbítrio judicial e a ponderação de interesses no Código de Processo Penal holandês*

Em 1996 foi introduzido o art. 359 no Código de Processo Penal holandês (WvSv.), cujo teor expressa que quando tenham sido violadas determinadas regras procedimentais, no curso da investigação preliminar se abre, durante o julgamento, um leque de atuações que vão desde a sanação até a suspensão, passando pela compensação ao acusado, mediante uma redução da pena, em virtude de um amplo arbítrio judicial, aplicando-se a ponderação de interesses conflitivos.

Os elementos definidores do conceito de prova ilícita, constados no citado art. 300, são a obtenção ou incorporação de uma fonte ou meio de prova em que haja concorrido alguma das seguintes circunstâncias: a) violação de uma previsão legal na investigação preliminar (interrogar um suspeito sem informar-lhe sobre seu direito de permanecer calado e não se autoincriminar (art. 29 do WvSv.); b) atuação sem habilitação legal para tal, violando direitos fundamentais do suspeito (provas para detectar a presença de álcool no sangue, quando era necessária regulação legal para tanto (até a década de 1970); c) vulneração de princípios gerais do direito processual penal, substancialmente os princípios de proporcionalidade e subsidiariedade (solicitar a colaboração dos habitantes de uma residência antes de forçar a entrada, tendo uma autorização legal para tanto).⁹² Como se percebe, pode contribuir, mas não resulta imprescindivelmente, na violação de um direito fundamental.

Essa configuração tão ampla é congruente com o vasto espectro da discricionariedade judicial prevalente na Holanda e com o fato de que o já citado art. 359 do WvSv. é fruto da incorporação legislativa da jurisprudência que recai sobre a prova ilícita. Assim, e conforme o mesmo, o Tribunal elegerá, entre as diversas opções citadas previamente, a partir da ponderação dos bens e interesses protegidos pela regra infringida, a gravidade da violação e o dano ocasionado por esta última.⁹³

Percebe-se também, no desenho legal, que a qualificação de determinadas ações ou omissões como condutas que conduzem a uma «prova ilícita» não acarreta necessariamente a aplicação de uma regra de exclusão. Cabe incorporar os fatos ou aplicar outro tipo de sanção, ou até mesmo avaliar a infração, de forma que não conduza a consequências processuais.

A jurisprudência incidente desde 1962 e que, como já foi dito, é a origem direta do art. 359 do WvSv., exige para serem aplicados os princípios de proporcionalidade e subsidiariedade, sem contar a especificidade do delito, que a aplicação da regra de exclusão beneficie diretamente o titular do direito

⁹² EMBREGTS, 2003, p. 50.

⁹³ EMBREGTS, 2003, p. 101.

vulnerado. Isso equivale a não poder invocar sua aplicação, por exemplo, em uma busca e apreensão irregular à residência de «A» quando se encontra ali heroína que pertence a «B» (doutrina de proteção da norma).⁹⁴ Outro exemplo é quando na interceptação telefônica de «C» encontram-se dados que incriminam «D». ⁹⁵ Esse critério, seguido durante décadas, se encontra submetido à revisão, por consequência do caso *Kahn vs. Inglaterra*, em que se absolveu esse país, por entender que o uso de dados obtidos violando o art. 8.º da Declaração de Direito do Homem (direito à intimidade) não supõem, por si, uma violação do direito a um processo justo. A partir de então, alguns autores defendem que o novo parâmetro da ilicitude probatória deva atentar frontalmente ao direito a um processo justo.⁹⁶

2.3 A ilicitude probatória na legalidade processual ordinária

Junto aos sistemas *ad hoc* analisados e antes de enfrentar o regime geral adotado através das nulidades processuais, existem outras situações interdiárias. A primeira agrupa o amplo número de ordenamentos que incluem, em seus respectivos códigos processuais ou orgânicos, a regra da exclusão. A segunda é representada pelos países em que a falta de previsão normativa da repetida regra de exclusão os leva a acudir a proibições probatórias de produção e valoração.

2.3.1 Incorporando regras de exclusão nos Códigos processuais ou nas leis orgânicas

Essa posição, inspirada parcialmente no sistema dos EUA, corresponde, na maioria dos casos, àquelas legislações processuais ou orgânicas reformadas mais recentemente, acolhendo em boa parte o que constitui uma aplicação jurisprudencial em outros ordenamentos, quer dizer, incluir a regra de exclusão junto a determinadas proibições probatórias. A vulneração a um direito fundamental não constitui, no entanto, um requisito unanimemente admitido.

Basta dizer que, inclusive nos EUA, embora o desenvolvimento foi e continua sendo jurisprudencial, passou a fazer parte da regulação jurídico-positiva do ordenamento federal estadunidense, assim como do de diversos Estados. No primeiro caso, através das «*Regras Federais do Processo Penal*» (*Federal Rules of Criminal Procedure*) e também as Regras Federais de Prova (*Federal Rules of Evidence*). Entre os Estados, a maioria elabora normas que impõem a exclusão das provas em setores específicos, embora não falem Estados, como o Texas ou a Carolina do Norte, onde existe uma previsão

⁹⁴ *Doctrine of protective scope ou Schutznorm-Prinzip.*

⁹⁵ HR de 18 de outubro de 1988, NJ 1989, 306.

⁹⁶ BURUMA, 2002: 201.

mais geral. No Texas se exige a exclusão de provas obtidas com a violação de leis ou da Constituição federal ou estatal.⁹⁷ Na Carolina do Norte a lei exige a supressão de provas obtidas como resultado de uma «*violação substancial*» da Lei do Procedimento Criminal.⁹⁸

2.3.1.1 América Central: a incidência do Código Modelo na reforma dos Códigos Processuais Penais da Guatemala, Costa Rica, El Salvador e Nicarágua

Como marco introdutório é importante lembrar que o art. 8.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos condiciona a validade da confissão a que tenha sido obtida sem coação. Por conseguinte, o art. 10 do mesmo texto legal declara a inadmissibilidade de declarações obtidas sob tortura.

Nesse contexto, em 1988 apresentou-se o Código Modelo (doravante denominado CM) com um objetivo que deriva de sua própria denominação.⁹⁹ Do grande número de códigos processuais penais reformados a partir dessa data, diversas regulações seguiram suas diretrizes, em maior ou menor medida ou, no mínimo, prestaram atenção às suas linhas gerais. A gestão do mesmo serve, além do mais, para constatar as duas perspectivas desde as quais se podem decidir a ilicitude probatória: o regime de nulidades processuais penais ou seu tratamento processual penal específico.

São dois os preceitos dedicados à prova ilícita no CM: o art. 148, que declara a inadmissibilidade dos elementos de prova obtidos por meio proibido (tortura, intromissão à intimidade do domicílio, violação do segredo das comunicações); e o art. 255 do CM, o qual proíbe valorar e fundar a decisão judicial em «*atos cumpridos com inobservância das formas e condições previstas neste Código, salvo que o defeito tenha sido sanado (art. 288 do CM) ou não tenham sido oportunamente protestados (art. 226 do CM)*». Os defeitos absolutos não necessitam denúncia prévia, podendo ser declarados *ex officio* (art. 227 do CM).

Entre os Códigos de Processo Penal que seguiram no rastro do CM, o art. 183 do CPP da Guatemala (1992) reproduz praticamente o art. 186 do Código Modelo, apontando que para ser avaliado, um elemento de prova deve haver sido obtido por um procedimento permitido e incorporado ao processo penal em conformidade às disposições fixadas por ele.

Uma determinação semelhante contém o art. 181 do CPP da Costa Rica («*Os elementos de prova somente terão valor se houverem sido obtidos por*

⁹⁷ *Texas Criminal Procedure Code Annotated*, art. 38.2.

⁹⁸ *North Carolina Code Annotated*, § 15^a-974 (2).

⁹⁹ *Código Processual Penal Modelo para Ibero-América*. Instituto Iberoamericano de Direito processual. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

*um meio lícito e incorporados ao procedimento conforme as disposições deste Código»).*¹⁰⁰ Isso também se vê em recentes, como o Código de Processo Penal da Nicarágua (2002), art. 16 (Licitude da prova),¹⁰¹ o Código Processual Penal da República Dominicana (2004), cujo art. 166 estabelece que os elementos de prova somente poderão ser avaliados se houverem sido obtidos por um meio lícito, conforme as disposições do próprio Código, ou o art. 167, que regula a *exclusão probatória*.¹⁰²

Sobre o tratamento diverso da ilicitude probatória no CM e nos diversos CPP aos quais foi feita referência tratar-se-á posteriormente, ao analisar os efeitos da ilicitude.¹⁰³

2.3.1.2 O Código de Processo Penal chileno

A prova ilícita não figura como tal no CPP chileno. Está prevista, no entanto, a ilicitude probatória como regra de exclusão no momento em que o Juiz de Garantias examina as diligências que se querem incorporar como provas ao julgamento, contemplando sua exclusão do processo penal por ter sido obtida vulnerando garantias fundamentais (art. 276.3 if. do CPP).¹⁰⁴ Essa expressão deve ser entendida aqui como equivalente a direitos fundamentais.¹⁰⁵

¹⁰⁰ E acrescenta: a menos que favoreçam o acusado, não poderão ser utilizadas informações obtidas mediante tortura, maus-tratos, coação, ameaça, engano, intromissão indevida à intimidade do domicílio, da correspondência, das comunicações, dos documentos e arquivos privados, nem informação obtida por outro meio que prejudique a vontade ou viole os direitos fundamentais dos indivíduos.

¹⁰¹ A prova somente terá valor se for obtida por um meio lícito e incorporado ao processo conforme as disposições desse Código. Nenhum dos atos que tenham surgido através do exercício do princípio de oportunidade entre o Ministério Público e as partes, incluindo o reconhecimento da culpa, será admissível como prova durante o julgamento se não se obtém acordo ou é rejeitado pelo Juiz competente.

¹⁰² Não pode ser utilizada para fundamentar uma decisão judicial, nem como pressuposto, a prova produzida com inobservância das normas e condições que violem direitos e garantias do acusado, previstos na Constituição da República, nos tratados internacionais e nesse código. Tampouco podem ser apreciadas aquelas provas que derivem diretamente delas, salvo se tenha sido possível obter outra informação lícita que leve ao mesmo resultado. Mesmo assim, não podem ser valorados os atos que não cumpram as formas jurídicas e que impeçam o exercício do direito à tutela judicial da vítima, ou impeçam o exercício dos deveres do Ministério Público, salvo convalidação do vício.

¹⁰³ *Infra*, Capítulo IV.

¹⁰⁴ «Exclusão de provas para o julgamento oral (...) III. Do mesmo modo, o Juiz excluirá as provas advindas de atuações ou diligências que tiverem sido declaradas nulas e aquelas que tiverem sido obtidas com inobservância das garantias fundamentais». Nota-se que o CPP chileno de 2000 confia a instrução ao Ministério Público, assim como o exercício da ação penal. Concluída a investigação, se o Ministério Público decide acusar, o Juiz de Garantias será comunicado, o qual convoca uma «audiência de preparação do julgamento oral». É nesse momento em que se pronuncia sobre as provas propostas pelas partes.

¹⁰⁵ CAFFERATA NORES, J. J., 1992: «Invalidez de las pruebas obtenidas en violación de garantías constitucionales», *Revistas de Derecho Penal I*, Rosario, Santa Fé, Ed. Juris, p. 7.

Na legislação anterior, embora não incluídos termos como «*prova ilícita*», já se rejeitava o uso de provas que vulnerassem as garantias constitucionais ou legais (art. 484 do CPP).¹⁰⁶ A exclusão se apoiava, além do mais, na própria Constituição, que consagra a limitação do exercício da soberania, em respeito aos direitos essenciais que emanam da natureza humana (art. 5.2).

A regra de exclusão se encontra submetida, como veremos, a julgamento na «*audiência de preparação da fase oral do processo*», e sua avaliação é de desígnio exclusivo do Juiz de Garantias.

2.3.1.3 A aplicação da regra de exclusão na Lei Orgânica espanhola

Na Espanha existe uma regulação legal-positiva na medida em que o art. 11.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário (1985) dispõe que «*não terão efeito as provas obtidas, direta ou indiretamente, com vulneração dos direitos ou das liberdades fundamentais*». Agora, essa norma, dado seu caráter generalista, poderia resultar insuficiente para definir por si só uma regulação completa do tema, especialmente no âmbito do processo penal, onde sua aplicação é quantitativa e qualitativamente mais alta.

Existem de fato, no marco do processo penal, alguns preceitos que aludem expressamente à ilicitude da prova, mas se referem a seu tratamento procesual e, mesmo assim, em alguns processos específicos, como o art. 786.2 da LECrim, que trata do procedimento abreviado e estabelece a possibilidade de suscitar como questão prévia «*a vulneração a algum direito fundamental*»; ou as «*causas de nulidade de atuações*». Ambas as previsões que, combinadas, costumam ser utilizadas na prática para demonstrar a ilicitude de alguma das provas contrárias apresentadas e admitidas,¹⁰⁷ ou os arts. 36.1 e 54.3 da LOTJ relativos ao procedimento especial perante o Tribunal do Júri.

Desde o ponto de vista legal, os elementos conceituais estabelecidos pelo art. 11.1 da LOPJ são muito breves e genéricos: essencialmente, que a prova tenha sido obtida através da vulneração direta ou indireta a direitos fundamentais ou liberdades públicas. A ilicitude, portanto, depende da lesão ocasionada aos direitos fundamentais no momento da obtenção da prova.¹⁰⁸ O conteúdo desse preceito é duplo. Por um lado, regula uma das garantias do «*direito ao processo penal com todas as garantias*» e incorpora a eficácia reflexa das

¹⁰⁶ Textualmente: «*não se dará valor à confissão extrajudicial obtida mediante a interceptação de comunicações telefônicas privadas ou com o uso de instrumentos semelhantes*».

¹⁰⁷ Algo semelhante faz a LOTJ em seu art. 36.1. b): permite que as partes proponham como questão prévia, ao se apresentarem frente o Magistrado-Presidente, a vulneração de algum direito fundamental, norma essa utilizada para requerer a ilicitude probatória.

¹⁰⁸ Como é lógico, o direito probatório espanhol não integra somente o art. 11.1 da LOPJ: são muitas as normas que disciplinam a obtenção e a prática das provas, de modo que são também variadas as possíveis ilegalidades ou ilicitudes em que se pode incorrer com relação à prova.

fontes de prova obtidas com a vulneração a algum direito fundamental. De outra banda, se utiliza do art. 11.1 como proteção intraprocessual dos direitos e liberdades, de maneira que aquilo que for obtido diretamente através da violação do direito a um processo penal devido não pode ser valorado.

Em outro plano, o mero descumprimento daquilo que é preceituado nos textos processuais sobre a prática da prova não gera, por si, um caso de ilicitude probatória, mas sim de ilegalidade. No entanto, se o preceito processual fosse a consagração de um direito fundamental, aí então caberia falar de ilicitude probatória, já que tal direito fundamental não é mais que a formulação de interesse privilegiado enquanto sua proteção, independentemente de que apareça consagrado como categoria tradicional de direito subjetivo ou como categoria objetiva. Dessa forma, junto à possibilidade de que a prova tenha sido obtida infringindo um direito fundamental, cabe admitir que a lesão, na prática da prova, de um direito fundamental, constitua uma hipótese de ilicitude probatória. É claro que tal ilicitude não poderá ser apreciada na admissão e terá que esperar o momento da valoração da prova para que o Juiz a exclua.¹⁰⁹

Sendo assim, ainda que se possa considerar como prova ilícita toda aquela que seja obtida ou praticada de forma contrária à Lei, um setor da doutrina espanhola, guiada em boa parte pela doutrina do Tribunal Constitucional, reserva o conceito de prova ilícita para a prova produzida através da vulneração a direitos fundamentais, conceito restritivo que acarreta ineficácia.¹¹⁰ A partir de então, distingue-se entre prova «irregular» e prova «ilícita», reservando aos restantes casos de infração jurídica – sem lesão aos direitos fundamentais – a prova «irregular».¹¹¹ Existem, contudo, outros importantes setores da doutrina que não estão de acordo com essa distinção que se faz dentro dos direitos e liberdades fundamentais, pois consideram que não se deve realizar uma distinção que não esteja prevista no art. 11.1 da LOPJ.

¹⁰⁹ DIAZ CABIALE, J. A., 1991: «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal» em «Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial», p. 104.

¹¹⁰ Em uma primeira análise, o Tribunal Constitucional parece apoiar-se em um conceito estrito de prova ilícita, restringindo a sua aplicação aos direitos fundamentais, ao declarar a inadmissibilidade processual dos meios de prova obtidos com vulneração aos direitos ou às liberdades fundamentais (STC 114/1984, de 29 de novembro); ainda que tal interpretação não seja unânime e tenha sido objeto de relevantes mudanças de orientação, como a ampliação ao tratar da eficiência processual (*infra*, Capítulo III).

¹¹¹ Entre aqueles que postulam esta «perspectiva mais estrita», está bastante disseminada a posição que limita o conceito de «prova ilícita» àquela obtida com violação a direitos fundamentais, reservando outros conceitos, como o de «prova proibida», às violações de toda norma ou direito fundamental: GONZÁLEZ MONTES, J. L., 1990: «La prueba obtenida ilícitamente con violación de derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)», em «Revista de Derecho Procesal», n. 1, p. 31 e ss.

Consequentemente, também a infração de direitos fundamentais de índole processual deveria provocar a ilicitude probatória em sentido estrito.¹¹²

Desse modo, à prova ilícita *stricto sensu* se aplica o regime especial derivado do art. 11.1 da LOPJ e de jurisprudência que o tenha desenvolvido.¹¹³ Reserva-se à prova irregular, em troca, o regime geral sobre validade ou nulidade dos atos processuais, estabelecido no art. 238.3 da LOPJ: «*os atos processuais serão nulos de pleno direito nos seguintes casos: 3.º) Quando se prescindir de normas essenciais do procedimento, sempre que, por esta causa, tenha sido produzida a falta de defesa*». Neste último caso, dada a constitucionalização da proibição da falta de defesa no art. 24.1 *i.f.* da CE, pode-se concluir que também a irregularidade probatória requer a afetação – real ou potencial, segundo a redação do preceito – de um direito fundamental. Mais além, defende-se a dupla função do art. 11.1 da LOPJ como norma reguladora de uma das garantias integrantes do direito ao processo penal, celebrado com todas as garantias (devido processo penal), que deriva na ineficácia direta e indireta das provas obtidas mediante ingerência ilícita, bem como instrumento criado pelo legislador para garantir os direitos e liberdades catalogados como fundamentais,¹¹⁴ de forma que aquilo que é obtido diretamente, através da violação desse direito fundamental, não é passível de valoração pelo caráter fundamental próprio do direito em questão.¹¹⁵

Por outro lado, cabe distinguir, dentro do terreno dos direitos fundamentais, entre aqueles que são de natureza ou âmbito processual, e aqueles outros que não o são. Os direitos fundamentais processuais são aqueles suscetíveis de recondução ao art. 24 da CE, e não o são os demais (v.g., o direito ao segredo das comunicações ou à inviolabilidade do domicílio). A jurisprudência constitucional distingue, em função de que o direito fundamental lesionado seja ou não de conteúdo processual. A juízo do Tribunal Constitucional, segundo essa corrente, provocam ilicitudes as lesões de direitos fundamentais que não sejam

¹¹² Defendem um «*conceito amplo*», CONSO, para quem toda norma relativa a fontes ou meios de provas penais se destina a garantir o direito de defesa do acusado, de modo que toda infração deve ser estimada como prova ilícita à medida que infringe o «*direito a um processo com todas as garantias*» (1970: «*Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*», em «*Revista di Diritto Processuale*», p. 1 e ss.). Com orientação semelhante DEVIS ECHANDIA amplia a ilicitude probatória à violação de qualquer tipo ou categoria de norma jurídica, inclusive de princípios gerais de direito (1981: *Teoria geral da prova judicial*, tomo I, 5. ed. Buenos Aires: Víctor P. de Zabala Ed., p. 539). Encontra-se uma visão geral recente em ARMENTA DEU, T., 2006: «*Prueba ilícita y reforma del proceso penal*» em *Revista del Poder Judicial*, n. especial «*Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*», XIX, p. 177 a 211; e em AGUILERA MORALES, M., 2008: «*Regla de exclusión y acusatorio*», em AAVV, *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, p. 73 e ss., especialmente p. 105 a108.

¹¹³ Aprofundado no Capítulo III desta obra.

¹¹⁴ Os contemplados no Título I, Capítulo II, Seção 1ª da CE.

¹¹⁵ Posição explicada em MARTINEZ GARCÍA, E., 2009: *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, Tirant lo Blanc, p. 37.

de âmbito processual, quer dizer, a infração do art. 24 da CE na obtenção de provas não comportaria a ilicitude probatória no sentido estrito, mas somente uma infração processual que determinaria a nulidade das atuações, devido à potencial produção de falta de defesa. O resultado na prática, aparentemente, é o mesmo – a prova não será utilizada para fundar o julgamento de fato –, mas com a ressalva da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, que se reserva unicamente para a vulneração a direitos fundamentais e, ainda assim, não em todas as hipóteses.¹¹⁶

2.3.2 *As proibições de utilização e a «teoria da ponderação» no ordenamento processual penal alemão*

O § 136 da StPO contém uma regra de exclusão obrigatória para toda a prova obtida por meio de tortura, constituindo um dos poucos casos que contêm uma ordem tão taxativa. Sem que exista uma regulação geral expressa, o enfoque se centra nas proibições probatórias: de produção e de valoração. Com base nas primeiras, a obrigação de buscar a verdade não é absoluta, mas sim cabem limites em relação a diversas valorações: relativas aos fatos (*Beweisthemaverbote*), aos métodos de obtenção (*Beweismethodenverbote*), e aos meios de prova ou a ordenar ou obter meios de prova através de determinadas pessoas (*Beweismittelverbote*). Entre os primeiros podem ser citados os segredos oficiais;¹¹⁷ entre os métodos proibidos, os referidos no § 136 da StPO;¹¹⁸ e entre os meios, as intervenções corporais que vão além do estabelecido nos §§ 52 a 55 e 81 da StPO.¹¹⁹

A violação de uma proibição de produção não acarreta, necessariamente, uma proibição de utilização. Para chegar a uma proibição de utilização precisa-se de uma disposição legal expressa ou então uma fundamentação teórica que

¹¹⁶ Como se verá em *infra*, IV. 5, especialmente devida à aplicação da teoria da conexão de ilicitude.

¹¹⁷ § 93 da StGB; §§ 54, 61, f, BBG. Bull. crim. n. 243.

¹¹⁸ Não se pode comprometer a liberdade do réu na manifestação de sua vontade através de nenhum método, nem fadiga mental, administração de drogas, tortura ou hipnose. Poderá ser aplicada uma coerção tão somente quando o Direito Processual Penal o permitir. Estarão proibidas as ameaças e as promessas de benefícios não previstos em Lei. As medidas que prejudiquem a memória ou a capacidade de compreensão do acusado não serão permitidas. A proibição dos apartados (1) e (2) se aplicará independentemente do consentimento do acusado. As declarações que tiverem sido produzidas transgredindo essa proibição, não poderão ser aproveitadas, ainda que o acusado aprove a sua utilização.

¹¹⁹ Os §§ 52 a 55 e 81, c, III, da StPO estabelecem que as pessoas que se recusarem a prestar testemunho ou ser objeto de exame corporal não poderão ser requeridas como meio de prova. Por sua parte, o § 81 da StPO autoriza as investigações corporais sempre que se pratiquem por um médico e unicamente com ordem judicial ou do Ministério Público, em caso de perigo eminente.

aplique diversas teorias e, muito raramente, a *teoria da ponderação de interesses*, à qual depois voltarei a me referir.

As «proibições de utilização» constituem uma sanção frente ao descumprimento das regras que devem ser observadas ao solicitar ou incorporar ao processo um meio de prova ou ao levar a cabo uma diligência, como a detenção e a declaração policial. Os casos são diferentes, mas podem ser sistematizados como segue: regras de exclusão baseadas na violação de proibições probatórias e regras de exclusão fundadas na violação a direitos fundamentais.

Entre as primeiras se efetua uma subdivisão, quando a violação da proibição afeta algum princípio ou direito fundamental, em cuja hipótese a exclusão da prova torna-se imperativa.¹²⁰ Caso contrário, as consequências se discutem, levando à exclusão somente aqueles casos em que os direitos do acusado são violados em sua essência, e negando-a de não ser assim.¹²¹ Alguns exemplos seriam: a violação de informação ao detido ou acusado sobre seu direito de permanecer calado, hipótese que conduz à exclusão, sem que caiba inferir que o acusado conhece seus direitos,¹²² ou a vulneração ao direito a um advogado, com efeito idêntico.¹²³ Mesmo assim, a exclusão pode derivar da negação a declarar por determinadas razões pessoais ou familiares (§ 52 da StPO), mas não poderá ser assim se os motivos forem profissionais (§ 53 da StPO).¹²⁴

A doutrina admite a existência de uma colisão entre as proibições de prova e o princípio de investigação (§ 155, II; 160, II; e 244, II StPO) na medida em que as proibições probatórias constataam a existência de limitações à averiguação da verdade no processo penal, devido a interesses contrapostos de índole coletiva e individual.¹²⁵ Por um lado, servem para a *garantia de direitos fundamentais* enquanto protegem o acusado ante a utilização de provas ilegalmente obtidas contra ele. Por outro, preservam – componente coletivo – a integridade constitucional, particularmente através da realização de um processo justo.¹²⁶ A tensão entre ambos os fins conduz a complexas decisões de ponderação que, em termos da teoria dos fins da pena (em sentido

¹²⁰ BGH 11, p. 214 (GS), citada por AMBOS, K., n. 87.

¹²¹ BGH 11, p. 215 (GS). BGH 17, p. 245. V. EISENBERG, Ulrich, 2002: *Beweisrecht der StPO*, 4. ed. Rn. 364.

¹²² BGH 38, p. 214, ff., citada por AMBOS, K. n. 87.

¹²³ BGH 38, p. 372, citada por AMBOS, K. n. 87.

¹²⁴ Esses preceitos incluem as causas que escusam de prestar depoimento por um ou outro motivo.

¹²⁵ BELING, 1903: *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess*.

¹²⁶ ROGALL, *ZStW* (91) 1979, 1 (16ss); ROXIN, SCHÄFFER/WIDMAIER, *StV*, 2006, 655 (656, 659, 660); Eb.Schmidt, *Lehrkommentar*, Band II, § 136a n. 21; e BEULKE, *Strafprozessrecht*, 9. ed. 2006, n. 454. Todos citados por AMBOS, K., 2008: «Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán» em AAVV, *Prueba y proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanc, p. 325 e ss.

funcionalista), permite falar de uma *dupla função estabilizadora da norma*. O Estado não somente deve estabilizar as normas jurídico-penais através de uma persecução penal efetiva, mas também os direitos fundamentais dos imputados, aplicando proibições de utilização de provas no caso de violações a direitos do indivíduo. A partir dessa perspectiva, contemplam-se nas repetidas proibições, uma certa função de controle disciplinar das autoridades de persecução penal, no sentido de prevenção geral negativa.¹²⁷

As maiores dificuldades surgem quando a citada colisão se une à falta de proibição escrita de utilização de provas. Nesses casos, torna-se inevitável encontrar um critério para resolver os citados conflitos entre os interesses estatais de persecução penal e de averiguação da verdade, por uma parte, e a proteção aos direitos individuais, por outra. Ocorre que para resolver essa tensão, a jurisprudência do Tribunal Constitucional acudiu, sucessivamente, a diferentes teorias:¹²⁸ *teoria do âmbito ou círculo de direitos (Rechtskreis-theorie)*;¹²⁹ a doutrina do fim de proteção da norma (*Shutzzwecklhere*);¹³⁰ e a *teoria da ponderação*.

Ao que concerne à teoria da ponderação, de aplicação majoritária na atualidade, os interesses a ponderar se materializam tendo em conta a gravidade do fato e o peso da infração processual penal.¹³¹ Essa ponderação corresponderá ao Juiz de instância, quem deve decidir em juízo se pode subsanar a infração processual ou deve entender que existe uma proibição de utilização, não-escrita. Elementos para esse julgamento poderiam ser a existência de uma infração legal de especial gravidade, do ponto de vista dos direitos humanos e/ou se a infração se manifesta como um atuar calculado ou consciente das disposições processuais.¹³²

¹²⁷ AMBOS, K., (nota 74) p. 327.

¹²⁸ BGH 14, p. 365; 19, p. 329; e 31, p. 308.

¹²⁹ A teoria do círculo de direitos questiona unicamente se a violação afeta substancialmente ao âmbito de direitos do recorrente, ou se somente é de ordem menor, e consequentemente carece de importância. Aplicada a alguns casos, rejeita-se atualmente por seu caráter restritivo dos direitos processuais do acusado. Conforme AMBOS, K., *ob. cit.*, p. 342.

¹³⁰ Essa doutrina questiona se o sentido e o fim de uma disposição processual infringida demandam expressamente uma proibição de utilização, o que supõe de início a existência de uma norma que proíba a produção probatória, da qual cabe inferir um fim de proteção. No esclarecedor exemplo de AMBOS: se à testemunha Z, parente do acusado, não é advertida de seu direito a negar-se a declarar (§ 55 II da StPO), se questionaria se o citado parágrafo serve somente para proteger a testemunha da autoincriminação e da incriminação de parentes, ou também se a norma tem por objetivo proteger o acusado frente a eventuais afirmações falsas da testemunha, o que fundamentaria a proibição de utilização. Cfr., AMBOS, K., *ob. cit.*, p. 343.

¹³¹ VOLK, K., 2006: *Grundkurs StPO*, 5. ed, § 28, n. 1 e ss. Teoria dominante, não se aplica unicamente nos casos de erros processuais nos interrogatórios ou nas medidas coercitivas relacionadas com a proteção judicial do interrogado, nos quais se apoia a «teoria do fim de proteção»; JÄGER, 2003: *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht*, p. 4 e ss.

¹³² V., nesse sentido, AMBOS, K., *cit.* p. 327; e FINGER, J.A., 2006, 529 (535).

2.3.3 O Código de Processo Penal uruguaio

O Uruguai carece de uma norma expressa que defina a ilicitude probatória. No entanto, possui limitações probatórias e proibições expressas que impedem a admissão de um meio probatório de tal índole: art. 185 (coação, ameaças ou promessas); art. 213 (interceptação de cartas ou documentos), ou art. 220 (revelar segredos conhecidos em razão da profissão desempenhada).¹³³

O controle sobre a ilicitude se vê dificultado, também, pela falta de norma expressa que proíba a utilização em juízo de meio de prova obtido na investigação, nem regra que exija a necessidade de sua reprodução na fase plenária.

Nessa situação, tanto a doutrina como jurisprudência vinculam a ilicitude probatória com a vulneração a direitos fundamentais e com a violação a normas processuais que regulam a obtenção de provas.¹³⁴ Nesse sentido, apela-se à vulneração a princípios e garantias contidos nos arts. 72 e 332 da Constituição do Uruguai.¹³⁵

2.4 Ausência de previsão normativa específica de uma regra de exclusão

Alguns ordenamentos jurídicos como o francês mantiveram-se na situação anterior à tendência a outorgar um tratamento específico e usualmente privilegiado à nulidade que, como no caso da ilicitude probatória, acompanha a existência de um óbice processual bastante significativo. Porém, a Argen-

¹³³ CPP de 1981 (Decreto-lei 15.002). O art. 185 do CPP (que reitera os termos do art. 20 da Constituição) estabelece: «*Em nenhum caso será imposto ao réu ou processado, juramento ou promessa de dizer a verdade. Tampouco poderá empregar-se contra ele qualquer espécie de coação, ameaça ou promessa*»; O art. 213 do CPP afirma: «*Não podem ser interceptadas as cartas ou os documentos enviados ou entregues aos Defensores para desempenhar seu encargo*»; e o art. 220 do CPP expressa: «*deverão abster-se de declarar sobre fatos secretos que cheguem ao seu conhecimento, em razão do próprio estado, ofício ou profissão, sob pena de nulidade...*». Cfr. GUARIGLIA, F., 1993: «Las prohibiciones probatorias» em *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, p. 16 e ss.

¹³⁴ VÉSCOVI, E., 1983: *Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita*, L.J.U., tomo LXX, seção Doutrina, Montevideo, p. 35 a 47; BERMÚDEZ, V., *ob. cit.*, p. 317; MINVIELLE, B., 1988: *La prueba ilícita y el debido proceso penal*, Montevideo: Ed. Amalio Fernández, 191 p.; MARABOTTO, J., «Prueba – generalidades», em *Curso sobre el Código General del Proceso*, T.I, F.C.U. Montevideo, p. 144; e LANDEIRA, R., n. 2, entre outros.

¹³⁵ «*A enumeração de direitos, deveres e garantias, feita pela Constituição, não exclui os outros que são inerentes à personalidade humana ou derivem da forma republicana de governo*». Por sua parte, o art. 332 estabelece que: «*Os preceitos da presente Constituição que reconhecem direitos aos indivíduos, assim como os que atribuem faculdades e impõem deveres às autoridades públicas não deixarão de ser aplicados por falta de regulamentação respectiva, mas sim esta será suprida recorrendo-se aos fundamentos das leis análogas, aos princípios gerais de direito e às doutrinas geralmente admitidas*». Sobre o processo penal uruguaio e suas linhas de reforma, PREZA RESTUCCIA, D., 2009: *El proceso penal uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, 3. ed., Montevideo, *passim*.

tina ocupa um lugar diferenciado, especialmente em vista de sua configuração política federada e o fato de que tanto em Buenos Aires, como em outros Estados federados modificaram o Código de Processo Penal, incorporando regras de exclusão específicas, enquanto o Código de Processo Penal da nação encontra-se pendente de reforma e carece de tais regras.

2.4.1 *A nulidade como remédio processual no Código de Processo Penal francês e o princípio da lealdade*

O processo penal francês encontra-se dominado pelo princípio da liberdade probatória, o que equivale a que tanto os meios de prova como as regras de valoração não sejam submetidos à regulação legal expressa. Existe uma relação de meios de prova não exaustiva e a valoração é livre.¹³⁶ Somente se contemplam normas reguladoras em matéria de obtenção de prova, submetidas ao princípio de legalidade. Sendo assim, a doutrina francesa ataca a ilicitude probatória nem tanto da perspectiva substancial, mas desde a das provas obtidas ilegalmente (*illegally obtained evidence*). Desde tal perspectiva, não como «prova ilegal» em sentido próprio (contrária à lei), mas sim em outro mais amplo, que abrange a ilicitude e a irregularidade ou, em outras palavras, contraria o direito em um sentido amplo.¹³⁷

Inclusive, as próprias regras legais sobre admissibilidade da prova são muito recentes, o que explica o uso geral das nulidades processuais relativas aos atos que não tenham seguido, em seu desenvolvimento, as regras estabelecidas pelo legislador.¹³⁸ Nesse sentido fala-se em «*nulidade textual*», como relativa à proibição de busca e apreensão em horário noturno ou às escutas telefônicas a determinados sujeitos.¹³⁹

¹³⁶ Tanto o art. 353, como o art. 427 do CPP francês, consagram a íntima convicção como elemento chave para determinar os fatos. Antes de a Cour d'assises se retirar, o presidente fará uma leitura da seguinte instrução, que será também anunciada em letras destacadas no lugar mais visível da sala de deliberações: «A lei não perguntará aos Juízes sobre os meios pelos quais tenham alcançado o veredito, não poderá prescrever as regras das quais dependerão particularmente a plenitude e a suficiência de uma prova. Ela os ordenará que perguntem a si mesmos em silêncio e recolhimento, e que busquem, na sinceridade de sua consciência, que impressão lhes causarão as provas apresentadas contra o acusado e os meios de sua defesa. A lei somente lhes fará uma pergunta que reúne a totalidade de seus deveres: “Você está intimamente convicto?” Conforme o art. 427 do CPP: Aparte dos casos em que a lei não disponha de outro modo, a existência de infrações poderá ser estabelecida ou acreditada por qualquer meio de prova, e o Juiz decidirá segundo sua convicção íntima. O Juiz somente poderá basear sua decisão sobre as provas que lhe sejam aportadas no curso dos debates e contraditoriamente discutidas perante ele». LELIEUR-FISCHER, J.; *Nouvelle tendances a propos de la preuve illégale* (Rapport sur le droit français). Inédito.

¹³⁷ *Ob. et loc. cit.*

¹³⁸ MERLE, R. e VITU, A., 2001: *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 5. ed. Paris: Cujas, n. 159.

¹³⁹ Os arts. 56 a 59; 95 e 96, ou o art. 100-7 do CPP, respectivamente.

A prova ilícita, contudo, não se inclui em tais casos, mas sim naqueles relativos às «*nulidades substanciais*». Desde essa perspectiva, dois preceitos obtêm relevância particular: o art. 171 e o art. 802, ambos do CPP, relativos às formalidades substanciais.¹⁴⁰ A jurisprudência francesa aplica, a partir deles, a doutrina sobre prova ilícita, considerando «*formalidades substanciais*» aquela referente aos direitos essenciais da acusação ou da defesa.¹⁴¹ Contudo, a nulidade não é imediata, como veremos ao analisar o tratamento processual da prova ilícita.

Na falta de uma maior precisão legal, a jurisprudência desenvolveu uma ampla doutrina em torno das circunstâncias que devem provar aqueles que alegam vulneração de formalidade substancial que, por atentar a seus interesses, conduz à nulidade. Nesse âmbito é onde se destaca a frequente oscilação entre a proteção de interesses confrontados, na hora de investigar os delitos e proteger os direitos individuais.¹⁴²

É interessante ressaltar que essa jurisprudência inspirou a recente inclusão de situações de nulidade no Código de Processo Penal, resultantes no caso de determinadas medidas limitadoras de direitos fundamentais, como a do art. 100-5.3 do CPP. Sanciona-se, assim, a transcrição da comunicação do advogado no exercício de sua defesa, provocação para cometer um crime por parte do agente infiltrado (art. 706-81,2 do CPP); ou a busca e apreensão que se afaste da investigação dos fatos delitivos para a qual foi autorizada, ou a exceção relativa aos «*achados casuais*».¹⁴³

¹⁴⁰ Este último é de aplicação a todo tipo de processos penais. O primeiro tem restringida sua aplicação aos processos por delitos mais graves. O art. 171, incluído no capítulo dedicado às «*nulidades na instrução*», prescreve: «*haverá nulidade quando o desconhecimento de uma formalidade substancial prevista em uma disposição da presente Lei, ou qualquer outra disposição do julgamento penal, tenha atentado contra os interesses da parte à qual afete. Com relação ao art. 802: no caso de infração às formalidades prescritas pela lei sob pena de nulidade ou de inobservância das formalidades substanciais, qualquer órgão jurisdicional, incluindo a Cour de Cassation, que estivesse encarregado de uma petição de anulação, somente poderia pronunciar a nulidade quando esta houvesse prejudicado os interesses da parte a qual afetou*».

¹⁴¹ Assim, por exemplo, sucede com a detenção e prisão provisória (*Cass. Crim.* de 04 de janeiro de 1996, *Bull. Crim.* n. 5; *Cass. Crim.* de 03 de dezembro de 1996, *Bull. Crim.* n. 443; *Cass. Crim.* de 30 de janeiro de 2001, *Bull. Crim.* n. 26; *Cass. Crim.* de 13 de fevereiro de 1996, *Bull. Crim.* n. 74).

¹⁴² Assim aconteceu com sucessivos pronunciamentos sobre a necessidade de que o acusado estivesse presente na hora da busca e apreensão (arts. 57 e 59.2 do CPP), exigindo-a no *Cass. Crim.* de 27 de setembro de 1984, *Bull. Crim.* n. 275 e negando-a em *Cass. Crim.* de 17 de setembro de 1996, *Bull. Crim.* n. 316; para terminar apontando que a nulidade não deriva automaticamente por não provar que se assim se limita seu direito de defesa em *Cass. Crim.* de 15 de junho de 2000, *Bull. Crim.* n. 229.

¹⁴³ Art. 706-93 do CPP (Introduzido pela Lei 2004-204 de 09 de março de 2004, art. 1.º do Diário Oficial de 10 de março de 2004 em vigor a partir de 1.º de outubro de 2004). As operações previstas nos arts. 706-89 a 706-91 não poderão, sob pena de nulidade, ter outro objeto

Se fosse necessário estabelecer uma definição de prova ilícita no direito francês, ela se referiria àquela cuja obtenção tenha violado a uma norma legal específica ou, na falta de tal norma, tenham sido cometidas violações a direitos fundamentais ou ao princípio de lealdade.¹⁴⁴ O fundamento se encontraria na ideia de que, em um Estado de Direito, existem limites inerentes aos direitos da personalidade e do indivíduo, ao passo que se exige do aparato repressivo a submissão ao princípio de lealdade e às normas estabelecidas. Essa configuração permite acentuar que nem toda a prova ilícita acarreta a infração de um direito fundamental, na medida em que ela existirá quando se incorra em deslealdade, mas nem toda prática desleal supõem uma infração aos direitos fundamentais.¹⁴⁵

Um aspecto notório dessa configuração é a existência de dois limites específicos: 1) o respeito aos direitos fundamentais e 2) o princípio da lealdade. Em relação à preservação dos direitos fundamentais, a construção francesa não difere das construções de outros países, especialmente da aplicada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante TEDH): interdição absoluta da tortura e dos tratamentos degradantes (art. 3 da CEDH);¹⁴⁶ preservar o direito à intimidade da vida privada;¹⁴⁷ ou o respeito pelos direitos de defesa, especialmente a partir da modificação da Lei 2000-516, de 15 de junho, sobre a presunção de inocência e os direitos das vítimas.¹⁴⁸

O «*princípio de lealdade na obtenção da prova*» constitui um aporte de inquestionável interesse. Trata-se de um princípio geral do direito, de origem jurisprudencial, em virtude do qual se incorpora um conceito jurídico indeterminado, permitindo-se excluir do processo aquelas provas obtidas com utilização de mecanismos desleais, armadilhas ou estratégias, que fariam a justiça perder a dignidade com a qual se deve lutar contra a delinquência.¹⁴⁹

senão a investigação e a constatação das infrações às quais se refere a decisão do *juge des libertés et de la détention* ou do Juiz de Instrução. O fato de que tais operações relevaram outras infrações diferentes às descritas na decisão do *juge des libertés* e da detenção, ou do Juiz de Instrução, não constituirá causa de nulidade dos procedimentos afetados.

¹⁴⁴ BOURSIER M. E., 2003: *Le principe de loyauté en droit processuel*, Préface de S. Guinchard, Paris: Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses.

¹⁴⁵ LELIEUR-FISCHER, J. *Nouvelles tendances a propos de la preuve illegale* (Rapport sur le droit français), inédito.

¹⁴⁶ Podem examinar-se as condenações do TEDH à França nos casos: CEDH, 27 de agosto de 1992, Tomasi; CEDH, de 28 julho de 1999, Selmouni; CEDH, de 1.º de abril de 2004. Para ampliar as informações, pode-se ver: MERLE, R. e VITU, A., *ob. cit.*, n. 155, p. 197.

¹⁴⁷ Em muitos casos de vulneração do segredo de correspondência ou escutas telefônicas (art. 100 do CPP), a jurisprudência sanciona com a nulidade as vulnerações que somente contemplavam irregularidades legalmente.

¹⁴⁸ V. GUINCHARD, S. e BUISSON, J., 2002: *Procédure penale*, 2. ed. Paris, Litec, n. 555.

¹⁴⁹ M.-E. BOURSIER, 2003: *Le principe de loyauté en droit processuel*, Préface de S. Guinchard, Paris: Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses; P. BOUZAT, 1964: «La loyauté dans la recherche des preuves», em *Recueil d'études en hommage à L. Huguency*, Paris: Sirey; C. AMBROISE-

Aplicou-se, por exemplo, em casos de juízes de instrução que se passavam por outras pessoas para obter confissões;¹⁵⁰ agentes encobertos ou gravadores ocultos;¹⁵¹ e, mais notadamente, em casos de «*provocação policial*»¹⁵² e uso indevido de regras especiais em circunstâncias concretas ou processos especiais, como os do crime organizado.¹⁵³ Tal princípio informa que, em todos aqueles casos em que a falta de regulação legal específica, em um ordenamento como o francês, inspirado na liberdade da valoração probatória, a prova ilícita poderia ficar sem qualquer sanção jurídica. Por outro lado, permite uma aplicação potencialmente mais ampla que circunscrever os casos à vulneração a direitos fundamentais, ao abranger casos em que, sem existir a vulneração, cabe apreciar deslealdade.

Contudo, não se deve ocultar que, em casos mais recentes, tende-se a minorar os efeitos excludentes da aplicação desse princípio, admitindo o meio de prova sempre que cumpra duas condições: 1) poder submetê-lo ao contraditório no julgamento e 2) que não constitua a única prova em virtude da qual ocorra a condenação.¹⁵⁴

2.4.2 *O Código de Processo Penal Nacional argentino e os Códigos de Processo Penal provinciais*

Na Argentina, o CPP Nacional não contém previsões legais expressas, como tampouco a maioria dos CPP das diversas Províncias do país. No seu lugar se recorre ao sistema de nulidades. O art. 168.2 do Código de Processo Penal da Nação (CPPN) dispõe: «*Somente deverão ser declaradas de ofício, em qualquer estado e estágio do processo penal, as nulidades previstas no artigo anterior que impliquem violação às normas constitucionais, ou quando assim se estabeleça expressamente*».¹⁵⁵

-CASTEROT, 2005: «Recherche et administration des preuves en procédure pénale: la quête du Graal de la Vérité», *AJ Pénal*, n. 7-8, p. 261 a 267.

¹⁵⁰ *Chambre réunis*, 31 de janeiro 1888, D.1889, 1.241.

¹⁵¹ *Cass. Crim.* de 12 junho de 1952, *Bull. Crim.* n. 153; n. 15, p. 179 e ts. *Cass. Crim.* de 19 de janeiro de 1999, *Bull. Crim.* n. 17; *Cass. Crim.* de 13 de outubro de 2004, *Bull. Crim.* n. 243. V. J. PRADEL e VARINARD, A., 2003: *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 4. ed. Paris, 2003.

¹⁵² Até a recente modificação do CPP pela lei de 2004, condenava-se a incitação de um agente de polícia infiltrado para surpreender em flagrante delito (*Cass. Crim.* de 2 de março de 1971, *Bull. Crim.* n. 71; *Cass. Crim.* de 2 de outubro de 1979, *Bull. Crim.* n. 266). A modificação do art. 706-81 do CPP tolera, em casos de crime organizado, mas somente nesses casos, e com prévia autorização judicial (art. 706-93 do CPP).

¹⁵³ Não tem teor correspondente.

¹⁵⁴ *Cass. Crim.* de 13 de outubro de 2004.

¹⁵⁵ «Art. 167. Entender-se-á sempre prescrita, sob pena de nulidade, a observância das disposições concernentes: 1.º) à nomeação, capacidade e constituição do Tribunal, do Juiz ou do representante do Ministério Público; 2.º) a intervenção do Juiz, Ministério Público e querelante no processo e sua participação nos atos em que ela seja obrigatória; 3.º) à intervenção, assistência e representação do imputado, nos casos e formas em que a lei estabelece.»

O Anteprojeto do Código Processual Penal argentino de 2007 prescreve a proibição da valoração daqueles atos processuais cumpridos (*sic*) com inobservância dos direitos e garantias previstos na Constituição Nacional, os instrumentos internacionais de direitos humanos e nesse Código, salvo que o vício tenha sido convalidado ou sanado.¹⁵⁶

Somente algumas Províncias, como a de Buenos Aires, Mendoza e Córdoba, contem «*regras de exclusão*». Nessas províncias, através de uma redação muito similar nos três CPP, estabelece-se que carecerá de toda eficácia probatória os atos que vulnerarem as garantias constitucionais. O art. 211 do Código Processual Penal da Província de Buenos Aires (CPPBs.As.) estabelece: *exclusões probatórias: carecem de toda eficácia probatória os atos que vulneram garantias constitucionais*; e no art. 194, § 1.º, do Código Processual Penal da Província de Córdoba (CPPCba.): *exclusões probatórias: carecem de toda eficácia probatória os atos que vulneram garantias constitucionais*. A mesma prescrição se aplica em Tucuman (art. 194), Buenos Aires (art. 211) e Chaco (art. 193).

Ressalta-se que na Argentina, como em outros países, houve épocas extremamente críticas em relação à regra de exclusão, contemplando, essencialmente, as impunidades que ela originava, valorizando outras que atendiam melhor a proteção dos direitos individuais e a garantia do jogo limpo na persecução dos delitos.¹⁵⁷ Tampouco faltam referências jurisprudenciais a teses moderadoras da regra citada, como a exceção da «*fonte independente*».¹⁵⁸ A partir de 1982 se estendeu a ideia de excluir, em todo caso, a prova que violasse princípios constitucionais, ao passo que se foi regulando, pormenorizadamente, os pressupostos legais que devem estar presentes para que haja a limitação de direitos fundamentais. O Anteprojeto do Código Processual Penal da Nação dedica, entre os «*meios de prova*» (Título III), o Capítulo III, que fixa os pressupostos da busca em lugares e revista pessoal, o Capítulo IV ao Sequestro, o Capítulo V à interceptação de correspondência e o Capítulo

CAFFERATA NORES, J. J., 1992: «Invalidez de las pruebas obtenidas en violación de garantías constitucionales» em *Revista de Derecho Penal I*; Rosário, Santa Fé, Edit. Juris. p. 7; MILL DE PEREYRA, R., 2006: «Prueba y sucedáneos de prueba en el proceso penal» em *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Servicio de publicaciones. Centro de ediciones de la Diputación Provincial de Málaga (Cedma), vol. II, p. 319.

¹⁵⁶ Anteprojeto apresentado pela Comissão Assessora para a reforma da legislação processual penal, constituída pelo Decreto 115, de 13 de fevereiro de 2007. A convalidação (B.O 06.02.2007). A convalidação é regulada no art. 138 da ACP, naqueles casos, excluídos os vícios absolutos, por solicitação do interessado, ou aceitação expressa ou tácita deste.

¹⁵⁷ Em *US vs. Calandra* – 414 US 338 – (1974) se afirmava: «a regra de exclusão é aquela que permite à Justiça evitar que se contamine a sociedade com ilegalidades, e que assegura ao povo que o governo não tirará vantagens de seu comportamento fora da lei, minimizando o risco de desestabilizar a confiança popular no governo».

¹⁵⁸ *St. Ruíz, Roque vs. furtos reiterados* (Falhas: 310-2: 1.850).

VI à interceptação das comunicações (buscas e apreensões; intervenção das comunicações).¹⁵⁹

2.5 Reações pendulares: entre períodos de paz social, teses garantistas, aumento da criminalidade, aparição de novas formas de criminalidade e o terrorismo

A variabilidade do conceito e a configuração da prova ilícita estão muito ligadas à já mencionada tensão entre a tutela de bens essenciais para a sociedade, através do processo penal e das garantias exigidas, seja para limitar os direitos fundamentais, seja para adotar as medidas necessárias para alcançar aqueles objetivos.

Como se apontou na apresentação, essa tensão aumenta em circunstâncias de grande insegurança dos cidadãos, os quais costumam produzir a um endurecimento na persecução criminal e, muito frequentemente, uma diluição das garantias, apelando a circunstâncias, de exceção. Eventos como os de 11/09, 11/03, ou o de 07/06 e suas consequências constituem um exemplo que não requer maiores explicações. Basta se referir à decisão do Tribunal de Distrito de Rotterdam no final de 2002, na qual se admitiram informes da polícia secreta para iniciar uma investigação, mas não como fundamento exclusivo para fundar a existência de uma «*suspeita razoável*», e a reação provocada na imprensa norte-americana através do *The Wall Street Journal Europe*, de 07 de julho de 2003, criticando seu teor, por dificultar a luta antiterrorista e frustrar os esforços das agências de inteligência através de «*Tribunais liberais e leis inadequadas*».¹⁶⁰

Pode-se citar também a luta contra o terrorismo no Peru, em um conhecido caso resolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*), no qual o voto particular do Juiz Vidal Ramírez assenta seu peso nas especiais circunstâncias sociais e políticas entre os anos 1980 e 1994, quando, convocadas eleições para o estabelecimento da democracia, surgiu o terrorismo, através do Sendero Luminoso na Zona Andina, o Movimento Revolucionário Tupac Amaru (MRTA) na Zona Selvagem, realizando atentados, assaltos, sequestros e outros atos criminosos. Embora o voto particular não justifique nenhuma limitação ilegal de direitos fundamentais, já que de fato participa da condenação do Peru, lança importantes considerações sobre a necessidade, frente a tal situação, de decretar o estado de emergência, com a reconhecida legislação especial e a ampliação dos poderes da polícia.¹⁶¹

¹⁵⁹ Elaborado pela Comissão Assessora para a reforma da legislação processual penal, constituída pelo Decreto 115, de 13 de fevereiro de 2007 (BO de 06 de fevereiro de 2007).

¹⁶⁰ (LJN, n. AF2141, caso n. 10/150080/01). Citado por VERVAELE, J. A., cit. n. 113, p. 446 e ss e n. 84, p. 427, n. 25.

¹⁶¹ Sentença de 30 de maio de 1999. Em palavras próprias: «*em meu voto consigno o que tem significado o terrorismo na vida peruana e as medidas de exceção que, frente à violência*

Não são os únicos, no entanto. O aumento do crime organizado e sofisticado e a sua crescente globalização torna difícil, se não impossível, a persecução e a punição com as normas atuais, conduzindo a absolvições indesejadas.

Muitos países tomaram medidas urgentes, especialmente na luta contra o terrorismo, como os Estados Unidos da América através do *Patriotic Act*, no que se refere à segurança interior, e a «*Estratégia de Segurança Nacional*», de 17 de setembro, no exterior. Nessa linha, a França, mediante a «*Loi n. 2004-204 du 9 mars 2004*», reconhece novos poderes coercitivos à polícia francesa, à qual se agrega a nova redação dos arts. 706-81 ao 2, e 706-93 do CPP, referente às buscas sem consentimento do morador, os agentes encobertos para crimes organizados, ou, finalmente, as nulidades do art. 100-5 ao 3 do CPP, sobre transcrição de interceptações telefônicas (Lei n. 2005-1549, de 12 de dezembro de 2005).¹⁶²

No marco da União Europeia, depois de 11/03, articulou-se uma série de medidas endereçadas a ampliar os instrumentos da luta contra o terrorismo.¹⁶³ As ações, a partir da ideia central de solidariedade aos Estados Unidos, estavam centradas no acesso e intercâmbio de informação e na prevenção. Em primeiro lugar destaca-se uma série de medidas focadas no intercâmbio de informação e cooperação sobre delitos terroristas, o intercâmbio de informações entre as autoridades encarregadas de garantir o cumprimento da lei dos Estados-membros, o intercâmbio de dados com a Interpol, as novas funções do SIS, na luta contra o terrorismo,¹⁶⁴ bem como o acordo PNR 2007 com os Estados Unidos.¹⁶⁵ Concentrando-se no que interessa em nosso estudo, basta

terrorista, se viu necessitado o Estado peruano a adotar, com a finalidade de sufocar e pacificar o país. Não obstante, e atendendo às normas da Convenção (sic: CIDH) e o caráter de obrigatoriedade que elas possuem para o Estado peruano, participo com meu voto na decisão adotada pela Corte, para declarar a invalidade do processo que com as normas de exceção foi instaurado contra os cidadãos chilenos que, como membros do MRTA, tomaram armas para atentar contra a vida de peruanos e contra a segurança cidadã.

¹⁶² *Patriotic Act* de 26 de outubro de 2011. A *Estratégia de Seguridad Nacional*, de 17 de setembro de 2002, incorpora o conceito de «*guerra preventiva*» e possibilitou, de fato, as invasões do Afeganistão e do Iraque. Sobre ambos os documentos e sua incidência podem ver-se, entre outros, PÉREZ CEBADERA, M-A, 2002: «La reacción procesal penal en USA tras el 11 de septiembre» em *Tribunales de Justicia*, n. 11, nov. 2002; e VERVAELE, J. A. E., «Terrorismo e intercambio de información...», cit., em AAVV, *Prueba y proceso penal*, cit., p. 435 a 440.

¹⁶³ Criou-se um grupo contra o terrorismo em Europol, com o objetivo de coletar, analisar e difundir a informação dos serviços de inteligência. Em 2004 apresentou-se um Projeto de Decisão, marco da simplificação do intercâmbio de informação e inteligência entre os corpos de segurança dos Estados membros da União Europeia, em particular em relação aos delitos graves, incluídos nos atos de terrorismo, Conselho da EU, 10215/04, de 04 de junho de 2004.

¹⁶⁴ Serviços de inteligência.

¹⁶⁵ Acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre o tratamento e a transferência de dados do registro de nomes dos passageiros (PNR) pelas companhias aéreas ao Departamento de Segurança do Território Nacional dos Estados Unidos (Acordo PNR 2007).

observar as dificuldades que se originaram na hora de incorporar o fruto das investigações dos serviços secretos quando, como acontece, estes não podem ser revelados e aqueles que os obtiveram não podem ser reconhecidos e, muito menos, declarar como testemunhas no julgamento correspondente.¹⁶⁶ Isso apesar da falta de uma norma expressa que contemple uma proibição nesse sentido.

Merece atenção, finalmente, o fato de que a Espanha não promulgou nenhuma medida legislativa extraordinária, nem em torno à investigação dos acontecimentos de 11/03 (Madri), nem em relação ao julgamento posterior. Após uma demorada e necessariamente grande investigação, e quase um ano de julgamento público, ditou-se a sentença no dia 31 de outubro de 2007.

Mas os crimes terroristas e os não menos importantes, derivados do crime organizado, não são os únicos elementos a serem considerados. Paralelamente, observam-se efeitos pendulares na Justiça, que em períodos de menor incidência midiática em torno da falta de segurança pública «*abre mão*» e mostra uma maior sensibilidade para preservar as garantias individuais. No entanto, o aumento da criminalidade e a percepção de certo «*hipergarantismo*» provocam reações no sentido contrário, com diversas manifestações: a) reduzir o âmbito de aplicação da doutrina sobre a «*prova ilícita*»; b) aumentar as exigências para sua aplicação, ou incorporar doutrinas atenuantes mais causalistas ou objetivas, como a conexão de ilicitude; c) a boa fé do transgressor; d) a descoberta inevitável; e) o nexo causal atenuado; ou f) a «*fonte independente*», entre as mais conhecidas.

No âmbito normativo, cabe destacar: o *Reglamento del Consejo 2580/2001*, de 27 de dezembro. Além de conter medidas concretas, estabelece e atualiza as listas de indivíduos e organizações terroristas; a *Decisión del Consejo por la que se crea Eurojust* (28.02.2002); o *Reglamento 881/2002 del Consejo*, de 27 de maio de 2002, pelo qual se impõem determinadas medidas restritivas específicas, dirigidas contra determinadas pessoas e entidades associadas com Osama Bin Laden, a rede Al-Qaida e os talibãs; a Decisão marco, relativa à ordem de detenção europeia (13.06.2002); a *Decisión marco*, relativa à execução na UE das resoluções de embargo preventivo de bens e proteção de provas (22.07.2003).

¹⁶⁶ Na Itália, o Juiz de Instrução C. Forleo do «*Tribunale de Milano*» (24 de janeiro de 2004) declarou que não cabe utilizar no processo italiano algumas fontes de inteligência estrangeiras (N 28491/04 R.G., G.I.P.; N5774/04 R.G. G.I.P. E na Holanda, a decisão do Tribunal do distrito de Rotterdam, no final de 2002, admitiu os informes para iniciar uma investigação, mas não como fundamento exclusivo para fundar a existência de uma «*suspeita razoável*» (LJN n. AF2141, caso n. 10/150080/01). Uma análise desta última decisão é feita por VERVAELE, J. A., cit. n. 113, p. 446 e ss. Essa decisão foi objeto de duras críticas no *The Wall Street Journal Europe* de 07 de julho de 2003, por dificultar a luta antiterrorista e frustrar os esforços das agências de inteligência através de «*Tribunais liberais e leis inadequadas*». Citado por Vervaele, cit. n. 84, p. 427, n. 25, 166) Assim se declara nas decisões da Segunda Câmara do Tribunal Superior Espanhol: S. n. 786/2003, de 29 de maio (RJ 2003/4342) e STS 2084/2001, de 13 de dezembro (RJ 2002/1991).

Contudo, a existência e a sobrevivência da doutrina sobre a prova ilícita, em um Estado democrático, obriga a que o processo penal proteja um catálogo de direitos, fundamentais ou não, consagrados em seu Texto Fundamental, ou em normas de legalidade ordinária, de maneira que as vulnerações aos mesmos careçam de eficácia probatória no processo penal. Valorar uma prova proibida equivale a ignorar as garantias estabelecidas em seu próprio ordenamento.

Afastar tal valoração conduz à diluição das garantias e dos direitos do acusado, não somente na investigação, mas também em seu direito à prova, como parte ao seu direito ao devido processo legal. Essa finalidade não exclui a realização de outras formas de preservar a ação jurisdicional, corrigir os erros cometidos em detrimento dos cidadãos ou incorporar um efeito dissuasório sobre as condutas das autoridades de investigação.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAHAMSON, 1985: «Criminal Law and state constitutions: The emergence of state constitutional law», em *Tex. L. Rev.* 63.
- AGUILERA MORALES, M., 2008: «Regla de exclusión y acusatorio», em AAVV. *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons.
- ALLEN, KUHNS, STUNTZ, 1995: «Impeachment with unconstitutionally obtained evidence» em *Constitutional Criminal Procedure* 3. ed. Boston, NY, Toronto, London: Advisory Board.
- ALLEN, STUNTZ, HOFFMANN, LIVINGSTON, «Comprehensive criminal procedure», *Aspen Law & Business*.
- ALSCHULER, A. W., 2009: «Herring v. United States: A Minnow or a Shark?», *Ohio St. J. Crim. L.* 463.
- AMBOS, K., 2008: «Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán» em AAVV. *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch.
- AMBROISE-CASTEROT, C., 2005: «Recherche et administration des preuves en procédure pénale: la quête du Graal de la Vérite», *AJ Pénal*, 7-8.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2009: *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Ed. Hammurabi.
- ARMENTA DEU, T., 2007: *Lecciones de derecho procesal penal*, 3. ed. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- _____, 2006: «Prueba ilícita y reforma del proceso penal» em «Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Número Especial da Revista del Poder Judicial*.
- _____, 2007: «Nuevas tendencia en materia de prueba ilícita» (Relatório geral), em AAVV. *Direito Processual Comparado* (XIII Congreso Mundial de Derecho procesal), ed. Forense, Rio de Janeiro. También na *Revista de Derecho Procesal*, 2007.
- ASHWORTH, A., 1977: «Excluding Evidence as Protecting Rights», *Criminal Law Review*.

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA SISTEMATIZADA POR CAPÍTULOS

CAPÍTULO I

CONCEITO E CONFIGURAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

ALEMANHA

- BGH 11, p. 214 (GS)
- BGH 11, p. 215 (GS)
- BGH 17, p. 245
- BGH 38, p. 214 ff.
- BGH 38, p. 372
- BGH 14, p. 365
- BGH 19, p. 329
- BGH 31, p. 308

ARGENTINA

- St. Ruiz, Roque s/furtos reiterados (Decisões: 310-2: 1.850)

BÉLGICA

- Decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos *Jaspers vs. Belgium*

BRASIL

- HC 69.9120-0-RS, STF 183/290; Ação Penal 307-3-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 7 de dezembro de 1994, *DJU* de 13 de outubro de 1995, Seção I
- HC 70814-5, rel. Min. Celso de Mello, j. em 01 de março de 1994, *DJU* de junho de 1994

ESPAÑA

- Decisão do Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de novembro Decisão do Tribunal Supremo 2084/2001, de 13 de dezembro (RJ 2002/1991)
- Decisão do Tribunal Supremo 786/2003, de 29 de maio (RJ 2003/4342)

ESTADOS UNIDOS

- Weeks vs. Estados Unidos* (1914)
- Olmstead vs. Estados Unidos* (1928)
- The people vs. Defoe*, 242, N.Y. 413 (1926)
- Wolf vs. Colorado* (1949)
- Rochin vs. California*, 342 U.S. 165 (1952)
- Mapp vs. Ohio*, 367 U.S. 634 (1961)

Estados Unidos vs. Calandra 414 US 338 (1974)
Stone vs. Powell (1976)
Estados Unidos vs. Leon 468 U.S.897, 906 (1984)
Hudson vs. Michigan, 547 U.S. 586 (2006)
Lopez-Rodriguez vs. Mukasey (2008)
INS vs. Lopez-Mendoza, 1984
Payton vs. New York, 1980
Elkins vs. United States, 364 U.S 206 (1960)
Linkletter vs. Walzer, 381 U.S. 618, 637 (1965)
Herring vs. United States, 555 U.S. 135 (2009)

FRANÇA

Cass. Crim., 12 de junho de 1952, *Bull. Crim.*, n. 153
Cass. Crim., 2 de março de 1971, *Bull. Crim.*, n. 71
Cass. Crim., 2 de outubro de 1979, *Bull. Crim.*, n. 266
Cass. Crim., 27 de setembro de 1984, *Bull. Crim.*, n. 275
CEDH, 27 de agosto de 1992, Tomasi
Cass. Crim. 4 de janeiro de 1996, *Bull. Crim.*, n. 5
Cass. Crim., 13 de fevereiro de 1996, *Bull. Crim.*, n. 74
Cass. Crim., 17 de setembro de 1996, *Bull. Crim.*, n. 316
Cass. Crim., 3 de dezembro de 1996, *Bull. Crim.*, n. 443
CEDH, 28 de julho de 1999, Selmouni
Cass. Crim., 19 de janeiro de 1999, *Bull. Crim.*, n. 17
Cass. Crim., 15 de junho de 2000, *Bull. Crim.*, n. 229
Cass. Crim., 30 de janeiro de 2001, *Bull. Crim.*, n. 26
CEDH, 1 de abril de 2004
Cass Crim., 13 de outubro de 2004, *Bull. Crim.*, n. 243

HOLANDA

HR 18 de outubro de 1988, NJ 1989, 306
UN. N. AF2141, caso n. 10/150080/01

ITÁLIA

Decisão de 6 de abril de 1973, n. 34, in *Giur. Cost.*, 1973
Decisão de 11 de março de 1993, n. 81, in *Giur. Cost.*, 1993
Decisão de 18 de janeiro de 1998, n. 229, em *Cass. Pen.* 1998
Decisão 19 de julho de 2000, n. 304, em *Giur. Cost.*, 2000
Decisão 24 de abril de 2002, n. 135, em *Giur. Cost.*, 2002
N 28491/04 R.G., G.I.P.
N 5774/04 R.G., G.I.P.

MÉXICO

IUS: 216778. 8.ª Época. Instância: TCC (Gazeta do SJF, t. LXIII, março de 1993, p. 40)
IUS: 211275. 8.ª Época. Instância: TCC. (SFJ, t. XIV, julho 1994, p. 511
IUS: 2 11279. 8.ª Época. Instância: TCC (SFJ, t. XIV, julho 1994, p. 512)

IUS: 182235.9.^a Época. Fuente. TCC. Instância: SFJ e sua Gazeta t. XIX, fevereiro 2004, p. 994

PORTUGAL

Decisão do Tribunal Constitucional n. 1 (www.tribunal.constitucional.pt)

Decisão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10 de janeiro de 2005 (www.dgsi.pt)

REINO UNIDO

Decisão *Murray vs. Reino Unido* (1966)

Reino Unido vs. Trump (1970), 70 Cr.App. Rep. 300

Reino Unido vs. Mason (1987), 3 All E.R., 481

Reino Unido vs. Doanay (1988), 88 Cr. App. R. 338

Reino Unido vs. Keenan (1989), 3 All ER 598

Reino Unido vs. Guillard and Barret (1990), 92 Cr. App. R. 61

Daniels vs. DP (1991), 156 JPR, 543

Reino Unido vs. Governo of Pentollville Prison, ex p. Chinoy (1992), 1 All ER 317

Powell vs. DPP (1992), RTR 270

TEDDHH, *Khan vs. Reino Unido* (35394/97.2001)

PG vs. Reino Unido (44787/98.2002)

CAPÍTULO II

CAUSAS E ESPÉCIES DE ILICITUDE PROBATÓRIA

ÁUSTRIA

Caso *Scheichelbauer vs. Áustria*, de 12 de junho de 1988 (A. 140)

BÉLGICA

Decisão do Tribunal Supremo de 17 de janeiro de 1990

Decisão do Tribunal Supremo de 23 de março de 2004

ESPAÑHA

Decisão do Tribunal Constitucional 62/1982

Decisão do Tribunal Constitucional 11/1984, de 29 de novembro

Decisão do Tribunal Constitucional 137/1988

Decisão do Tribunal Supremo de 20 de fevereiro de 1991

Decisão do Tribunal Supremo de 18 de abril de 1994

Decisão do Tribunal Supremo de 13 de fevereiro de 1996

Decisão do Tribunal Supremo 881/1996, de 14 de novembro

Decisão do Tribunal Supremo 28 de novembro de 1996

Decisão do Tribunal Supremo 53/1997, de 21 de janeiro

Decisão do Tribunal Supremo 662/1998

Decisão do Tribunal Supremo de 26 de maio 1999

Decisão do Tribunal Constitucional 49/1999

Decisão do Tribunal Supremo de 6 de abril de 2001

Decisão do Tribunal Supremo 8546/2001

Decisão do Tribunal Supremo 9956/2001

Decisão [auto, no original] do Tribunal Supremo de 18 de junho de 1992

SOBRE A AUTORA

Teresa Armenta Deu

Doutora pela Universidade de Barcelona. Atualmente é Catedrática de Direito Processual da Universidade de Girona, Espanha, além de Diretora do Centro de Estudios Avanzados del Proceso y de la Justicia (CEAPJ).

A Professora Teresa Armenta Deu realizou frequentes períodos de investigação nas universidades de Munique (Alemanha), Northwestern University (EUA) e colabora regularmente com as universidades de Milão, Roma, UNAM (México) e Buenos Aires. É membro da Asociación Hispano-Alemana de Juristas, da Asociación Iberoamericana de Derecho Procesal e da Asociación Internacional de Derecho Procesal.



[Adquirir este livro](#)



[contato por e-mail](#)

Av. Brigadeiro Faria Lima, 1461, conj. 64-5, Jardim Paulistano • CEP 01452-002
São Paulo-SP • tel. 55 (11) 3192.3733