

**AS PROVAS VEDADAS NO PROCESSO PENAL – EXCLUDENTES DE ILICITUDE
ADMITIDAS NA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS EM COMPARAÇÃO
COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**THE EVIDENCES PROHIBITED IN THE CRIMINAL PROCEDURE –
EXCLUSIONS OF ILLEGALITY ADMITTED IN THE SUPREME COURT OF THE
UNITED STATES IN COMPARISON WITH THE JURISPRUDENCE OF THE
BRAZILIAN SUPREME COURT**

Michel Mascarenhas Silva¹

Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz²

Sumário

Introdução. 1. Modelo constitucional do processo. O processo penal garantista no estado democrático de direito. 2. Provas vedadas como direito fundamental e seu caráter relativo. 3. A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos em comparação com a do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema da admissão das provas vedadas. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O presente trabalho estuda o enquadramento do princípio das provas vedadas ou da proibição de uso de provas ilícitas, na qualidade de direito humano fundamental, dentro do modelo constitucional de processo. A partir da análise do caso concreto, verificou-se que a aplicação absoluta do princípio das provas vedadas pode levar ao cometimento de injustiças, seja do ponto de vista do acusado (pro réu) seja no âmbito da acusação (pro sociedade). Do direito estadunidense, berço do princípio em comento, notadamente por meio dos entendimentos expressos por sua Suprema Corte, surgiu a construção de um conjunto de situações que excluem a ilicitude das provas. A comparação entre a jurisprudência da Suprema Corte e a do Supremo Tribunal Federal, colocando-se em paralelo as posições doutrinárias e legais no Brasil, contribuem para o amadurecimento da cultura constitucional e democrática brasileira, bem como para o aprimoramento na aplicação do princípio das provas vedadas em consonância com a hermenêutica constitucional contemporânea.

¹ Mestre em Direito Constitucional (Universidade de Fortaleza-UNIFOR). Professor Assistente de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Advogado.

² Doutor em Direito (UFMG/Johann Wolfgang Goethe Universität). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Procurador do Município de Fortaleza. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados do Ceará. Advogado.

Palavras chaves

Processo penal. Modelo constitucional. Direitos Fundamentais. Garantismo. Provas Vedadas. Ilicitude. Excludentes. Jurisprudência. Suprema Corte dos Estados Unidos. Supremo Tribunal Federal.

Abstract

This paper studies the many possibilities situations of prohibition the use of illegal evidences, as a basic civil right within the brazilian constitution. After an analysis of several cases, we conclude that the absolute application of the normative *standarts* about the illegal evidences may cause unjust procedural consequences to the defendant, whether from his own point of view (defendant pro), either under the indictment (pro society). The U.S. Law and the precedents, notably through the understandings expressed by the U. S. Supreme Court, has provided a construction of a set of situations that preclude the wrongfulness of the evidence and his applications in the Courts. We present, in our paper, a comparison between the american case law and several decisions of the brazilian Supreme Court, aiming to contribute to the discussions within the contemporary constitutional hermeneutics.

Keywords

Criminal procedure. Evidences. Civil Rights. Due processo of law. U.S. Supreme Court. Brazilian Supreme Court. Precedents.

Introdução

O amadurecimento de uma cultura constitucional e o crescimento do respeito aos ditames do estado de direito democrático são construídos com o passar dos anos e pela verificação de avanços quanto a aplicação de determinados institutos jurídicos, sedimentados especialmente pelos direitos e garantias fundamentais. A mutação constitucional e o progresso quanto ao entendimento da efetividade e eficácia das normas contidas na constituição passam, inexoravelmente, pelo necessário discernimento acerca das mais diversas situações surgidas diante do intérprete.

Nota-se o importante papel desempenhado pela hermenêutica constitucional para o atingimento desse grau de amadurecimento e constante adaptação da ordem constitucional às novas realidades, bem como para se detectar as conseqüências, se justas ou injustas, da aplicação de normas e princípios constitucionais.

A análise do conteúdo do direito fundamental relativo ao princípio das provas vedadas tem passado, nas últimas décadas, pelo aprimoramento de sua aplicação ao se lançar mão do princípio da proporcionalidade. Neste pormenor, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos se mostra de extrema relevância na medida em que progride acerca do tema e demonstra o nível de amadurecimento de sua cultura constitucional e democrática, grau este que o direito brasileiro ainda não atingiu.

O estudo do direito comparado e, neste ponto, de como se tem aplicado a vedação das provas ilícitas aos casos concretos, especialmente no direito estadunidense, como aborda o presente trabalho, se mostra relevante na medida em que se pode verificar a tomada de empréstimos de construções jurisprudenciais alienígenas que venham a aprimorar a cultura jurídica interna.

O devido processo legal, apesar de pautado sobre princípios processuais de alta carga axiológica, não pode ser tomado de modo inflexível. Uma vez respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, os demais, inclusive das provas vedadas, podem sofrer adaptações de acordo com os casos concretos. Essa relativização e flexibilização não violam o devido processo legal, nem põem de lado os valores assumidos por uma ordem constitucional interna e os transcendentais direitos humanos.

O trabalho em epígrafe buscou analisar as formas como se tem posicionado a Suprema Corte dos Estados Unidos no tema das provas ilícitas, especialmente como tem relativizado a aplicação do princípio pela exclusão da ilicitude, direta ou indireta, das provas. Em comparação, procurou demonstrar as posições adotadas pelo Supremo Tribunal Federal nesse assunto, indicando os aspectos admitidos e não admitidos pela jurisprudência da corte constitucional brasileira.

1. Modelo constitucional de processo. O processo penal garantista no estado democrático de direito.

Historicamente, a relação existente entre o indivíduo e o poder político – com mais abrangência nas relações dialéticas entre liberdade e autoridade – foram marcadas por constantes tensões na medida em que, paralelamente ao aparecimento da comunidade política, se estabeleceram as relações internas de poder e se procurou justificar o seu exercício. O processo de formação do Estado moderno – desde a queda do Império Romano e a partir da gradativa superação dialética dos usos, costumes e instituições feudais, aliado ao surgimento das cidades, incremento das relações econômicas e inserção dos indivíduos em novas e complexas teias de relacionamentos sociais e políticos – deixou-se acompanhar da questão,

progressivamente discutida, de como se conquista, se exerce e se mantém o poder político na tessitura social (Maquiavel), colocando, igualmente, outra questão essencial: o que é um poder legítimo ou, como buscavam compreender os romanos, como se dá o exercício do *justum imperium*?

A inexistência de uma amadurecida consciência política e a ausência de uma clara distinção conceptual entre poder arbitrário e poder legítimo, assim como entre os âmbitos do público e do privado implicou, desde a Idade Média até o período absolutista, a falta de autonomia pública e privada do indivíduo, onde a regra era a submissão ao poder dos reis por direito divino, destinando-se aos súditos, com exceção do que ocorria nas Ilhas Britânicas, a mínima participação em assuntos públicos e a prevalência da vontade do monarca; ainda que alguns pensadores tivessem observado que esse poder, adjetivado de absoluto, tivesse limites nas doutrinas pactistas, nas leis fundamentais do reino, ou nas concepções que distinguem *gubernaculum* e *jurisdictio* (SALDANHA, 1982).

As luzes trazidas, desde o Humanismo, por movimentos culturais, intelectuais e políticos, que tomaram maior corpo a partir do século XVII, no entanto, fizeram tal quadro ser revertido no sentido de se buscar um controle sobre a atuação do poder. Ao ente político “Estado”, já se contrapunha dialeticamente a ideia de “Constituição”, como Constituição do Estado. A justificação do exercício do poder não mais poderia se pautar em postulados metafísicos, porém humanos, secularizados, submetidos ao tribunal da razão. Na linha contrária da atuação estatal arbitrária e isenta de controle, buscou-se assegurar direitos e determinar formas de se controlar a ação do Estado, especialmente sobre a esfera do indivíduo. Nesse contexto, era necessário não apenas reconhecer direitos, mas também achar formas de garantir o seu exercício, isto é, de torná-los efetivos, sob pena de padecerem de efetividade e eficácia (FERRAJOLI, 2011, p. 35).

O devido processo legal – em suas dimensões formal e substancial – é corolário do constitucionalismo. Todas as garantias que dele decorrem formam a célula central para a participação política legítima, para o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais. Desde a sua remota menção na Carta Magna inglesa, o devido processo legal passou a ser considerado um importante instituto para legitimar os atos estatais e garantir aos administrados e jurisdicionados, o respeito a seus direitos fundamentais, de natureza material e processual.¹

A garantia da igualdade das partes no processo e a garantia do contraditório e da melhor defesa possível, qualificam como *justo* o exercício e o desenvolvimento do processo, por meio da jurisdição. Vincenzo Vigoritti mostra que a expressão *due process of law* foi

utilizada originariamente em um *estatuto expedido* pelo Rei Eduardo III, no ano de 1354: “None shall be condemned without trial. Also, that, no man, of what Estate Condition that he be, shall be put out of Land or Tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, with out being brought to answer by due Process of Law”. (VIGORITTI, 1973, p. 25).

Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera elaboraram uma original teoria acerca das relações entre o direito constitucional e o direito processual. Na perspectiva da hodierna teoria constitucional, o processo não pode simplesmente buscar fundamentos na organização e disciplina concretas que lhes imprimem as leis ordinária vigentes, mas, indo além, deve, antes de tudo, observar o modelo normativo que lhe põe a Constituição, vem a ser, a configuração normativo-constitucional sobre o exercício da função jurisdicional através do módulo processual.²

A contribuição da doutrina estrangeira e nacional sobre o assunto merece destaque, desde os estudos primeiros de Eduardo J. Couture, José Frederico Marques e Ada Pellegrini Grinover, até autores mais recentes, a exemplo de Cássio Scarpinella Bueno (2008):

A análise do nosso “modelo constitucional” revela que todos os “temas fundamentais do direito processual civil” só podem ser construídos a partir da Constituição. E diria, até mesmo: devem ser construídos a partir da Constituição. Sem nenhum exagero, é impensável falar-se em uma “teoria geral do direito processual civil” que não parta da Constituição Federal, que não seja diretamente vinculada e extraída dela, convidando, assim, a uma verdadeira inversão do raciocínio useiro no estudo das letras processuais civis. O primeiro contato com o direito processual civil se dá no plano constitucional e não no do Código de Processo Civil que, nessa perspectiva, deve se amoldar, necessariamente, às diretrizes constitucionais. [...]

O que importa é que os temas sejam aplicados a partir do seu habitat típico do direito brasileiro, a Constituição Federal. Trata-se de construir — a bem da verdade, reconstruir — o pensamento do direito processual civil daquela ótica, contrastando a legislação processual civil a todo o tempo com o “modelo constitucional”, verificando se e em que medida o “modelo” foi ou não alcançado satisfatoriamente. Trata-se, vale a ênfase, de apontar a necessidade de uma alteração qualitativa e consciente na interpretação e na aplicação da legislação processual civil que não pode se desviar daquele “modelo”.

Como consequência, a importância do devido processo legal — um dos institutos constitucionais voltados à tutela das liberdades públicas — se mostrou ainda mais acentuada no âmbito do direito penal e do direito processual penal, com ênfase neste último, como instrumento de superação do sistema inquisitório, onde todas as funções — de investigar, de acusar e de julgar — eram concentradas numa mesma pessoa, geralmente na pessoa do juiz, pouca coisa restando ao acusado senão esperar um julgamento clemente por parte de seu inquisidor/julgador. Destarte, sendo manifesta a parcialidade do juiz ao exercer

concentradamente essas funções, não raro se via comprometida a validade das provas, porquanto inescandível o interesse pessoal na condenação do réu. Pelo sistema inquisitório, o processo não era legal, nem justo, sendo maculado por uma série de vícios que deixavam a liberdade e os bens do acusado sem qualquer proteção nem garantias. Não se desperceba, ademais, a existência de penas cruéis e degradantes que eram aplicadas sem o mínimo respeito à dignidade da pessoa humana.

O constitucionalismo e as declarações de direitos, consolidaram idéias e manifestações políticas anteriores, notadamente na Inglaterra [a exemplo das várias cartas inglesas como as *Constitutions of Clarendon* de 1164, outras “Cartas das liberdades” dos séculos XII e XIII, que foram editadas antes mesmo da Carta Magna de 1215 do Rei João Sem Terra (a exemplo da *Bula de Ouro*), e de outras que a sucederam como os *writs* durante o reinado de Henrique III e as “Provisões de Oxford” de 1258 (SALDANHA, 1982, p. 47). Além desses, não se pode deixar de mencionar a “Petição dos Direitos” de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e a “Declaração de Direitos” de 1689, como resultado da Revolução Inglesa de 1688 (QUEIROZ, 2009, p. 361).

A independência das treze colônias inglesas na América em 1776, com a promulgação de sua constituição em 1787 (Declaração da Filadélfia), foram marcos – e modelos – históricos que serviram para a conquista e garantia de direitos até então não reconhecidos, no ambiente do liberalismo político.

A Revolução Francesa declarou em 1789 o universalismo dos seus ideais, a necessidade de separação dos poderes e o reconhecimento de direitos fundamentais, como elementos de legitimidade do exercício do poder e como fundamentos da Constituição de qualquer Estado.

Tais declarações de direitos e outras que viriam a integrar a arena política com o passar do tempo, especialmente após a segunda metade do século XIX, deram maior destaque ao sentido axiológico das constituições e lhes imprimiram uma carga principiológica que passaria a receber maior atenção na segunda metade do século XX. Até então, o conceito de “princípios jurídicos” tinha por conteúdo os chamados princípios gerais do direito. No entanto, a hodierna teoria da constituição, fruto da *nouvelle vague* pós-positivista, trouxe consigo forte conteúdo axiológico dando uma nova feição aos princípios, que passaram a ter matriz constitucional. No dizer de Lenio Luiz Streck, os princípios constitucionais não representaram uma continuidade dos princípios gerais do direito, mas ao mesmo tempo uma descontinuidade, tendo elevado a noção de princípios jurídicos a uma categoria ainda mais transcendente e importante para a implementação e garantia de direitos (2012, pp. 14, 17).

Um paradigma de compreensão e avaliação da realidade social, especialmente do Direito desta sociedade, é o denominado modelo garantista: a Constituição é a pedra angular de todo o sistema político-jurídico. Nasce no âmbito dos paradigmas constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social e propõe-lhes um amálgama, onde todos os poderes públicos e privados estão submetidos à Constituição. Explicita, ao mesmo tempo, uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência dos atos estatais, enquanto categorias distintas entre si. Por fim, professa uma filosofia política que requer do Estado e do Direito a demonstração de sua justificação externa. Transformações sociais e democracia substancial como eixos fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito, compõem as exigências essenciais da moderna comunidade política. (FERRAJOLI, 1997. pp. 89-91).

No campo do processo, a ordem constitucional brasileira acolheu o princípio do *devido processo legal* e o dispôs numa série de institutos, direitos e garantias processuais constitucionais que visam resguardar a esfera do indivíduo, enquanto cidadão e sujeito de direitos, contra abusos e arbitrariedades que possam vir a ser cometidos pelos agentes estatais. No dizer de Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 386):

O princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à Justiça.

“Devido processo” tem o sentido de processo justo, sendo que “processo legal” implica o atendimento aos ditames da lei em sentido formal, cujo conteúdo deve ser compatível com os direitos fundamentais, com os valores encontrados e assumidos pela coletividade, e com os princípios constitucionais, implícitos e explícitos. Na prática, o princípio do devido processo legal é a “possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos” (NERY JUNIOR, 2010, p. 87).

O princípio do devido processo legal, adotado pela ordem constitucional brasileira de 1988 [artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal – aqui, a abordagem é delimitada ao sentido processual do referido princípio (*procedural due process*)], implica na exigência de uma prática processual pautada por valores jurídicos e pela moral no sentido público, compartilhada pela coletividade (STRECK, 2012, p. 12), especialmente pelo valor justiça. Por sua vez, a legalidade do devido processo não se limita ao atendimento às previsões e regras processuais infraconstitucionais. O sentido da legalidade vai além, buscando-se atender a

cultura do processo moderno, sua humanização e racionalidade (GRECO FILHO, 2012, p. 210). A legalidade passa a ter matriz constitucional e fundamento em seus princípios, e não apenas pelas regras elaboradas pelo legislador ordinário. O garantismo processual penal, então, passa a ter origem na ordem constitucional e pelo reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais, que refletem os valores de uma dada sociedade. Vive-se numa época de pós-positivismo, onde se supera o princípio da mera legalidade (formal) pelo da constitucionalidade, onde a lei se submete “não apenas aos vínculos formais, mas aos substanciais impostos pelos direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 2011, pp. 43-45). Além do valor justiça e do sentido de constitucionalidade, exige-se que o processo se apresente de modo equilibrado, não pendendo nem mais para acusação/punição nem mais para a defesa/impunidade, gerando a situação que Streck chama de “quase-exceção”. Afinal, o processo não pode ser tratado como uma simples operação matemática onde se busca equacionar o conflito entre acusação e defesa (STRECK, 2012, pp. 18,19).

Assim, o devido processo legal tem a função de equilibrar, pela exigência de participação efetiva, as ações das partes e dos demais atores do processo, na busca de um provimento final justo e livre de máculas, balizando a análise das provas e dos discursos por parte de um juiz imparcial e independente que decidirá a lide sem que sobre ela tenha qualquer interesse. Para isso, o tablado processual não pode ser tratado com base apenas em regras inflexíveis e desprovidas de qualquer possibilidade de adaptação às realidades que se apresentem. Para isso servem os princípios e seu conteúdo axiológico.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 adotou como cláusula geral, classificada como direito fundamental, o princípio do devido processo legal com o conteúdo tanto substancial quanto procedimental. Por sua vez, o devido processo legal penal é estruturado sobre vários preceitos expressos no texto, especialmente no artigo 5º (incisos III, XXXV, XXXVII a LXVI), alguns primariamente de cunho penal material com reflexos processuais penais, seguindo a linha garantista do constitucionalismo contemporâneo. Dentre tais preceitos, encontra-se, especificamente no âmbito procedimental, o princípio do juiz natural que atende não apenas a distribuição prévia de competências (artigo 5º, LXI e LIII), mas também a vedação aos tribunais de exceção (artigo 5º, XXXVII). Ainda se inserem os princípios do contraditório e da ampla defesa, onde nesta se encontra o direito de recorrer e de produção de meios probatórios (artigo 5º, LV); da publicidade (artigo 5º, LX); do estado de inocência (artigo 5º, LVII); e da individualização judicial da pena (artigo 5º, XLVI).

O direito de apresentar provas, outrossim, não está inserido apenas no princípio da ampla defesa, sendo prerrogativa também da acusação, tanto em ações penais públicas

(incondicionadas, condicionadas e subsidiadas, excepcionalmente, pela iniciativa privada – artigo 5º, LIX) quanto nas ações penais privadas. Neste princípio se insere uma limitação expressa, qual seja, a vedação do uso de provas ilícitas (artigo 5º, LVI), que se relaciona muito proximamente à constitucionalidade e legalidade da quebra de sigilo das correspondências e realização de interceptações telefônicas (artigo 5º, XII), a inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, XI) e a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III), cujo conteúdo será tratado mais adiante no presente trabalho.

O valor liberdade, o ideal de justiça, e a dignidade da pessoa humana, previstos como fundamentos da república (artigo 1º, III), assim como a inviolabilidade da segurança (artigo 5º *caput*), igualmente balizam o devido processo legal penal adotado na Constituição Federal de 1988.

O devido processo legal penal, no constitucionalismo hodierno, procura seguir a linha do sistema acusatório, onde as funções de acusar e julgar são exercidas por pessoas distintas, cujas atribuições e competências são previamente estabelecidas, evitando-se assim os juízos de exceção e as máculas do interesse na condenação ou absolvição indevida de culpados. Esclarece-se que a ordem constitucional brasileira, a partir de 1988, adotou o sistema acusatório como regra, sendo que a função de acusar é majoritariamente exercida pelo Ministério Público, que possui como uma de suas funções institucionais privativas a promoção das ações penais públicas, incondicionadas e condicionadas – artigo 129, I, da Constituição Federal, e a de julgar é exercida pelo poder judiciário, que deve ser independente e imparcial, representado por um juiz natural - artigo 5º, LXI e LIII, da CF. No sistema acusatório, assegura-se ao acusado o amplo direito de defesa, tanto no sentido técnico quanto no pessoal (autodefesa propiciada em seu interrogatório a ser realizado como último ato da instrução), fechando-se, com isso, a relação processual.

Ademais, o modelo garantista de processo, especialmente no âmbito penal, tem como característica a previsão de mecanismos judiciais que protegem o cidadão contra arbitrariedades cometidas por autoridades estatais e, em última análise, garantem o devido processo legal. Na ordem constitucional brasileira, destacam-se o *habeas corpus* e o mandado de segurança que atuam como garantias para o exercício de direitos lesionados ou ameaçados de lesão.

Depreende-se que o princípio do devido processo legal em seu aspecto procedimental resume o modelo processual garantista do atual constitucionalismo, refletindo os ditames do Estado democrático de direito ao garantir o amplo controle dos poderes estatais e a participação do jurisdicionado. De fato, o aspecto democrático do Estado encontra-se

intimamente ligado, numa relação de interdependência, com a efetividade dos direitos fundamentais. Neste sentido, Cristina Queiroz (2009, p. 367):

Os direitos fundamentais ostentam uma parte de contra-poder, necessário numa “democracia pluralista”. São limitações ao poder e divisão do poder. O respeito pelas pessoas como agentes livres e independentes requer um sistema de direitos e pretensões a ser estabelecido na Constituição. O indivíduo não é mais o “súdito”, despojado dos seus direitos, sem objectividade, verdade e estatuto fora do Estado. Pelo contrário, é visto hoje sob as vestes discursivas de uma “cidadania democrática”, como titular de direitos e deveres fundamentais, ponto de imputação autônomo do funcionamento do moderno Estado de Direito democrático e constitucional. Isso pressupõe, no limite, a fundação de uma “comunidade constitucional inclusiva”, defendida, se preciso for, como barreira última, pelo poder judiciário. Os direitos fundamentais representam uma “desconfiança” para com o legislador. [...] a Constituição emerge, em última instância, mais como uma manifestação da vontade suprema (do “Povo”) do que como “um acto de abandono a uma maioria” (vontade) parlamentar.

A experiência do constitucionalismo revelou-se de suma importância não apenas para a organização constitucional do Estado, mas também para que se concretizasse juridicamente a exigência ética de reconhecimento do sujeito de direitos, dotado de autonomia pública e privada, o que se deu mediante o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais nos textos constitucionais. Tais normas, de carácter fundamental para a Sociedade e para o Estado, adquirem maior concretude pelo desenvolvimento da hermenêutica constitucional, o que contribui para a estabilização das instituições democráticas.

Num Estado democrático de direito, se espera que os poderes públicos não cometam abusos e que respeitem a dignidade da pessoa humana (SILVA, 2011, p. 193). A adequação entre o modelo garantista de processo e as garantias processuais penais do indivíduo, segundo o modelo previsto na Constituição, permite o controle sobre a atividade estatal de decidir assuntos públicos e privados, respeitando os limites impostos pelo Direito do Estado. Neste, destaca-se o direito constitucional processual formado pelos princípios e valores previstos, explícita ou implicitamente, na Constituição, relacionados à regência dos mais diversos procedimentos existentes no ordenamento, inclusive o penal, e pelos direitos substanciais previstos na constituição.

Indaga-se, contudo, se o atendimento aos ditames do estado democrático de direito segundo o devido processo legal é estanque e inflexível, diante da alta carga axiológica dos princípios constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais.

É próprio, não só do direito constitucional, mas também da teoria da Constituição e da hermenêutica constitucional, evoluir e acompanhar, em compasso, as mudanças sociais e a evolução da complexidade social moderna. Uma das marcantes conclusões da teoria

constitucional diz respeito a relatividade e transitividade como características dos direitos fundamentais. Passou-se a admitir exceções à expansão absoluta desses direitos e a buscar equacionar os inevitáveis conflitos surgidos entre eles, no momento de sua incidência concreta, em virtude da própria estrutura deontológica de suas normas. A questão se apresentou em como realizar essa ponderação sem desprezar a ordem constitucional em vigor, respeitando-se o rol de direitos fundamentais. O papel exercido pela hermenêutica constitucional para essa adequação foi, e é, extremamente importante, pois efetua a análise contínua do texto da Constituição em conjunto com os princípios constitucionais, debruçando-se sobre as crescentes e inéditas realidades.

Apesar das diversas correntes que defendem o caráter absoluto dos direitos fundamentais, verificou-se que tal forma de encará-los acabaria por conduzir a absurdos, tendo em vista a possibilidade de ocorrência de conflitos entre tais direitos numa determinada situação concreta. Daí as questões postas ao operador do direito sobre restrições e colisões de direitos fundamentais. Nesse aspecto, discorre Virgílio Afonso da Silva, ao fazer a relação entre o conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade (2011, p. 197):

A principal versão de uma teoria relativa para o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é aquela que o vincula à regra da proporcionalidade. [...] Ambos os conceitos – conteúdo essencial e proporcionalidade – guardam íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos. É nessa característica que reside o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial.

Os princípios constitucionais, representados primariamente pelo rol de direitos fundamentais, não devem ter aplicação inflexível, nem ser imunes ao influxo das novas realidades e às exigências de cada caso concreto. Ao contrário, a possibilidade de restrições e conflitos é da sua própria essência normativa.

Esse caráter relativo dos direitos fundamentais alcança o princípio das provas vedadas nos mais diversos procedimentos. Apesar de proteger o cidadão contra possíveis arbitrariedades cometidas pelos agentes estatais no intuito de promover a acusação, ou mesmo de abusos pelo indivíduo para produzir a sua defesa, este direito fundamental não somente pode, como deve, admitir exceções.

2. Provas vedadas como direito fundamental e seu caráter relativo

A vedação do uso de provas ilícitas não foi expressamente prevista na Carta Magna de 1215 e nem na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. No entanto, este princípio

constitucional é corolário lógico de qualquer processo devido, que se pretenda justo e legal. De fato, tal princípio decorre da lógica inerente aos direitos humanos, matéria prima dos direitos fundamentais, e do próprio modelo constitucional de processo.

O princípio da vedação das provas ilícitas é indiretamente previsto na Declaração de Direitos do Homem da ONU, de 1948, Artigo XI (“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido *provada de acordo com a lei*, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), Artigo 8 – Garantias Judiciais, item 2 (“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência *enquanto não se comprove legalmente* sua culpa”), letra “g” (Garantia mínima do “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”) e item 3 (“A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza”).

Na Constituição brasileira de 1988, o princípio em comento é previsto como direito fundamental no artigo 5º, inciso LVI, com o seguinte texto: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Sobre o assunto, destaca Guilherme de Souza Nucci que o princípio em comento se fundamenta em “fatores de ordem ética e mantenedores da lisura e da imparcialidade do Estado”, não podendo o Estado, para apurar e combater o ilícito, cometer outro ilícito. Nas suas palavras, “cultuar o ilícito para apurar e punir o ilícito é um fomento ao contrassenso, logo, inadmissível no Estado Democrático de Direito” (NUCCI, 2010, pp. 322, 323).

A doutrina efetua diferenciações em torno das provas proibidas, com destaque para a sua classificação em ilícitas e ilegítimas, sendo as primeiras as que violam normas de direito material e as segundas as que ferem normas de cunho processual. As ilícitas, por sua vez, são diferenciadas como inconstitucionais, quando violam normas oriundas diretamente da constituição, e como ilegais, quando a violação é contra norma infraconstitucional. Ressalta-se apenas que, no caso de provas ilegítimas, que violam normas processuais, sua admissibilidade é bem mais facilmente aferida, tendo em vista a forma de regência das nulidades no processo penal: pela aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*. Ou seja, apenas os atos processuais que gerem prejuízo a uma das partes é que poderá ser anulado. (STF. HC 93368 – Julgado em 09/08/2011 – DJ 24.8.2011).

Desse modo, as provas que violem normas processuais, quando estas estiverem ligadas a um ato processual porventura viciado ou que tenha a prova ocasionado um vício, serão automaticamente extraídas do processo levando-se “em conta o fim de proteção da norma

processual ou a falta de prejuízo ao interessado na produção da prova” (AMBOS; LIMA, 2009, pp. 139, 140; AVENA, 2012, p.460).³ Provas que violem normas processuais, cujo conteúdo tem um fim em si mesmo, desde que causem prejuízo a uma das partes, devem ter decretada a sua nulidade como sanção sobre o ato, sendo desconsideradas e refeitas, como é o caso da perícia realizada por apenas um perito não oficial (peritos leigos), pois o CPP determina que, na falta de perito oficial, a perícia deve ser feita por dois peritos leigos; ou da realização de reconhecimento judicial do réu sem a sua descrição física prévia e colocação entre outras pessoas de características semelhantes (AVENA, 2012, pp. 464, 465).

Independentemente das discussões acerca da classificação e pertinência da expressão “provas ilícitas”, o presente trabalho não se pauta por esta diferenciação, tratando das provas vedadas como gênero.

Cumprindo seu objetivo imediato, na condição de direito fundamental, qual seja, de evitar abusos e arbitrariedades estatais, notadamente em relação aos atos de investigação no âmbito penal, a proibição do uso de provas ilícitas se destina, no dizer de Eugenio Pacelli, “prioritariamente (e não unicamente) ao Estado, no processo penal, dado que este é o produtor da prova” (2012, p. 368). De fato, mesmo nas ações penais privadas, onde a acusação é exercida de modo disponível pelo particular, o Estado ainda assim é o destinatário primário do princípio das provas vedadas. Isto porque, nas ações privadas o particular poderá fazer uso dos atos de investigação (inquisitoriais/administrativos), podendo o juiz exercer a iniciativa suplementar das provas, cabendo a ele o dever de valorar racionalmente os elementos probatórios, se pronunciando, em última análise, sobre a sua licitude. Importa tal entendimento para a aplicação do princípio da proporcionalidade para a admissão de provas vedadas, a favor da acusação ou da defesa, conforme se verá adiante.

No caso brasileiro, observa-se que a vedação do uso de provas ilícitas se enquadra como enunciado genérico, pois a Constituição Federal de 1988 não definiu o que seja prova ilícita nem impôs tecnicamente a necessidade de lei (reserva legal) como condição para a geração dos efeitos da norma. Com isso, o direito constitucional das provas vedadas é norma constitucional de eficácia plena, mas que pode ser regulamentada pelo legislador e ter sua aplicação balizada pela jurisprudência (por intermédio da aplicação do sistema da persuasão racional de avaliação das provas) desde que sua interpretação ocorra com cautela e esteja assente em outras normas constitucionais (DIMOULIS; MARTINS, 2008, pp.152-163; MENDES, 2012, pp.47-56), bem como atenda aos princípios hermenêuticos da interpretação conforme a constituição e da unidade da constituição.

Com isso, o princípio da vedação do uso de provas ilícitas, por ser enunciado aberto, passou a sofrer, na prática, exceções, evitando-se absurdos ou a negação da existência, no caso concreto, de conflitos entre ele e outros princípios classificados na mesma categoria, qual seja, como direito fundamental. Afinal, esta norma não é absoluta, “porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos” (GRECO FILHO, 2012, p. 211).

A Constituição Federal brasileira de 1988 veda o uso da prova quando sua ‘obtenção’ ou ‘colheita’ for viciada pela ilicitude (fonte/origem), isto é, da forma como foi conseguida a prova, levando-se à conclusão natural de estar viciado também o seu conteúdo. Acerca das provas vedadas por derivação, tal tema foi discutido pela primeira vez na Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Silverthorne Lumber Co v. United States*, em 1920, sendo que a expressão *fruits of the poisonous tree* (a chamada teoria dos “frutos da árvore envenenada ou venenosa”) somente foi cunhada em 1937 no caso *Nardone v. United States* (TEIXEIRA, 2010, p. 198).

No Brasil, a questão da prova vedada por derivação, representada pela teoria dos frutos da árvore envenenada, também passou a ser aplicada (STF, HC 74116/SP – DJU 14.3.1997 e HC 76641/SP – DJU 05.2.1999). Logo, as provas que tenham conteúdo imaculado, mas cuja obtenção seja em decorrência de outras provas consideradas vedadas, atraem a si esta mesma vedação. Tem-se, portanto, a vedação por ilicitude direta, quando a prova viciada é obtida diretamente, ou seja, contém vício próprio, sem a intermediação de outra prova, e a ilicitude indireta (a chamada prova ilícita por derivação – teoria dos frutos da árvore envenenada), que se dá quando a prova não possui mácula própria, mas que passa a conter vício na medida em que somente surgiu através de uma prova viciada.

O Código de Processo Penal prevê extenso rol de meios de prova, as chamadas provas legais ou típicas. Não significa dizer, entretanto, que não se possa lançar mão de provas atípicas, mesmo que não previstas expressamente na codificação, desde que não proibidas expressamente e que sejam condizentes com a ordem constitucional, com as normas infraconstitucionais e com valores éticos. Destarte, pode-se admitir a inspeção judicial como meio probante hábil e aceitável, ainda que dentro da iniciativa suplementar do juiz na produção processual das provas, mesmo não sendo disciplinado no código. De modo contrário, não pode ser admitido como meio de prova, por ser desprovida de racionalidade (ao menos pelo juiz togado que deve se pautar pela persuasão racional), as ordálias ou juízos divinos, ou outros baseados em crenças sobrenaturais (GRECO FILHO, 2012, pp. 210, 211).

Desse modo, qualquer meio hábil, a exemplo da inspeção judicial, mencionada acima, o uso do polígrafo, e-mails, mensagens de celular, redes sociais ou qualquer outro que não esteja disciplinado na codificação em vigor, mas que guarde sintonia com a ordem constitucional e que seja eticamente aceitável, bem como cientificamente comprovado quando a prova assim exigir, pode ser admitido.

Ressalta-se, ainda, que o Código de Processo Penal brasileiro, a exceção, por exemplo, do artigo 233 (“As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo”), não traz um rol de ações ilícitas nem uma tipificação de provas ilícitas, como faz, por exemplo, a codificação alemã (AMBOS; LIMA, 2009, pp.88-101). A verificação da ilicitude (a prova não é tipificada em lei e viola normas constitucionais, ou quando é obtida por meio ilícito), da ilegitimidade e da imoralidade ou impossibilidade de sua produção (a exemplo da reconstituição de um estupro) ficou a cargo da análise de cada caso concreto pelo julgador, utilizando-se do sistema da persuasão racional (GRECO FILHO, 2012, p. 211).

Questão tormentosa, no entanto, diz respeito a admissão de provas que tenham violado a ordem constitucional, mas cujos fatos possam ser descobertos por outros meios. Seguindo a linha jurisprudencial dos tribunais superiores, o legislador infraconstitucional editou, no ano de 2008, a Lei Federal nº 11.690, alteradora do Código de Processo Penal. A referida lei alterou a redação do *caput* do artigo 157 e nele inseriu três parágrafos. Três aspectos foram regulamentados: a inadmissibilidade das *provas derivadas* das ilícitas (“nexo de causalidade” entre uma prova ilícita e outra que não era, mas que se tornou ilícita, pois sua existência somente veio a tona por causa da primeira, numa relação de exclusividade), a admissão de provas ilícitas cujo fato pudesse vir a ser descoberto por *fonte independente* e o incidente de *desentranhamento* da prova ilícita, apesar de não ter estabelecido detalhes sobre o procedimento a ser seguido.

No contexto de aplicação das teses de exclusão da ilicitude, encontra-se o princípio da proporcionalidade. Este tem sido utilizado especialmente quando o intérprete se depara com a existência de conflitos entre princípios constitucionais, porquanto é do interesse da sociedade e do próprio sistema jurídico que tais normas sejam preservadas. A aplicação da ponderação, mediante a aplicação da proporcionalidade, não tem o mesmo sentido que a interpretação visando a retirada de antinomias que venham a existir no ordenamento jurídico. Nesta hipótese, uma norma prevalecerá sobre a outra, sendo revogada uma delas pela aplicação dos critérios da especialidade, hierárquico e cronológico.

A colisão entre princípios constitucionais, diante de sua alta carga valorativa, origem ética mais aprimorada e maior hierarquia geral, não pode justificar a revogação de nenhum deles. Todos devem ser preservados. No entanto, no caso concreto um deles deverá prevalecer. Para isso serve o princípio da proporcionalidade que é composto pela verificação da necessidade (há mesmo colisão?), da adequação (a finalidade de proteção será atingida pelo meio menos gravoso?) e da proporcionalidade em sentido estrito, ou justa medida – ALEXY, 2008, pp. 116-118; ÁVILA, 2009, pp. 163-175.

Sobre a sua origem na Alemanha e aplicação nos Estados Unidos, no que diz a seara processual penal, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar destacam (2010, p. 359):

A proporcionalidade ganhou desenvoltura e disciplina na jurisprudência e doutrina alemãs, adaptada ao Direito judicial estadunidense como teoria da proporcionalidade (*balancing test*), funcionando como regra de exclusão à inadmissibilidade das provas ilícitas, quando, sopesando o caso concreto, chegue-se à conclusão que a exclusão da prova ilícita levaria a absoluta perplexidade e evidente injustiça.

A aplicação da proporcionalidade em relação ao tema das provas vedadas diz respeito a questão de sua aceitação no exercício da acusação (*pro societate*) e da defesa (*pro reu*). Deveria o réu ser condenado e privado de sua liberdade ou bens, se o único meio em que pode provar a sua inocência é ilícito? (colisão entre o direito a liberdade/propriedade e o princípio da vedação do uso de provas ilícitas). Ou deveria, neste caso, prevalecer a liberdade? Deveria uma prova ilícita servir para embasar uma acusação sob o argumento da proteção da sociedade?

Parte da doutrina e da jurisprudência tem se posicionado pela aceitação da proporcionalidade em favor do réu, tendo em vista que ele mesmo já goza da presunção contida no princípio geral do *in dubio pro reu*. No entanto, em relação a acusação (*pro societate*) tem havido resistência (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 360; PACELLI, 2021, pp. 366-369). Destaca-se, contudo, a existência de julgados do Supremo Tribunal Federal no sentido de não aceitar prova apresentada pelo particular com base na violação domiciliar, num caso de crime de natureza sexual (registro e manutenção de fotos pornográficas), apesar de algumas fotos terem sido tiradas pela própria vítima durante o ato criminoso (RE nº 251.445/GO – DJU 3.8.2000); e deferir, a favor da acusação, exame de DNA, em material colhido sem autorização da gestante, em suposto crime de estupro cometido na carceragem da Polícia Federal, fato que teve repercussão nacional (RCL nº 2.040/DF – DJU 21.2.2002 – Informativo STF nº 257 de 18 a 22.2.2002).

Aury Lopes Junior frisa o risco de manipulação da aplicação do referido princípio e a subjetividade do julgador, bem como do uso da justificativa do interesse público para

condenações baseadas em restrições aos direitos fundamentais (2012, p. 596). Norberto Avena, por sua vez, assume posição mais equilibrada, pois não nega a importância da proporcionalidade, seja a favor do réu ou a favor da acusação, porém destaca que a sua aplicação dependerá da análise do caso concreto. Menciona, por exemplo, o uso, pelo réu, de prova que ele obteve por meio de tortura, que seria completamente desprovida de credibilidade. Ou da não aplicação da proporcionalidade em desfavor da acusação e a favor da defesa, por conta da tecnologia criminógena e nas hipóteses de organizações criminosas (AVENA, 2012, pp. 467-469; DEZEM, 2008, p. 131).

Tendo em vista o caráter aberto do princípio das provas vedadas, a relatividade de sua natureza como direito fundamental e a aplicação do princípio da proporcionalidade, resta saber como pode a análise do caso concreto permitir a exclusão da ilicitude das provas. Tal exclusão pode ocorrer tanto em relação a ilicitude direta (vício próprio da prova) quanto sobre a ilicitude indireta (vício decorrente de outra prova ilícita).

A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos merece destaque, podendo se efetuada uma comparação com as posições adotadas pelo Supremo Tribunal Federal. Ressalta-se, por oportuno, que a importância da jurisprudência estadunidense sobre o tema das provas vedadas e as hipóteses de sua exclusão surge na medida em que tanto o princípio em comento quanto as excludentes tiveram seu berço no *common law* norte-americano.

3. A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos em comparação com a do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema da admissão das provas vedadas

Mesmo diante da evolução doutrinária e jurisprudencial no Brasil, verificada na última década, acerca do princípio das provas vedadas, as posições da Suprema Corte dos Estados Unidos merecem atenção, porquanto o princípio das provas vedadas e a maior parte das teorias que viabilizam a exclusão da ilicitude têm origem no direito estadunidense.

A análise comparativa de julgados e posições oriundas daquele país com os entendimentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, certamente pode contribuir para o aprimoramento da jurisprudência pátria na medida em que permite detectar contradições e ajudar na mutação constitucional.

A Constituição dos Estados Unidos, diferentemente da brasileira, não traz expressamente o princípio que veda o uso de provas ilícitas. No entanto, a 4ª emenda protege o âmbito pessoal e domiciliar do cidadão contra buscas e apreensões arbitrárias. Implicitamente é vedado o uso de provas ilícitas, sendo os agentes estatais, notadamente aqueles que atuam na seara penal, os destinatários primários dessa norma, cuja finalidade é

evitar os excessos. Todavia, a Suprema Corte estadunidense, evitando os inconvenientes de uma aplicação inflexível do referido princípio, também admite hipóteses de exclusão da ilicitude das provas (*exclusionary rules*). (MOREIRA, 2002, p. 38).

A Suprema Corte dos Estados Unidos, a partir de 1920, através da análise dos casos concretos, passou a admitir várias situações como excludentes tanto da ilicitude direta (vício próprio da prova) quanto da ilicitude indireta (ilicitude por derivação).

SITUAÇÕES QUE EXCLUEM A ILICITUDE DIRETA NA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: A primeira das excludentes da ilicitude direta é a *teoria da boa-fé ou exceção de boa-fé* (*good faith exception*), que ocorre quando os agentes estatais (policiais) ignoram circunstância que tornava ilícita a sua ação, como na hipótese em que o magistrado determinou busca e apreensão sem fundamento, não se podendo falar em ilicitude da diligência em face dos policiais não terem conhecimento da irregularidade do mandado. Tal situação foi verificada nos casos *Massachusetts vs. Sheppard* e *United States vs. Leon*, ambos de 1984, bem como no caso *Illinois v. Krull* de 1987. Interessante notar que neste último caso, uma lei do estado de Illinois permitia a realização de busca e apreensão sem mandado. Mesmo julgando, posteriormente, inconstitucional a referida lei, a Suprema Corte não considerou ilícita a prova ao levar em conta o fato de que os policiais confiavam na validade da lei (DEZEM, 2008, pp. 128, 129; MOREIRA, 2002, p. 38).

Miguel Carbonell, ao discorrer sobre a boa-fé (*good faith exception*), que ele designa de “limites de los limites o limites de la excepción”, diz não poder se alegar a presença de boa-fé quando a autorização judicial deriva de declaração falsa de agentes estatais (*Franks vs. Delaware*, de 1979), quando o juiz carece de imparcialidade (*US vs Leon*, de 1984), na falta de indícios suficientes (*Illinois vs Gates*, de 1983), na inexistência de delimitação da autorização ou quando se detecta defeitos na execução da ordem judicial (CARBONELL, 2012).

A segunda excludente é a *exceção de impugnação* (caso *Walder v. United States*, de 1954), quando se possibilita o uso de uma prova ilícita para demonstrar que o depoimento do réu é falso, frisando-se que nos Estados Unidos o réu não é obrigado a depor, mas se decidir falar prestará o compromisso de dizer a verdade (DEZEM, 2008, p. 129).

A terceira excludente é a da *exceção do erro inócuo*, construída no caso *Chapman v. Califórnia* (1967), que se relaciona ao fato de que é possível a condenação do réu se ela não se baseia exclusivamente em provas ilícitas. Apesar da existência de uma prova ilícita, esta será inócua se existirem outras lícitas, no conjunto probatório, suficientes para condenar o réu (DEZEM, 2008, p. 129).

A quarta hipótese diz respeito a *limitações da legitimidade* para requerer o desentranhamento da prova. Significa dizer que apenas a pessoa que tiver sofrido um prejuízo por meio da prova ilícita é que poderá pedir a análise de seu conteúdo e a sua conseqüente desconsideração. Do contrário, não sendo legítimo o requerente a prova será considerada lícita. Tal entendimento foi verificado no caso *United States vs. Padilla*, de 1993, relativamente a busca e apreensão ilegal feita a um corréu (DEZEM, 2008, p. 130).

As outras duas excludentes se referem a aplicação do *princípio da proporcionalidade* e a admissão da *prova ilícita pro reo* (DEZEM, 2008, PP. 130, 131), ambos já explicitados no título anterior do presente trabalho.

SITUAÇÕES QUE EXCLUEM A ILICITUDE DIRETA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Das seis hipóteses de exclusão da ilicitude direta, construídas e admitidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, três não são adotadas no direito brasileiro: a *exceção de boa-fé* (*good faith exception*) por ser “hipótese de juízo vago e impreciso” (NERY JUNIOR, 2010, pp. 274-278); a *exceção de impugnação*, pois no processo penal brasileiro o réu não presta compromisso antes do interrogatório, havendo inclusive o direito de mentir, não sendo obrigado a produzir prova contra si; e a *limitação da legitimidade*, pois aqui qualquer parte interessada ou mesmo o assistente de acusação, pode provocar a análise da licitude da prova, ainda que não tenha sido diretamente afetado por ela.

O STF admite a *exceção do erro inócuo*, ao ter considerado legal decisão que condenou determinado réu por existir outras provas, além da ilícita, suficientes para a condenação (RHC 74.807 – Dj 20.6.97 e HC 76203 – Dj 17.11.00).

Em relação ao *princípio da proporcionalidade*, o STF não aderiu plenamente à sua aplicação (HC 80.949 – Dj 30.10.2001), apesar da ampla admissão doutrinária. E, por último, em relação a *prova ilícita a favor do réu*, a mesma encontra amparo na maior parte da doutrina, oscilando em relação a jurisprudência.

No Brasil, aplica-se ainda a chamada *teoria do encontro fortuito*, onde a prova de um crime é encontrada quando da realização regular e legal de uma diligência na investigação de crime diverso. Desde que a diligência tenha sido cumprida de acordo com os objetivos para a qual foi permitida, a prova do crime diverso pode ser admitida como lícita. Situação diversa, porém, se dá quando os atos diligenciais extrapolam os limites da permissão e somente por conta desse excesso é que a prova do novo crime é encontrada. Neste caso, havendo o excesso, a prova fortuita deve ser considerada ilícita. É o caso de interceptação telefônica autorizada judicialmente, dentro dos limites constitucionais e legais, que ao investigar crime “A” descobre crime “B”. Nas hipóteses de interceptação telefônica, como já houve a

autorização regular para a quebra do sigilo, não se pode sustentar posição a favor da recusa da prova fortuita. Caberá “o aproveitamento do conteúdo da intervenção autorizada; tratando-se de material relativo à prova de crime (qualquer crime), não se pode mais argumentar com a justificação da medida (interceptação telefônica), mas, sim, com a aplicação da lei” (PACELLI, 2012, p. 356-358).

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela aceitação da prova fortuita, considerando-a lícita, a exemplo do julgamento do Habeas Corpus nº 83.515/RS, da Relatoria do Ministro Nelson Jobim (Informativo nº 361 – de 13 a 17.9.2004). Confira-se, também:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Interceptação telefônica lícitamente conduzida. Encontro fortuito de prova da prática de crime punido com detenção. Legitimidade do uso como justa causa para oferecimento de denúncia. Agravo regimental desprovido. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. (...)” (STF. AI 626.214-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA).

SITUAÇÕES QUE EXCLUEM A ILICITUDE INDIRETA NA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: Como excludentes da ilicitude indireta, afastando-se a aplicação da prova ilícita por derivação, o direito estadunidense passou a admitir três hipóteses. A teoria da fonte independente, quando há uma prova ilícita e uma lícita (*Murray v. United States*, de 1988); a teoria da descoberta inevitável (fonte hipotética independente), que não exige a presença de uma prova lícita, mas apenas a possibilidade de obtê-la (*Nix v. Williams*, de 1984); e a teoria do nexo causal atenuado (contaminação expurgada, conexão atenuada ou vício diluído), quando a relação entre a prova ilícita e a derivada é tão diminuta que não se pode concluir pela existência de derivação (*Wong Sun v. United States*, de 1963). (DEZEM, 2008, PP. 132-137).

SITUAÇÕES QUE EXCLUEM A ILICITUDE INDIRETA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: No direito brasileiro, discute-se a admissão das três teorias para a exclusão da ilicitude indireta ou derivada no processo penal. A primeira passou a ser expressamente prevista no CPP, qual seja, a da fonte independente, que admite a prova totalmente diversa e livre de qualquer relação com a prova vedada (exemplo dado por Norberto Avena: Denúncia arrola testemunha “A”, que no processo se torna ilícita ao se descobrir que a mesma foi descoberta pela polícia em interceptação clandestina. Situação diversa, de fonte independente, ocorreria se a mesma testemunha “A” houvesse sido referida por testemunha “B” durante a investigação policial. Mesmo com a interceptação

inconstitucional, a testemunha “A” poderia ser de qualquer forma arrolada no processo, pois a fonte se deu independentemente da ilicitude – AVENA, 2012, pp. 465, 466).

Apesar do §2º do artigo 157 do CPP, como ressaltam Pacelli e Dezem, ter desejado definir a fonte independente, na verdade tratou da *descoberta inevitável* (fonte hipotética independente), onde se admite a prova, ainda que tenha ela relação de causalidade com provas vedadas, tendo em vista se originar de mecanismos de investigação rotineiramente utilizados (“trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”). É o caso do exemplo dado por Pacelli da autoridade policial que ingressa ilicitamente em residência e ali descobre um cadáver. A existência de ilicitude na primeira diligência não impedirá a investigação sobre possível homicídio, nem invalidará as provas decorrentes desse segundo fato. A teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*) é muito utilizada no direito estadunidense como forma de excluir a ilicitude das provas (PACELLI, 2012, pp. 354, 355; DEZEM, 2008, PP. 135, 136).

Uma terceira tese admitida na doutrina pátria é a *expurgação posterior*, ou limitação da contaminação expurgada (*purged taint limitation*) ou limitação da conexão atenuada (*attenuated connection limitation*), apesar de ainda não constar na jurisprudência do STF. A referida excludente significa que, mesmo que a prova esteja contaminada, um fato posterior expurga ou efetua a limpeza da prova, permitindo o seu aproveitamento. Para ilustrar: um investigado, preso ilegalmente por não estar em flagrância, confessa o crime. De início, a confissão é ilegal, porquanto tomada sob prisão ilegal, mas a mesma pode ser aceita se o réu, em juízo, acompanhado de seu defensor e sem nenhuma coação, efetua a confissão. Nesta hipótese, a prova da confissão poderia ser aproveitada, porquanto a ilicitude anterior deixou de existir, tendo sido expurgada (AVENA, 2012, p. 466). A atenuação diz respeito ao nexo de causalidade ínfimo entre a prova ilícita e a dela derivada, podendo-se dizer que essa teoria foi adotada no Código de Processo Penal brasileiro no §1º do artigo 157.

O Supremo Tribunal Federal, construindo a sua jurisprudência sobre os tópicos ora tratados, tem feito proveitoso diálogo com as fontes e decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em conjunto com a tradição *pro libertatis*, causa que tem marcado o STF desde a criação da “doutrina do Habeas Corpus”. Desse modo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminha no sentido da:

- Admissão de prejuízo da persecução penal em favor do princípio das provas vedadas (HC 79512 – 2003).
- Admissão da teoria dos frutos da árvore envenenada (RHC 90.376 – Dj 18.5.07).

- Adoção da teoria da fonte independente (RHC 90.376 – Dj 18.5.07 e “Caso Mensalão” no Inq. 2245/MG – julgado em 28.08.07).
- Admissão da exclusão da ilicitude de provas diante da existência de outras lícitas no conjunto probatório (HC 74599 – Dj 07-02-1997 e HC 92467 – Dj 14-02-2011).
- Não adoção do princípio da proporcionalidade para a exclusão da ilicitude das provas (HC 80.949 – julgado 30.10.2001 – DEZEM, 2008, p. 131).
- Admissão de autorizações sucessivas de interceptação telefônica (RHC 85575 – julgado em 28/03/2006 e HC 83515 – julgado em 16/09/2004).
- Acolhimento da teoria do encontro fortuito (HC 83515 – Informativo nº 361).

É possível citar como exemplo o julgado do Supremo Tribunal Federal (HC 93050 – DJ 31-07-2008), a seguir transcrito, que trata conjuntamente de vários fatores como a questão da origem da prova, conceito de “casa”, da ilicitude probatória por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada) e fonte autônoma das provas:

FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) - SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE "CASA" - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTE E DE TERCEIROS. - Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. - A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, "respeitados os direitos individuais e nos termos da lei" (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do

contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado.

A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, "embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita" (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). - O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do "privilège du préalable", não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes.

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A "Exclusionary Rule" consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. - A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias

constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. - Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros.

A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g..

Conforme se pode verificar da construção jurisprudencial do STF, no que coincide com a doutrina mais hodierna, o assento constitucional que devem ter não só o direito penal, como o direito processual penal, resulta da compreensão de que se o Estado, interferindo na liberdade individual, pode qualificar determinadas condutas como criminosas e pode realizar

os procedimentos extrajudiciais e judiciais necessários à prova das imputações feitas ao acusado, também se submete ao devido processo legal em todas as suas manifestações, máxime às exigências de razoabilidade e proporcionalidade (MIR PUIG, 2011).

Por isso mesmo, o STF decidiu que “... o devido processo legal” a que se reporta a *Constituição Federal no inciso LIII do art. 5º é de ser interpretado como um devido processo legal **substantivo ou material**. Não meramente formal”. Transcreve-se abaixo outro julgado do Supremo Tribunal Federal (HC 96905 – DJ 29-07-2011) que, de forma conjunta, aborda o conteúdo do princípio do devido processo legal, bem como de prova que viola norma processual e a nulidade da sessão de julgamento do júri:*

HABEAS CORPUS - JÚRI - TESTEMUNHA ARROLADA, COM A CLÁUSULA DE IMPRESCINDIBILIDADE, PARA SER INQUIRIDA NO PLENÁRIO DO JÚRI (CPP, ART. 461, “CAPUT”, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.689/2008) - DIREITO SUBJETIVO DA PARTE - NÃO COMPARECIMENTO, CONTUDO, DE REFERIDA TESTEMUNHA, JUSTIFICADO MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE ATESTADO MÉDICO - MANIFESTAÇÃO DO RÉU INSISTINDO NA INQUIRÇÃO, EM PLENÁRIO, DE REFERIDA TESTEMUNHA - INDEFERIMENTO DESSE PLEITO PELA JUÍZA-PRESIDENTE - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA EVIDENTE AO DIREITO DE DEFESA DO ACUSADO - NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA - RÉU QUE EXPRESSAMENTE MANIFESTOU O SEU DESEJO DE SER DEFENDIDO POR ADVOGADO QUE ELE PRÓPRIO HAVIA CONSTITUÍDO - PLEITO RECUSADO PELA MAGISTRADA QUE NOMEOU DEFENSOR PÚBLICO PARA PATROCINAR A DEFESA TÉCNICA DO ACUSADO - TRANSGRESSÃO À LIBERDADE DE ESCOLHA, PELO RÉU, DE SEU PRÓPRIO DEFENSOR - DESRESPEITO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO - INVALIDAÇÃO DO JULGAMENTO PELO JÚRI - PEDIDO DEFERIDO. LIBERDADE DE ESCOLHA, PELO RÉU, DE SEU PRÓPRIO DEFENSOR. - O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor. Essa liberdade de escolha traduz, no plano da "persecutio criminis", específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição. Cumpre ao magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro Advogado. Antes de realizada essa intimação - ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado - não é lícito ao juiz nomear defensor dativo (ou Defensor Público) sem expressa aquiescência do réu. Precedentes.

ABRANGÊNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW", QUE COMPREENDE, DENTRE AS DIVERSAS PRERROGATIVAS DE ORDEM JURÍDICA QUE A COMPÕEM, O DIREITO À PROVA. - A garantia constitucional do "due process of law" abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes (paridade de armas e de tratamento processual); (g) direito de não ser investigado, acusado processado ou condenado com fundamento exclusivo em provas revestidas de ilicitude, quer se trate

de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude derivada (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (l) direito de ser presumido inocente (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e, em consequência, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO); e (m) direito à prova. - O direito à prova qualifica-se como prerrogativa jurídica de índole constitucional, intimamente vinculado ao direito do interessado de exigir, por parte do Estado, a estrita observância da fórmula inerente ao "due process of law". - Os juízes e Tribunais têm o dever de assegurar, ao réu, o exercício pleno do direito de defesa, que compreende, dentre outros poderes processuais, a faculdade de produzir e de requerer a produção de provas, que somente poderão ser recusadas, mediante decisão judicial fundamentada, se e quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

DISPENSA, POR INICIATIVA DO MAGISTRADO, SEM RAZÃO LEGÍTIMA, DE TESTEMUNHA QUE O ACUSADO ARROLOU, DE MODO REGULAR E TEMPESTIVO, COM A NOTA DE IMPRESCINDIBILIDADE: ATO JUDICIAL QUE OFENDE O DIREITO DE DEFESA CUJO EXERCÍCIO É ASSEGURADO, A QUALQUER RÉU, PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - O fato de o Poder Judiciário considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento penal não legitima nem autoriza a adoção, pelo magistrado competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre persecução penal, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio acusado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa. - Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do "due process" a supressão ou a injusta denegação, por exclusiva deliberação judicial, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado por quaisquer autoridades e agentes públicos, que não podem impedir, sob pena de nulidade processual absoluta, que o réu, nos procedimentos de persecução contra ele instaurados, produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva do Estado, ainda mais quando se tratar de testemunhas arroladas com a nota de imprescindibilidade (CPP, art. 461, "caput", na redação dada pela Lei nº 11.689/2008). Doutrina. Jurisprudência.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, portanto, admite em grande parte o entendimento oriundo da Suprema Corte dos Estados Unidos, na medida em que observa nele a abertura necessária e adaptativa ao caso concreto, evitando-se interpretações absurdas e o cometimento de injustiças.

Observa-se, todavia, que a teoria da boa-fé (*good faith exception*), criada e aplicada no sistema estadunidense quando o agente estatal desconhece circunstância que torna a sua ação indevida, excluindo assim a ilicitude da prova, e o princípio da proporcionalidade em matéria de exclusão da ilicitude das provas, é que não foram, pelo menos por enquanto, admitidas na

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Estes, porém, não podem ser descartados de forma absoluta, pois somente por intermédio da análise do caso concreto é que é possível avaliar a possibilidade de exclusão da ilicitude.

Conclusão

Em que pese serem oriundas de sistemas jurídicos diversos, *common law* (direito anglo-saxão consuetudinário) no caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, e codificado (romano-germânico) no caso do Supremo Tribunal Federal no Brasil, verifica-se que a comparação indica que ainda há muito espaço para a mutação constitucional no tema da proibição de provas ilícitas, mediante a aceitação de provas com conteúdo ilícito, seja para evitar a condenação injusta do réu ou para proteger a sociedade.

O princípio da proporcionalidade, vetor primordial para a análise dos casos concretos, não pode ser aplicado indiscriminadamente, servindo como justificador e fomentador para a obtenção de provas ilícitas e a sua aceitação. Depreende-se, com isso, que a busca por um ponto de equilíbrio seja a melhor saída para se evitar abusos e injustiças, de um lado, ou a permissividade e a ausência de punição, de outro.

Ao Supremo Tribunal Federal cabe, seguindo a linha do constitucionalismo contemporâneo, da mutação e hermenêutica constitucional, admitir o princípio da proporcionalidade dentro dos parâmetros do devido processo legal e seus três princípios basilares: contraditório, ampla defesa e juiz natural.

Além disso, a cultura constitucional e democrática brasileira precisa se aprimorar e ser passível de maior confiabilidade. Somente assim é que será possível a construção de uma jurisprudência mais sólida e compatível com a ordem constitucional vigente, assegurando-se tanto a proteção do indivíduo quanto da sociedade.

Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDOLINA, Ítalo & VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corso di lezioni. Torino, G. Giappichelli, 1990.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 4ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. **O modelo constitucional do direito processual civil**: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. Palestra proferida pelo autor nas VII Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil e Penal realizadas nos dias 26 a 29 de maio de 2008 em Florianópolis, SC, no módulo “Processo constitucional”. <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf> (acesso em 17.08.2012).

CAPONI, Remo & PROTO PISANI, Andrea. **Lineamenti di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene Editore, 2001.

CARBONELL, Miguel. **Exclusión de pruebas ilícitas (principio de)**. http://www.miguelcarbonell.com/docencia/principio_de_exclusion_de_las_pruebas_ilicitas_p_rinter.shtml. Consulta em 09 de agosto de 2012.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Ética e técnica del “giusto processo”**. Torino: Giappichelli, 2004.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**: tipo processual, provas típicas e atípicas. São José-SC; Conceito Editorial; Campinas: Millennium Editora, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

_____. **O Direito como sistema de garantias**. In: OLIVEIRA JÚNIOR, J. A. de. O novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LLOBREGAT, José Garberí. **Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal**. Madrd: Civitas, 2009.

LOPES JUNIR, Aury. **Direito processual penal**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIR PUIG, Santiago. **Bases constitucionales del derecho penal**. Madrid: Portal Decrecho, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O processo penal norte-americano e sua influência**. In: Revista Jurídica Consulex, ano VI, n. 135, 31.8.2002.

NERY JR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PACELLI, Eugenio. **Curso de processo penal**. 16ed. São Paulo: Atlas, 2012.

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 6^a. Edição. SP: Atlas, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - as garantias processuais penais?** Livraria do Advogado, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 4ed. Salvador: Juspodium, 2010.

TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. **Colhendo os frutos da árvore venenosa: formação e uso dos precedentes no Brasil e nos EUA**. In: Revista brasileira de direito processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 18, n.72, out/dez.2010, pp. 189-213.

TROCKER, Nicòlo. **Processo Civile e Costituzione**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

VIGORITTI, Vincenzo. **Garantie Costituzionali del Processo Civile**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.

¹ Carta Magna de 1215. Item 39. *Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país*. A respeito, destaca um eminente processualista: “Quando instituído no sistema jurídico inglês pela Magna Carta de 1215, o *due process* ressaltava seu aspecto protetivo no âmbito processual penal, sendo, portanto, de cunho eminentemente processualístico àquela ocasião. O conceito de “devido processo” foi-se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula, de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão”(NERY JÚNIOR, Nelson. (2012, p. 83) Ver: TROCKER, Nicòlo. **Processo Civile e Costituzione**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

² Cf. ANDOLINA, Ítalo & VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*. Torino, G. Giappichelli, 1990. Comparar com: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004; CAPONI, Remo & PROTO PISANI, Andrea. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 2001; LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Madrid: Civitas, 2009.

³ Ver Item XVII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.