



DPC/DPM
BIBLIOTECA

DR/DPM

Revista

BRASILEIRA DE
Ciências Criminais

Ano 18 • n. 85 • jul.-ago. / 2010



nacional los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, quedaron sembradas las bases normativas para el ulterior establecimiento por el Código Procesal Penal de la regla de exclusión por ilicitud probatoria, instituto completamente desconocido bajo el imperio del sistema inquisitivo, regulado por el antiguo Código de Procedimiento Penal (1907).

2. La regla de exclusión probatoria en el proceso penal chileno cubre hipótesis diversas: a) las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias declaradas nulas y b) las pruebas obtenidas con infracción de garantías fundamentales, dando con ello un tratamiento unitario a dos causales que en otros ordenamientos se mantienen por separado, y con consecuencias distintas.

3. La relación existente entre la causal de exclusión fundada en la infracción de garantías fundamentales y la nulidad es de género a especie, pues el acogimiento de esta última sanción procesal supondrá siempre la infracción de una misma garantía fundamental, idéntica en todos los casos: el derecho a la defensa. La invariable infracción de esta garantía fundamental, que opera como condición de acogimiento de la nulidad, es independiente de la naturaleza constitucional o legal del precepto vulnerado directamente por la actuación defectuosa.

4. En estrecha relación con lo dicho, el principio de proporcionalidad, acogido por la jurisprudencia de la Corte Suprema, modula la aplicación de la regla de exclusión por ilicitud probatoria, y cumple sobre las garantías no procesales, el rol que el perjuicio o afectación del principio de audiencia cumple sobre las garantías de índole procesal.

5. La nulidad tiene escasa incidencia en la exclusión del material probatorio, no tanto porque la exigencia del perjuicio condicione al extremo su procedencia, sino porque sus efectos recaen exclusivamente sobre las actuaciones judiciales, quedando fuera de su campo de aplicación las diligencias de investigación desplegadas por los órganos de la persecución penal, siendo éstas y no aquéllas, las mayormente expuestas a generar infracción de garantías fundamentales.

6. En la aplicación de la regla de exclusión por parte de los tribunales nacionales, predominan los criterios de la integridad judicial y de la supremacía o intangibilidad de las garantías fundamentales, por sobre el efecto *deterrence*, tan característico del sistema norteamericano.

4 A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro

ANTONIO MACALHÃES GOMES FILHO

Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: Expõe-se a evolução da exigência de limitação da atividade probatória no processo penal brasileiro, evidenciando-se a necessidade de reconhecimento da inadmissibilidade das provas obtidas ilícitamente, a partir das garantias fundamentais expressas na Constituição Federal de 1988, decorrentes do Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: This paper addresses the progress of the demand for control in the production of evidence in the Brazilian criminal proceeding, showing the need to recognize the non-acceptability of evidence that has been illegally obtained, based on the fundamental guarantees established in the 1988 Federal Constitution, a result of the Democratic Constitutional State.

PALAVRAS-CHAVE: Inadmissibilidade da prova ilícita – Garantias constitucionais – Reforma do Código de Processo Penal – Princípio de proporcionalidade – Provas derivadas de provas ilícitas – Projeto do novo Código de Processo Penal.

KEYWORDS: Non-acceptability of illegal evidences – Constitutional guarantees – Reform of the Criminal Procedural Code – Principle of proportionality – Evidences resulting from illegal evidences – New Criminal Procedural code bill.

SUMÁRIO: 1. Doutrina, legislação e jurisprudência anteriores a 1988 – 2. A vedação das provas ilícitas na Constituição de 1988 – 3. A reforma do Código de Processo Penal e a disciplina da vedação das provas ilícitas pela Lei 11.690/2008 – 4. A extensão do reconhecimento da ilicitude da prova: a inadmissibilidade das provas derivadas das

ilícitas – 5. O princípio da proporcionalidade e a prova ilícita *pro reo* – 6. As provas ilícitas no Projeto do novo Código de Processo Penal.

1. DOCTRINA, LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA ANTERIORES A 1988

Não é nova, no Brasil, a preocupação com os métodos que podem ser utilizados para a obtenção de provas, especialmente no âmbito criminal. Mesmo na falta de preceitos legais expressos, a doutrina processual penal já sublinhava a exigência de limitações à atividade probatória, em face da proteção que a Constituição dá aos direitos e garantias fundamentais.

Lembre-se, nesse sentido, da advertência de Canuto Mendes de Almeida: “todos os gêneros e espécies de prova podem ser objeto de investigação. E devem ser sempre que necessários à descoberta da verdade. A limitação da liberdade investigatória só é admissível quando a discricção e arbítrio policiais possam representar uma injusta lesão a direitos individuais e suas garantias. Por isso, cerceia-se, mui justamente, a liberdade de investigação, quando, por exemplo, envolva invasões domiciliares, buscas e apreensões forçadas, detenções prolongadas (...)”¹

Também José Frederico Marques observou que existem limitações para a busca da verdade, decorrentes dos princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana, pelo que inadmissível, na Justiça penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar a procura da verdade através de qualquer fonte probatória.²

À mesma conclusão chegou Ada Pellegrini Grinover em monografia dedicada às interceptações telefônicas: “é inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas no processo, preconizando pura e simplesmente a punição daquele que cometeu o ilícito (*male capium bene retentum*): significa ela, ao mesmo tempo, a prática de atos ilícitos por agentes públicos ou por particulares e compactuar com violações imperdoáveis aos direitos da personalidade. No Estado de Direito, a repressão do crime

não pode realizar-se pela prática de ilícitos, que são frequentemente ilícitos penais”.³

No entanto, antes da Constituição brasileira de 1988, eram excepcionais e incongruentes as previsões legislativas a respeito da proibição das provas obtidas ilícitamente.

Exemplo disso são as disposições contraditórias do Código de Processo Penal de 1941 a respeito da interceptação de correspondência, que bem revelam a ideologia autoritária daquele diploma: no art. 233, é expressamente previsto que “as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo”; já o art. 240, § 1.º, letra f, autoriza a apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, “quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato”. Assim, o legislador fez uma distinção – que hoje parece claramente inconstitucional – entre a correspondência do acusado, que poderia ser violada, no interesse da apuração dos fatos, e as outras cartas apreendidas com violação à lei penal, inutilizáveis como prova.

Significativo avanço legislativo ocorreu com o Código de Processo Civil, de 1973, que prevê, no seu art. 332, que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar os fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Assim, para o estatuto processual civil, como anotou Aderbal de Barros, só são admissíveis os meios legais de prova, o que equivale dizer que inadmissíveis os ilegais e, dentre estes, evidentemente, os criminosos, por serem sumamente ilegais.⁴

Na jurisprudência anterior à atual Constituição, a orientação a respeito do tema evidencia significativa evolução.

Como demonstrou Ricardo Cindra Torres de Carvalho, após minuciosa pesquisa em quase 170 acórdãos, é possível afirmar que durante largo período vigorou nos nossos tribunais o que denominou *princípio da veracidade da prova*, segundo o qual a prova era analisada pela carga de convencimento que contém, abstraída a forma de sua obtenção; eventual

1. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*, São Paulo, Ed. RT, 1973, p. 61.

2. José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1965, p. 294.

3. Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, 2. ed., São Paulo, Ed. RT, 1982, p. 150.

4. Aderbal de Barros, *A investigação criminosa da prova*, RT 66 (504): 293, 1977.

irregularidade era tida como questão de ilícito administrativo ou penal, a ser apurada na órbita própria, não interferindo em sua admissibilidade.⁵

Exemplo disso são as afirmações constantes de acórdãos dos antigos Tribunais de Alçada e Alçada Criminal de São Paulo: “eventuais maus tratos impostos ao réu não infringem o valor probante da confissão, que os demais elementos de convicção demonstram ter sido veraz”⁶ e “inválida não é a confissão policial, por haver sido prestada mediante espantamento, caso esteja em harmonia absoluta, completa e perfeita com as demais circunstâncias que determinaram a prisão em flagrante do acusado como contraventor do “jogo do bicho”, inclusive com a apreensão em seu poder das respectivas listas de apostas”.⁷

No entanto, segundo aponta aquela mesma pesquisa, no fim da década de 60, registrou-se acentuada tendência dos tribunais paulistas de considerar que irregularidades praticadas pela Polícia, principalmente em casos de buscas e apreensões em casos relacionados a entorpecentes, contaminavam todo o processo.

Assim, no julgamento da ApCrim 114.135, a 1.ª. Câm. Crim. TJ anotou que “tratando-se de busca domiciliar ilegal, pois realizada sem mandado e lavratura de auto circunstanciado, nos termos da lei processual, o vício de origem contamina a prova, sacrificando a acusação e não autoriza uma condenação penal”⁸, do mesmo modo, a 4.ª. Câm. do antigo TACrim: “A ilegalidade da busca e apreensão domiciliar, por si só, prejudica, irreparavelmente, a ação penal, independentemente da própria veracidade da acusação. Ao Estado não se pode permitir a violação da lei, a pretexto da colheita de elementos probatórios. Os fins não justificam os meios. O direito de prova, meramente adjetivo, não se sobrepõe às garantias individuais de natureza constitucional substantiva.”⁹

5. Ricardo Cintra Torres de Carvalho, A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana, *RBCCrim*, 3(12):162-200, 1995.
6. TASP, ApCrim. 43.797, rel. Azevedo Franceschini, j. 05.02.1964, RT 356/293.
7. TACRIMSP, ApCrim. 63.430, rel. Azevedo Júnior, j. 02.03.1967, RT 384/255.
8. TJSP, ApCrim. 114.135, rel. Carvalho Filho, j. 20.3.72, RT 441/344.
9. TACRIM-SP, Ap. 275.881, rel. Albano Nogueira, j. 19.4.83, RT 579/348.

Também significativa, no sentido da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, foi a posição adotada pelo STF em três importantes julgamentos em que fora suscitada a questão da validade de interceptações telefônicas clandestinas: em dois julgados relacionados a matéria civil, de 1977 e 1984, o STF determinou o desentranhamento de gravações de conversas telefônicas clandestinas (RTJ 84/609 e 110/798). O mesmo foi decidido, para o processo penal, em 18.12.1986, determinando-se o trancamento de inquérito policial baseado em interceptações telefônicas feitas por particulares, confessadamente ilícitas (RTJ 122/47).

2. A VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A consagração dessa tendência do direito brasileiro levou o Constituinte de 1988 a incluir no capítulo dos direitos e garantias individuais o inc. LVI do art. 5.º, que estabelece: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Trata-se de cláusula que reproduz a ideia desenvolvida pela jurisprudência constitucional norte-americana, no sentido de que somente a vedação absoluta do ingresso no processo da prova resultante de violação dos direitos fundamentais pode servir de obstáculo eficaz às práticas ilegais para sua obtenção.

Como ressalta Ada Pellegrini Grinover, a regra de exclusão esta-belece duas balizas para o tema: em primeiro lugar, ao aludir a “provas obtidas por meios ilícitos”, refere-se a Constituição à ilegalidade ocorrida no momento em que a prova é obtida para ser produzida no processo; momento normalmente anterior e de qualquer modo externo com relação àqueles em que se decompõe o procedimento probatório; em segundo lugar, ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, o constituinte considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção – a inadmissibilidade – para a ilicitude material.¹⁰

Apesar dos termos categóricos do texto constitucional – o que é reconhecido até mesmo pelos que advogam ser necessário *temperar* a aparente rigidez da norma¹¹ –, ainda persistem resistências a sua completa

10. Ada Pellegrini Grinover, As provas ilícitas na Constituição. *O processo em evolução*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 51.
11. José Carlos Barbosa Moreira, A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, *Revista Forense*, 337:128.

aplicação, não somente em face de questões adiante tratadas (v. infra, ns. 4 e 5), mas também, especialmente, em relação ao próprio valor da regra de exclusão em opiniões doutrinárias e mesmo em alguns julgados.

Nessa linha, José Roberto Bedaque afirma que “não se pode concordar com a absoluta desconconsideração das provas ilícitas (...) (pois) a repulsa de tal prova, como regra genérica, em nada beneficia o ordenamento jurídico, já violado pelo ato ilegal daquele que a obteve (...)” E, com a rejeição de uma prova obtida irregularmente, poderá o julgador ficar sem elementos suficientes para proferir uma decisão justa”.¹²

Também na jurisprudência registra-se, em alguns casos isolados, a tendência a não dar completa aplicação ao preceito constitucional, com o argumento de que “a política criminal deve ser orientada no sentido de proteger a sociedade e não o criminoso”, assentando-se que “ao vingar a aplicação generalizada da nulidade por provas ilícitas, será simplesmente impossível flagrar um sonegador de tributos, já que é crime que costuma disfarçar-se e raramente é praticado em praça pública”.¹³

Apesar disso, e mesmo antes da Lei 11.680/2008 ter introduzido disposições que regulamentam a aplicação da disposição constitucional, os nossos tribunais já vinham dando efetiva aplicação à sanção de inadmissibilidade prevista na Lei Maior, ora não permitindo o ingresso da prova ilícita no processo, ora determinando seu desentranhamento,¹⁴ ou mesmo descon siderando tal prova no momento da valoração e, em consequência, absolvendo o acusado contra o qual a prova ilícita havia sido produzida.¹⁵

3. A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A DISCIPLINA DA VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS PELA LEI 11.690/2008

Desde a década de 90 do século passado, diversas propostas legislativas foram apresentadas ao Congresso Nacional visando à reforma

de dispositivos do Código de Processo Penal, inclusive com o sentido de estabelecer uma disciplina mais minuciosa da vedação probatória introduzida pela Constituição de 1988. Essa modificação somente veio a ocorrer em 2008, com a edição da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, nele incluindo também três parágrafos, com o objetivo de regular a matéria.

Assim, o *caput* do novo art. 157 do CPP fornece uma definição do que se deve entender por provas ilícitas: “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Essa redação não parece ter sido a melhor: a vedação processual da prova ilícita foi a solução encontrada pelas cortes constitucionais para a proteção de certos direitos e garantias fundamentais, que não devem ceder nem mesmo diante do interesse estatal na obtenção de provas. Trata-se, em resumo, de uma forma especial de tutela destinada a assegurar a efetividade daqueles direitos e garantias.

Daí a distinção, proposta por Nuvolone e acolhida na doutrina, entre *provas ilícitas* e *provas ilegítimas*: as primeiras constituem o resultado de uma violação do direito material, enquanto, nas segundas, o vício decorre da infringência de normas processuais. Outra diferença entre elas decorre do momento em que se configura a ilegalidade: nas ilícitas, ela ocorre quando da sua *obtenção*; nas ilegítimas na fase de *produção*. Também é diversa a consequência dos respectivos vícios: as ilícitas são *inadmissíveis* no processo (não podem ingressar e, se isso ocorrer, devem ser desentranhadas); as *ilegítimas* são nulas e, por isso, a sua produção pode ser renovada, atendendo-se então às regras processuais pertinentes.

Por isso, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O descumprimento da lei processual pode levar à *nulidade* do ato de formação da prova e impor a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573 *caput* do CPP. No caso da prova ilícita, diversamente, o ordenamento veda absolutamente o seu ingresso no processo e consequente valoração pelo juiz.

Nos §§ 1.º e 2.º do art. 157 do CPP, a Lei 11.690/2008 introduziu disposições igualmente criticáveis a respeito da extensão dos efeitos da

12. José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, 2. ed., São Paulo, Ed. RT, 1996, p. 103-105.

13. TRF-2.ª. Reg., 1.ª. T., HC 95.02.17100-RJ, rel. Des. Chalu Barbosa, RT 729/664.

14. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, *As nulidades no processo penal*, 11. ed., São Paulo, Ed. RT, 2009, p. 130-131.

15. TJSR, 4ª. Cam. Crim., ApCrim 83.624-3, rel. Des. Dante Busana, RT 670/273.

ilicitude da prova, que serão mencionadas em tópico subsequente (*infra*, n. 4).

No § 3.º do mesmo artigo, o legislador inovou em relação ao que vinha sendo observado na prática judiciária, determinando: “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”.

O texto afastou-se, nesse ponto, da proposta original contida no PL 4.205/2001, que previa: “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório”. Essa solução era, com todo o respeito, a mais correta, tanto do ponto de vista teórico como sob o aspecto prático.

É que a sanção prevista na Constituição para a prova reconhecida ilícita é a *inadmissibilidade processual*. Isso significa que a prova viciada não pode ter ingresso nos autos do processo; se isso ocorrer, deve ser desentranhada. Mas o mais importante é que, de qualquer modo, não pode ser valorada pelo juiz na decisão (a *inutilizzabilità* do direito italiano).

A impossibilidade de utilização da prova pelo juiz, no processo (*rectius*, em determinado processo) não implica, assim, a necessidade de destruição física da prova ou, mais precisamente, do documento que a contém. É perfeitamente viável que a prova declarada ilícita num determinado processo possa vir a ser utilizada validamente em outro. Pense-se, como exemplo, da situação em que os autores da violação de direito, da qual resultou a prova ilícita, venham a ser processados pelo crime correspondente (tortura, violação de domicílio, interceptação telefônica ilegal etc.). Nesse caso, se inutilizada a prova, como manda a lei, ficaria prejudicada a demonstração do próprio fato praticado para obtê-la. Não se pode descartar, ainda, a hipótese de usar uma prova ilícita *pro reo* em outro processo, como o de revisão criminal.¹⁶

Diante disso, seria mais razoável que o legislador tivesse acolhido a proposta do PL 4.205/2001, prevenido o arquivamento sigiloso em cartório.

Outra observação parece ainda necessária a propósito desse parágrafo 3.º e diz respeito à sua parte final: “facultado às partes acompanhar o incidente”.

O legislador de 2008 reproduziu aqui, parcialmente, o que consta do art. 9.º, parágrafo único, da Lei 9.296/1996, sobre interceptações telefônicas, que prevê que o incidente de inutilização das conversas que não interessarem à prova seja assistido pelo Ministério Público, *facultada* a presença do acusado ou de seu representante legal.

Mas, como sustentado a propósito em trabalho anterior de autoria coletiva, essa previsão da lei de interceptações é de evidente inconstitucionalidade, sendo *imprescindível* a presença das partes, o que significa, em relação à defesa, do acusado e de seu defensor, para garantia da autodefesa e da defesa técnica, ambas constitucionalmente asseguradas.¹⁷

Assim, também na situação agora disciplinada pela Lei 11.690/2008, a presença do Ministério Público, do acusado e do defensor não pode ser simples *faculdade*, mas é de rigor, diante da importância do ato e de seus possíveis efeitos.

4. A EXTENSÃO DO RECONHECIMENTO DA LICITUDE DA PROVA: A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS DERIVADAS DAS ILÍCITAS

Diante do nosso texto constitucional, a consequência do reconhecimento da ilicitude da prova é sua *inadmissibilidade* (art. 5.º, LV1, da CF/1988): os dados obtidos com violação do ordenamento simplesmente não podem ingressar no processo; se, apesar disso, forem incorporados aos autos, não poderão ser *valorados* pelo juiz.

Denre as diversas questões que se apresentam nesse tema, uma das mais tormentosas – e que tem merecido particular atenção –, é a relacionada à *extensão* dos efeitos da ilicitude aos elementos probatórios obtidos com violação dos direitos fundamentais tutelados pela regra de exclusão. Em termos práticos, importa verificar se, constatada a infringência a uma regra do ordenamento, deve ser excluída somente a prova assim conseguida, ou, por *derivação*, devem também ser afastadas eventuais outras provas cuja descoberta somente foi possível a partir daquela inicialmente viciada.

Como tantas outras atinentes à matéria, essa questão foi colocada à Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, em 1920, que a partir de então formulou a chamada

16. GRINOVER, Magalhães e Scarance. *As nulidades...*, cit., p. 127-128.

17. GRINOVER, Magalhães e Scarance. *As nulidades...*, cit., p. 178.

fruit of the poisonous tree doctrine ou *taint doctrine*, segundo a qual a regra de exclusão é aplicável a toda prova maculada – direta ou indiretamente –, por uma investigação inconstitucional; inicialmente formulada em relação à aplicação da IV Emenda, tal doutrina foi também posteriormente aplicada em caso de infringência ao *right to counsel* previsto na VI Emenda.¹⁸

A adoção desse critério não tem levado, entretanto, a uma proibição absoluta da utilização de elementos derivados da prova ilícita pela jurisprudência americana, sendo reconhecidas algumas exceções: assim, tratando-se de uma *independent source*,¹⁹ ou de uma *inevitable discovery*,²⁰ a prova pode vir a ser considerada, o mesmo ocorrendo quando for possível distinguir o meio de obtenção da prova secundária da ilegalidade inicial (*purged taint*).²¹

O tema também tem sido objeto de consideração pela doutrina²² e pela jurisprudência alemãs, que, não sem dissensões, tem-se manifestado

contra o chamado *efeito à distância* (*fernwirkung*) em relação à prova proibida: entende o BGH, por exemplo, que se o acusado é confrontado com o resultado de uma gravação ilícita, as declarações daí resultantes não podem ser valoradas como prova; mas, se nas mesmas condições, menciona fatos novos, estes já não constituem prova ilícita. Em sentido contrário, segundo informa Gössel, o tribunal tem reconhecido um *efeito à distância* em casos de interceptação telefônica quando, através de uma operação autorizada para apuração de um dos crimes catalogados, descobre-se uma prova de outro crime, não relacionado entre os que admitem a interceptação.²³

Apesar das evidentes dificuldades que se apresentam para uma solução uniforme de tais situações, dadas as particularidades de cada caso concreto, parece ser impossível negar *a priori* a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial, não somente por um critério de *causalidade*, mas principalmente em razão da *finalidade* com que são estabelecidas as proibições em análise: de nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz; nessa matéria, importa ressaltar o elemento *profilático*, evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça penal.

Nesse sentido, também no Brasil, a orientação consagrada pelo STF no julgamento do HC 69.912-0-RS, em que prevaleceu voto do Min. Sepúlveda Pertence: "... vedar que se possa trazer ao processo a própria gravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilícitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas".²⁴

18. Jerold H. Israel & Wayne R. LaFave, *Criminal procedure: constitutional limitations*, 4. ed., St. Paul, Minn., West Publishing, 1988, p. 281, v. ainda Grinover, *Libertades...* cit., p. 126 e nota 216.
19. A *independent source limitation* foi reconhecida pela Suprema Corte, no caso *Bynum v. U.S.* (1960): o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais que comprovavam seu relacionamento com um roubo; em razão disso, a prova foi excluída porque derivada da prisão ilegal; num segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do F.B.I.; assim, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária; v. Israel & LaFave, op. cit., p. 283-4.
20. No caso *Nix v. Williams (Williams II)*, de 1984, a Suprema Corte concluiu que a doutrina dos frutos envenenados não se aplica aos casos em que a prova seria inevitavelmente descoberta por uma investigação legal, sem relação com a violação ilegal; v. Israel & LaFave, op. cit., p. 284-6.
21. Foi o que admitiu a Corte Suprema no caso *Wong Sun v. U.S.*, de 1963: após uma série de buscas e prisões ilegais, relacionadas a caso de tráfico de narcóticos, um dos coautores confessou espontaneamente seu envolvimento; entendeu-se, então, que essa confissão voluntária, depois de relaxada a prisão e advertido o acusado sobre seus direitos, atenuou a conexão entre a prisão e a prova obtida, dissipando o vício original; v. Israel & LaFave, op. cit., p. 286-8.
22. Para um quadro das posições mais importantes na doutrina alemã, v. Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Ed., 1992, p. 172 e ss.

23. Karl-Heinz Gössel, *As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*, trad. Manuel da Costa Andrade, Revista portuguesa de ciência criminal, 2(3): 436, 1992.
24. *Lex-Jurisprudência do STF* 183:290-330, 1994. Em caso anterior, decidido antes da Constituição de 1988, o STF não somente reconheceu a ilicitude de gravações clandestinas, mas também determinara o trancamento do inquérito policial instaurado com base nas mesmas, por inexistirem nos autos outros elementos, não contaminados pelo vício, que justificassem o prosseguimento das investigações (RTJ 122/47).

No novo texto do § 1.º do art. 157, o legislador nacional acolheu expressamente a orientação que reconhece a inadmissibilidade processual das provas derivadas da ilicitude inicial, ressaltando, no entanto, duas situações: a) “quando não evidenciado o nexo de causalidade entre duas situações”; e b) “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Em relação à primeira situação, era perfeitamente desnecessária a previsão normativa, na medida em que o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de *prova derivada*.

Mas, apesar de redundante, essa parte do texto legal não parece trazer maiores inconvenientes na sua aplicação.

Mais grave foi o equívoco da lei ao consagrar a exceção da *fonte independente*.

Aqui o legislador afastou-se completamente da noção original fixada na jurisprudência americana, que, como visto, supõe que o dado probatório possa efetivamente duas origens, uma ilícita e outra lícita, subsistindo como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal.

Com efeito, já na parte final do § 1.º, ao empregar o verbo no condicional – “puderem ser obtidas” –, a lei dá a entender que basta a simples *possibilidade* de que a prova viesse a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial.

Não bastasse isso, no § 2.º, aventurou-se o legislador a estabelecer um conceito normativo de *fonte independente* que subverte não só aquela ideia original, mas também coloca em risco a própria *finalidade* da vedação constitucional, que não é outra senão a de coibir atentados aos direitos individuais estabelecidos na Lei Maior.

Ao dizer que “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”, a disposição analisada abre as portas para que, sob esse fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita possa vir a ser convalidada.

Pense-se, como exemplo extremo, numa confissão obtida mediante tortura e na qual o suspeito indique o local em que se encontra uma prova documental. Realizada uma busca e apreensão, com mandado judicial e com observância de todas as formalidades, o documento é apreendido.

Segundo o entendimento consagrado a respeito da inadmissibilidade da prova derivada, essa segunda prova será também ilícita, uma vez que tem como *causa* uma grave violação de direito fundamental. Mais do que isso, admitir tal prova seria, na verdade, incentivar atividades ilegais, como sublinhado no acórdão do STF proferido no HC 69.912-RS, antes mencionado.²⁵

Mas, pelo que se depreende do texto do § 2.º introduzido pela Lei 11.690/2008, nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida de forma regular, bastando que houvesse uma mera *possibilidade* disso. Trata-se, à evidência, de disposição que subverte o espírito da garantia constitucional do art. 5.º, XVI.

Parece ter havido aqui uma confusão do legislador entre as exceções da *fonte independente* e da *descoberta inevitável* consagradas pela jurisprudência norte-americana.

Com efeito, como já anotado, a exceção pela “fonte independente” (*independent source limitation*) foi reconhecida pela Suprema Corte, no caso *Bynum v. U.S.*, de 1960, assim resumido: o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais que comprovavam seu relacionamento com um roubo; a prova foi excluída porque *derivava* da prisão ilegal. Num segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do FBI; assim, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária.

Com outra linha de argumentação, no caso *Nix v. Williams (Williams II)*, de 1984, também antes mencionado, a Suprema Corte concluiu que a doutrina dos frutos envenenados também não se aplicava aos casos em que a prova seria *inevitavelmente* descoberta por uma investigação legal (*inevitable discovery*). Na situação então examinada, o acusado havia matado uma criança e ocultado o corpo. Iniciadas buscas pela Polícia, com a ajuda de cerca de 200 voluntários, o acusado fez uma confissão, ilegalmente obtida, indicando a localização do corpo. A Corte considerou ilegal essa confissão, mas válida a descoberta do corpo, pois era inevitável e não tinha relação com a ilegalidade.

Os fundamentos dessas duas exceções à contaminação da prova são evidentemente diversos: na hipótese de haver uma *fonte independente*, a prova derivada tem concretamente duas origens: uma ilícita e outra lícita,

25. Vide supra, nota 23.

de tal modo que, ainda que suprimida a fonte ilegal, o dado probatório trazido ao processo subsiste e, por isso, pode ser validamente utilizado. Já na situação de *descoberta inevitável*, a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, *por hipótese*, que seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita.

A rigor, no primeiro caso (*fonte independente*) nem mesmo seria correto falar em exceção à regra de contaminação da prova derivada, pois na verdade o que se exclui é a própria relação de causalidade. Esse é, por sinal, o entendimento do Tribunal Supremo espanhol, que tem aplicado o conceito de fonte independente afirmando que não se dá a contaminação da prova derivada quando for possível estabelecer *descorrelação causal* entre a prova que fundamenta a condenação e as obtidas ilicitamente. Daí porque a questão não está colocada como exceção à regra de exclusão, mas como permissão de valorização por não ocorrer derivação de prova inconstitucional.²⁶

Assim mesmo, como antes anotado, na situação de *inevitable discovery*, são circunstâncias especiais do caso concreto (como no exemplo do encontro do cadáver) é que permitem considerar que a prova seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita. Ao contrário disso, o texto legislativo examinado permite que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova derivada por meios legais, o que esvazia, por completo, o sentido da garantia de inadmissibilidade da prova ilícita.

Em resumo, como está redigido, o texto do art. 157 § 3.º é inconstitucional.

5. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PROVA ILÍCITA PRO REO.

A proibição de prova obtida por meios ilícitos ressalta a ideia de que a atividade probatória deve ser limitada diante da tutela conferida pelo ordenamento a outros valores, que se sobrepoem à busca da verdade judicial; enfim é a *ponderação* entre os interesses em conflito que justifica a exclusão.

Essa mesma consideração pode implicar, em outras situações especiais, a prevalência do interesse na obtenção da prova sobre o valor cuja proteção é almejada pela regra de proibição: fala-se, então, em *razoabilidade*.

dade, ou *proporcionalidade*, como princípio que autorizaria a superação das vedações probatórias.²⁷

A apologia desse critério em matéria probatória é muito antiga e, já no sistema das provas legais, a gravidade de certos crimes era invocada como justificativa do instituto da *prova privilegiada*, através do qual se podia qualificar como *plena* (e suficiente, portanto, para a condenação) uma prova meramente indiciária.²⁸

Também na obra de Bentham, inspirada pelas concepções utilitaristas da época, aconselhava-se que a *importância da causa* e a *importância da prova para a decisão* fossem um contrapeso para as limitações postas pela lei à investigação dos fatos: “deve-se escolher entre dois males, pois se trata de pesar e comparar o perigo que resulta à justiça em virtude da falta de provas, e o inconveniente que resulta aos indivíduos pelo incômodo a que estão sujeitos para sua prática”.²⁹

Não são diferentes as razões que inspiram, modernamente, a denominada *teoria da proporcionalidade* em matéria de proibições de prova, sedimentada, sobretudo, na jurisprudência do BGH alemão, com considerável acolhida também em sede doutrinária: afirma-se, em linhas gerais, que a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado de Direito, que, em determinadas circunstâncias, pode justificar o sacrifício dos direitos individuais; à vista disso, entende-se legítima a derrogação de certas regras de exclusão de prova, ditadas pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade.³⁰

27. A *proporcionalidade* tem sido igualmente invocada para superar certas exigências relativas à produção da prova, como ocorre em relação à possibilidade de incorporação ao processo de informações fornecidas por testemunhas *anônimas*, que evidentemente escapam ao controle do contraditório. Vide especialmente Klaus Tiedemann, *Relación general [apresentada no Colóquio Preparatório do XV Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal]*, *Revue internationale de droit penal*, 64:800-1, 1993.

28. Giorgia Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena: la crisi del sistema tra Evo Medio e Moderno*, Napoli, Jovene, 1979, p. 25-26.

29. Jeremias Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, Madrid, 1847, p. 358 ss., apud Gonzalez Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Ed. Colex p. 21, nota 2.

30. Costa Andrade, op. cit., p. 28-34.

26. Sentenças 210/97, 2783/93 e 311/94, citadas por Maximiliano Hairbedian, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002, p. 70, nota 178.

Tal posição não constitui, entretanto, uma unanimidade na doutrina, sendo veementes as críticas daqueles que consideram intolerável uma compressão dos direitos fundamentais para a repressão de determinados delitos, pois isso significa admitir uma banalização dos referidos direitos, cuja eficácia, na matéria examinada, ficaria limitada aos agentes de delitos menos graves, enquanto nas situações de criminalidade mais grave haveria sempre uma frustração da tutela dos direitos fundamentais.³¹

A esses argumentos, cuja validade é indubitosa, poder-se-ia ainda acrescentar que essa disparidade de tratamento conduziria a uma sistemática violação da *presunção de inocência* dos acusados de infrações mais graves, pois à simples imputação já se seguiriam efeitos negativos, não só no âmbito do processo, mas, igualmente, no campo dos direitos constitucionais protegidos pelas proibições de prova mencionadas. Ademais, a qualificação dos fatos, como mais ou menos graves, no limiar das investigações, acabaria fatalmente por abrir um espaço incontrolável à discricionariedade (senão ao arbítrio) dos agentes policiais.

No Brasil, nesse mesmo sentido, é o que se extrai da ementa do HC 80.949-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado pela 1.ª T. STJ, em 30.10.2001: “2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF/1988, art. 5.º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: consequente impetinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estranhas e inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação.” Destaca-se ainda do voto do eminente relator: “De resto, graduar a vedação da admissibilidade e valoração da prova ilícita, segundo a gravidade da imputação, constituiria instituir a sistemática violação de outra garantia constitucional – a presunção de inocência – em relação a quantos fossem acusados ou meramente suspeitos da prática de determinados crimes,” com referência expressa a este trabalho.

Do mesmo teor, observação constante do voto proferido pelo Min. Celso de Mello, como relator do RHC 90.376-RJ: “Cabe ter presente, também, por necessário, que o princípio da proporcionalidade, em sendo

alegado pelo Poder Público, não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Esse postulado, portanto, não deve ser invocado nem aplicado indiscriminadamente pelos órgãos do Estado, ainda mais quando se acharem expostos, a uma nítida situação de risco, como sucedeu na espécie, direitos fundamentais assegurados pela Constituição.”

De qualquer forma, não se pode contestar que a ideia de *proporcionalidade* inspira os textos legislativos destinados a dar maior severidade à repressão do crime organizado, do tráfico de entorpecentes, e de outras expressões mais agudas da criminalidade.³²

Entre nós, o próprio constituinte de 1988 parece ter utilizado tal critério, ao prever a quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer (art. 5.º, XII); e, igualmente, ao considerar certas infrações inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5.º, XLIII e XLIV); trata-se, no entanto, de casos taxativos, não sendo possível inferir sua adoção generalizada, como regra permissiva de outras restrições a direitos fundamentais.

Mas, por outro lado, são semelhantes considerações a respeito da ponderação de interesses que autorizam a admissão da prova ilícita *pro reo*: no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é *superior*.³³

32. É o caso, por exemplo, da legislação antimáfia italiana (Dec.-lei 306, de 08.06.1992, convertido na Lei de 06.08.1992) e da legislação antiterrorismo de diversos países da Europa ocidental; vide especialmente José Miguel Sardinha, O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal, Coimbra, Coimbra Ed., 1989, p. 56 e ss.

33. Edward J. Imwinkelried, The case for recognizing a new constitutional entitlement: the right to present favorable evidence in civil cases, *Utah Law Review* 1:2-3, 1990.

31. Costa Andrade, op. cit., p. 34-8, com referências aos trabalhos de Grünwald, Hassemer, Wolter e Amelung.

Por isso, não há incongruência entre a rejeição do critério da proporcionalidade para a prova ilícita *pro societate* e essas últimas afirmações, uma vez que a estatura dos valores confrontados com o direito à prova – o interesse na punição dos delitos ou a tutela da inocência – é diversa; outrossim, pelo menos na experiência brasileira, raros e excepcionais são os casos em que a defesa se serve de meios ilícitos para a obtenção de provas,³⁴ ao passo que essa mesma prática é sabidamente rotineira na atividade policial.

6. AS PROVAS ILÍCITAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Cabe, por último, fazer referência ao tratamento dado à matéria pelo Projeto de Lei 156/2009, em tramitação no Senado Federal, que propõe um novo Código de Processo Penal para o Brasil.

A referida proposta legislativa disciplina a questão das provas ilícitas em um único artigo, com parágrafo único, que tem a seguinte redação:

“Art. 164. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos.

Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.

A preocupação do Projeto foi a de não se afastar da previsão constitucional do art. 5.º, XVI, limitando-se a incluir referência expressa, no *caput*, à prova ilícita por derivação – provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos –, e, ainda, ao arquivamento sigiloso em cartório da prova declarada inadmissível (parágrafo único).

O que se buscou, portanto, foi superar os inconvenientes de certas disposições introduzidas pela Lei 11.690/2008, que revelam equívocos e imprecisões do legislador, já comentados (v. supra, ns. 3 e 4), capazes de comprometer o alcance da previsão constitucional.³⁵

34. Em julgamento em que se discutira o desentranhamento dos autos de escritos de próprio punho da vítima, juntados pela defesa do réu, o TJ-SP decidiu que o direito à prova ampla não pode ser alargado em demasia, a ponto de ferir direitos outrossim de terceiros, no caso a própria vítima. HC 147.774-3/5, rel. Djalmir Lofrano, RT 698:344-5, 1993.

35. Vide a proposta, Antonio Magalhães Gomes Filho, Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, *Revista de Informação Legislativa*, 46(183):40-1, 2009.

5 La prisión preventiva en el Código Procesal Penal chileno ¿Un intento de coherencia fallido?

ALBERTO BALBONTÍN RETAMALES

Profesor titular de Derecho procesal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMEN: El trabajo que comparece ante el lector, corresponde a un estudio sobre el régimen de la prisión preventiva que se contiene en el Código Procesal Penal chileno, en vigencia desde el año 2000, de sello proclamadamente garantista. Aborda el estatuto legal vigente, y se hace cargo de las modificaciones introducidas en ocho años de aplicación, poniendo de manifiesto una ruta que se advierte como una regresión hacia una modalidad cautelar más restrictiva de las atribuciones judiciales para ponderar los fundamentos de la privación del derecho a la libertad, que no siempre está subordinada a los fines del procedimiento penal y que, tomando distancia de los principios liberales que inspiraron su origen, aparece ahora respondiendo a la necesidad de las autoridades políticas del Estado, por atender los requerimientos y temores de una población crecientemente sensible a la actividad delictual.

Palabras clave: Prisión preventiva – Cautela personal – Chile – Proceso penal – Libertad ambulatoria – Imputado – Garantía – Seguridad ciudadana – Privación de libertad.

Abstract: This paper is a study on the Preventive Custody System included in the Chilean Code of Criminal Procedure in effect since 2000, with a proclaimed stamp guarantee. It addresses the current legal status and the amendments made during its eight year operation, showing a drawback towards a more restrictive and protective mode of judicial powers in order to evaluate the reasons for the deprivation of liberty, which are not always subordinated to the purposes of criminal proceedings and, stepping away from the liberal principles that inspired its foundation, appears currently as a response to the State's political authorities to meet the demands and fears of a population increasingly susceptible to criminal activity.

Keywords: Custody – Personal caution – Chile – Criminal procedure – Freedom of movement – Accused – Security – Public safety – Deprivation of freedom.