

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Eduardo Siqueira Néri

**AS PROVAS ILÍCITAS E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: Fundamento e
elementos para aplicação da regra constitucional de exclusão de provas**

Porto Alegre
2013

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Eduardo Siqueira Néri

AS PROVAS ILÍCITAS E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: Fundamento e elementos para aplicação da regra constitucional de exclusão de provas

Dissertação de mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em direito.

Orientador: Professor Dr. Danilo Knijnik

Porto Alegre
2013

EDUARDO SIQUEIRA NÉRI

AS PROVAS ILÍCITAS E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: Fundamento e elementos para aplicação da regra constitucional de exclusão de provas

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 11 de novembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Danilo Knijnik

Prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

RESUMO

A *prova ilícita* é aquela cujas condutas empreendidas para sua obtenção, formação ou utilização violam prescrições de *direito material*, ou *direitos fundamentais materiais*. A inadmissibilidade de uma *prova relevante*, determinada pela aplicação de uma regra de exclusão de finalidade extraprocessual, implica necessária inobservância do direito fundamental à prova da parte que requer sua admissão e possível óbice à averiguação fidedigna dos fatos relevantes para a causa. O Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, contém uma regra (não um princípio) de *inadmissibilidade*, no processo, das provas ilícitas, que tem por escopo proteger bens jurídicos e por fundamento a capacidade de coibir a adoção de condutas antijurídicas através de um *efeito profilático*. Tratando-se de uma regra (e não de um princípio), uma vez que preenchido o suporte fático da norma, ela deve ser aplicada por *subsunção* (não por *ponderação*), o que não exclui a possibilidade de, ao momento da sua aplicação, verificar-se uma hipótese de *superabilidade*. A *teoria da ponderação de interesses* parte de premissas adequadas à noção de *superabilidade*, contudo, os interesses (razões) a serem ponderados no caso concreto não podem ser determinados somente pela importância do bem jurídico sobre o qual incidirão os efeitos da sentença e daquele que foi afetado pela *prova ilícita*, sendo imprescindível considerar o caráter prospectivo e complementar da proteção conferida pela *regra constitucional de exclusão de provas*. Não existem boas razões para restringir a aplicação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, ao âmbito do processo penal, ou aos casos em que a obtenção, formação ou utilização da prova implica violação de direitos fundamentais; é praticada por um agente estatal; ou é praticada pela própria parte que requer sua admissão. Também não existem bons argumentos para criarem-se requisitos de legitimidade para requerer a exclusão da prova ou aproveitar os efeitos da exclusão. Entretanto, caracterizam hipóteses de *superabilidade* os casos em que aquele que obtém, forma ou utiliza uma prova ilícita possui motivos razoáveis para acreditar na *juridicidade* da conduta por ele empreendida; ou sequer planeja obter meios de comprovação através das condutas adotadas, promover a aplicação da regra não representa qualquer benefício, apenas prejuízos, ao mesmo tempo em que excepcioná-la não implica redução da capacidade de coibir do *efeito profilático*. Por fim, considera-se que a incorporação da teoria dos frutos da árvore venenosa ao direito brasileiro é medida que representa o resguardo da capacidade protetiva da regra constitucional de exclusão de provas, sendo com ela compatível a *exceção de fonte independente*; passível de compatibilização a *exceção de descoberta inevitável*; e incompatível a *exceção de purgação da mácula*.

Palavras-chave: prova ilícita; prova inadmissível; processo civil; exceção de boa-fé; teoria dos frutos da árvore venenosa.

ABSTRACT

Illegally obtained evidence is so called the one whose conducts employed in order to obtain, form or employ it violate material law or fundamental material rights prescriptions. Inadmissibility of a relevant evidence determined by the application of an exclusionary rule of a non procedural purpose implies mandatory non observance of the fundamental right to evidence of that part who requires its admission, as well as possible hindrance to the faithful verification of relevant facts to the lawsuit. The Article 5, item LVI, of the Brazilian Federal Constitution of 1988 contains a rule (and not a principle) of inadmissibility, in the procedure, of illegally obtained evidences, which aims to protect juridical assets and is based upon the capacity of evading the adoption of antijudicial conducts through a deterrent effect. Considering it a rule (and not a principle), once fulfilled its factual support, it must be applied subsumptionally (and not ponderously), what does not exclude the possibility of, at a certain moment of its application, being verified a hypothesis of defeasibility. The interests ponder theory (*teoria da ponderação de interesses*) starts off from suitable premises to the very notion of defeasibility, however interests (reasons) to be pondered in the actual case may not be determined solely by the relevance of the juridical asset which shall be subjected to the effects of the decision and of the one to be affected by the illegally obtained evidence, being vital to consider both the prospective and complementary characters of the protection given by the constitutional evidence exclusionary rule. There are no good reasons to restrict the application of the Article 5, item LVI, of the Federal Constitution to the criminal procedure ambit, or to the cases where the obtaining, formation or usage of the evidence implies violation of fundamental rights; is carried out by a state agent; or is carried out by the very part who requires its admission. There are neither good arguments in order to create requirements of legitimacy for the evidence exclusion or to relish the effects of its exclusion. Nevertheless, characterize hypotheses of defeasibility those cases in which the one who obtains, forms or employs a illegally obtained evidence possesses reasonable arguments to believe in the rightfulness of the adopted conduct; or does not even plan to obtain means of evidence through the adopted conducts, in such a way that to promote the application of the rule does not represent any benefits for the parts, only disadvantages and, at the same time that except it does not imply the reduction of the deterrence capacity of the deterrent effect. Eventually, it is considered that the incorporation of the *fruits of the poisonous tree doctrine* to Brazilian law is a measure that represents the beware of the protective capacity of the constitutional exclusionary rule, being compatible to it, the independent source doctrine, possibly suited, the inevitable discovery exception and unsuitable, the purged taint exception.

Key words: illegally obtained evidence, inadmissible evidence, civil procedure, deterrent effect, good faith exception, fruits of the poisonous tree doctrine.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
2.1 A PROVA EM UM CONTEXTO DE REGULAÇÃO JURÍDICA	14
2.1.1 As provas inadmissíveis e as provas nulas	15
2.1.2 A busca da verdade e o direito à prova enquanto razões para não excluir uma prova relevante do processo	20
2.2 ASPECTOS CONCEITUAIS E TEÓRICOS REFERENTES ÀS PROVAS ILÍCITAS	26
2.2.1 Aproximação conceitual	26
2.2.2 As hipóteses típicas de ilicitude e o conceito de prova ilícita	30
2.3 A PROVA ILÍCITA COMO PROVA INADMISSÍVEL NO DIREITO BRASILEIRO	32
2.4 O FUNDAMENTO E A FINALIDADE DA GARANTIA FUNDAMENTAL DE EXCLUSÃO DE PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS	36
2.4.1 A unidade do ordenamento jurídico	38
2.4.2 A perspectiva unitária sob o prisma constitucional	40
2.4.3 Os fundamentos da(s) exclusionary rule(s) da Bill Of Rights	46
2.4.4 (Segue) O efeito profilático e a proteção de bens jurídicos	51
2.4.5 (Segue) A legitimação da atuação do poder judiciário	57
2.4.6 A garantia como regra de exclusão de função epistêmica	60
2.5 A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA EM SI MESMA	64
2.6 O SUPORTE FÁTICO DA NORMA FRENTE AO ESCOPO DE PROTEGER BENS JURÍDICOS	68
2.6.1 A antijuridicidade da obtenção, formação ou utilização da prova	68
2.6.2 A tutela normativa dos bens jurídicos e a atividade probatória	69
2.6.3 Os preceitos permissivos e a atividade probatória	73
2.6.3.1 <i>A legítima defesa</i>	74
2.6.3.2 <i>O estado de necessidade justificante</i>	80
2.6.3.3 <i>As excludentes, a prova e a tutela de bens jurídicos através do processo</i> ...	82
2.7 A ESTRUTURA DA NORMA E A POSSIBILIDADE DE EXCEPCIONAR SUA APLICAÇÃO ATRAVÉS DE UMA SEGUNDA PONDERAÇÃO	83
2.7.1 As posturas doutrinárias acerca da inadmissibilidade da prova ilícita	85
2.7.2 A opção do constituinte por uma regra e suas implicações	87
2.7.3 A ponderação de interesses como método para verificar a possibilidade de excepcionar a aplicação da garantia	92
2.7.4 (Segue) O dimensionamento dos interesses a ser ponderados	95
2.8 CONCLUSÕES	100
3 OS PRECEDENTES DA U.S. SUPREME COURT E OS CARACTERES GERAIS DE APLICAÇÃO DA EXCLUSIONARY RULE DA BILL OF RIGHTS	103
3.1 A VIOLAÇÃO DA BILL OF RIGHTS COMO PRESSUPOSTO PARA A APLICAÇÃO DA EXCLUSIONARY RULE	105
3.1.1 O caso Boyd e desenvolvimento inicial da exclusionary rule	106
3.1.2 O Caso Weeks e a Quarta Emenda	107
3.1.3 O caso Massiah e a Sexta Emenda	109
3.1.4 O Caso Miranda e a Quinta Emenda	110
3.2 OS DESTINATÁRIOS DO DETERRENT EFFECT DA EXCLUSIONARY RULE	112

3.2.1 A State Action, o caso McDowell e as provas obtidas por iniciativa exclusiva de particulares	113
3.2.2 O caso Mapp e a incorporação da exclusionary rule pelos Estados	116
3.2.2 (Segue) A silver platter doctrine e o caso Elkins	122
3.3 A EXCLUSIONARY RULE E OS PROCESSOS DE NATUREZA CÍVEL	124
3.3.1 O caso Janis e a inaplicabilidade da exclusionary rule aos processos de natureza cível	125
3.3.2 One 1958 Plymouth Sedan e os quasi-criminal proceedings	128
3.4 A LEGITIMIDADE PARA REQUERER A APLICAÇÃO DA EXCLUSIONARY RULE E APROVEITAR SEUS EFEITOS	129
3.4.1 Os casos Jones e a standing for motion to supress	130
3.4.2 O caso Alderman e a incomunicabilidade da legitimidade para requerer a exclusão da prova e aproveitar seus efeitos	133
3.5 OS CASOS LEON E HERRING E A GOOD FAITH EXCEPTION	136
3.6 A FRUITS OF THE POISONOUS TREE DOCTRINE E SUAS LIMITAÇÕES	141
3.6.1 O caso Silverthorne e a contaminação das provas derivadas de conhecimentos ilicitamente adquiridos	142
3.6.2 Os casos Segura e Murray e a independent source doctrine	145
3.6.3 Nix v. Willians e a inevitable discovery exception	148
3.6.4 Os casos Wong Sun, Ceccolini e Elstad e a purged taint exception	151
3.7 CONCLUSÕES	154
4 ELEMENTOS PARA DENSIFICAÇÃO DOGMÁTICA DA REGRA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSÃO DE PROVAS	156
4.1 OS BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS PELA REGRA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSÃO DE PROVAS	157
4.2 OS DESTINATÁRIOS DA GARANTIA E OS “DESTINATÁRIOS” DO EFEITO PROFILÁTICO	163
4.2.1 O objetivo de coibir desvios de conduta por parte de policiais, de agentes estatais em geral e de particulares	165
4.2.1.1 A perspectiva vinculada à determinação dos destinatários dos direitos fundamentais	168
4.2.1.2 A posição adotada: o dever de proteção do Estado em face das condutas empreendidas por particulares	172
4.2.1.3 (Segue) A jurisprudência dos tribunais brasileiros	175
4.2.2 O efeito profilático e as provas ilícitas obtidas por terceiros em favor da parte interessada	178
4.3 A APLICABILIDADE DA GARANTIA NO PROCESSO PENAL E NO PROCESSO CIVIL	179
4.4 A LEGITIMIDADE PARA EXIGIR A APLICAÇÃO DA GARANTIA E APROVEITAR SEUS EFEITOS	185
4.5 AS LIMITAÇÕES FUNCIONAIS DA REGRA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSÃO DE PROVA COMO RAZÕES PARA EXCEPCIONAR SUA APLICAÇÃO	188
4.5.1 A conduta antijurídica adotada sem o escopo de obter ou formar provas	190
4.5.2 Os erros de avaliação e a putativa juridicidade da conduta	191
4.5.3 (Segue) As limitações funcionais em contextos de divisão de tarefas e atribuições relacionadas à atividade probatória	193
4.5.4 A superabilidade da regra diante de situações de limitação funcional	195
4.6 A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO	198

4.6.1 Escorço sobre a assimilação da fruits of the poisonous tree doctrine pelo direito brasileiro	199
4.6.2 O fundamento da contaminação e a derivação como seu pressuposto .	202
4.6.3 A mitigação da ilicitude por derivação no direito brasileiro.....	205
<i>4.6.3.1 A compatibilidade da teoria da fonte independente.....</i>	<i>208</i>
<i>4.6.3.2 Compatibilizando a exceção de descoberta inevitável</i>	<i>210</i>
<i>4.6.3.3 A incompatibilidade da purged taint exception</i>	<i>216</i>
4.7 CONCLUSÕES	217
5 CONCLUSÃO	219
REFERÊNCIAS.....	231

1 INTRODUÇÃO

Este estudo é dedicado ao exame da prescrição de *inadmissibilidade das provas ilícitas no processo*, encartada na Constituição de 1988 no rol de direitos e garantias fundamentais do Artigo 5º, naquilo que se refere ao âmbito do processo civil.

O objetivo não é realizar um apanhado de todos os aspectos da regulação jurídica da prova, mas, sim, discutir o fundamento e a finalidade da aplicação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal; compreender sua relação com os critérios adotados para determinar sua aplicação diante do caso concreto; além de determinar se – e em que casos – mostra-se possível e conveniente admitir, no processo, uma *prova ilícita*.

A importância desta análise reside na constatação de que a aplicação da regra de exclusão das provas ilícitas tende a avançar contra aspectos determinantes para a configuração de um *processo justo*: (1) o direito de a parte utilizar, no processo, todas as provas relevantes de que dispõe para comprovar suas alegações – ao qual se atribui caráter de *direito fundamental processual*, resultando disso a enunciação de um *direito fundamental à prova*; e (2) a possibilidade de o órgão jurisdicional obter, através da valoração da prova, uma conclusão acerca das alegações fáticas que corresponda à *realidade empírica* – correspondência que é aqui compreendida como requisito indispensável para uma *decisão justa*.

Diante da nocividade dos efeitos da aplicação da regra, propõe-se que os dois aspectos suprarreferidos sejam encarados como argumentos que, necessariamente, colocam-se em oposição àqueles que subjazem à razão de ser da prescrição de *inadmissibilidade das provas ilícitas* e, considerando a significativa importância desses aspectos, promove-se a indispensável tarefa de examinar se existem hipóteses em que, mesmo diante da ilicitude probatória, é possível conceber que esses argumentos se revestem de força suficiente para prevalecer sobre aqueles que dão sustentação à aplicação da garantia.

Essa problemática – inerente à inadmissibilidade das *provas ilícitas* – é recente para o direito brasileiro, que somente intensificou sua abordagem em meados da década de 70 do século XX, mas que não tem uma história muito mais antiga em outros ordenamentos jurídicos. Pode-se dizer que, mesmo em uma escala global, até o início do século XX, pouco se discutia sobre a questão.

Ao mesmo tempo, além de recentes, as discussões doutrinárias acerca do tema são travadas preponderantemente no âmbito do processo penal, ficando praticamente adstritos a este ramo do direito também os desenvolvimentos promovidos pela jurisprudência dos tribunais pátrios e estrangeiros.

Isso não significa, entretanto, que haja uma absoluta escassez de fontes para pesquisa e desenvolvimento da dissertação.

As contribuições da doutrina de direito processual civil, mesmo que pontuais, revestem-se de grande importância e não podem ser desprezadas, ao mesmo tempo em que muitos dos desenvolvimentos geneticamente relacionáveis ao processo penal são, na verdade, argumentos de caráter geral, cuja análise é pertinente para qualquer ramo do direito processual.

Diante desse quadro, apesar de o estudo ser direcionado ao processo civil brasileiro, muitas serão as referências à doutrina e jurisprudência estrangeiras que, mesmo quando relacionadas a questões de natureza criminal, revelam-se pertinentes aos propósitos desta dissertação.

Para explorar o tema, dividiu-se o trabalho em três partes.

Na primeira parte serão fornecidos os pressupostos teóricos para a compreensão do objeto de estudo; referidos alguns antecedentes históricos correlatos à inadmissibilidade das provas ilícitas no direito brasileiro; determinados o fundamento e a finalidade do instituto; abordados alguns aspectos atinentes ao preenchimento do suporte fático do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal; analisada a relação entre a definição da *estrutura da norma* e a possibilidade de excepcionar sua aplicação; bem como se submeterá a considerações críticas a proposta da *teoria da ponderação de interesses*.

Com relação aos pressupostos teóricos, iniciar-se-á com uma breve abordagem do contexto de regulação jurídica da prova, através da qual se pretende esclarecer o impacto negativo que esta pode ter com relação ao *direito à prova* e à *busca da verdade*; determinar as diferentes funções que podem assumir as prescrições de inadmissibilidade da prova; e demonstrar a diferença entre a *prova inadmissível* e a *prova nula*. Logo após, será realizada uma aproximação conceitual do termo *prova ilícita* e referidas hipóteses em que tipicamente ela se configura.

Em seguida, serão feitas algumas digressões acerca de precedentes do Supremo Tribunal Federal anteriores à promulgação da atual Carta Magna, mas através dos quais foi determinada a inadmissibilidade de *provas ilícitas*

independentemente de expressa determinação do legislador (constituente ou ordinário).

Com relação ao fundamento e a finalidade do instituto, serão analisadas cinco linhas de argumentação através das quais é sustentada a inadmissibilidade das provas ilícitas; duas delas estreitamente ligadas ao direito alemão; outras duas nascidas no seio da Suprema Corte norte-americana; e um quinto argumento desvinculado de uma origem específica.

A compreensão das hipóteses em que preenchido o suporte fático do instituto – de essencial importância para a sua aplicação – será realizada tendo por esteio seu fundamento e finalidade.

A relação entre a estrutura da norma e a possibilidade de excepcionar sua aplicação, por seu turno, será definida pelo entrelaçamento de diferentes posicionamentos, uns a compreender que a garantia fundamental define-se como uma *regra* e outros que defendem tratar-se de um *princípio*. À luz das constatações sobre esse debate, será procedida uma análise dos parâmetros que, de acordo com a *teoria da ponderação de interesses*, servem para definir os casos em que uma prova ilícita pode e deve ser admitida.

Concluída essa primeira etapa, com a identificação do fundamento para aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas* como sendo o mesmo que aquele emprestado pela *U.S. Supreme Court* à *exclusionary rule* da *Bill Of Rights*, o estudo será conduzido – em sua segunda parte – para uma análise preponderantemente descritiva dos precedentes da Suprema Corte que trazem argumentos de ordem geral e que conduzem a aspectos peculiares da aplicação da *exclusionary rule* em relação às prescrições do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

A análise será feita com vistas a verificarem-se compatibilidades e incompatibilidades entre a *regra de exclusão* da constituição brasileira e da norte-americana, buscando, sobretudo, intensificar a problematização que cerca o Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal brasileira, e obter subsídios argumentativos que permitam encaminhar relevantes discussões relacionadas à sua aplicação, como a necessidade de excepcioná-la diante de determinadas circunstâncias, ou ainda, de promovê-la diante de outras hipóteses.

A partir da análise de seis caracteres essenciais de aplicação da *exclusionary rule* da *Bill Of Rights*, definir-se-ão os problemas objeto de abordagem na terceira e derradeira parte do estudo.

Na terceira etapa, com base em cinco dos caracteres de aplicação da *exclusionary rule* da *Bill Of Rights*, discutir-se-á a possibilidade de definir-se “aprioristicamente” que as *provas ilícitas* sejam consideradas admissíveis: (1) quando a obtenção, formação ou utilização da prova não repercutir em violação de um direito fundamental; (2) em casos nos quais a conduta antijurídica for praticada por um particular (e não por um agente estatal); (3) em processos não penais; (4) com base em critérios de legitimação para requerer sua exclusão e aproveitar seus efeitos; (5a) em hipóteses em que a conduta que determina a obtenção ou a formação da prova não seja adotada com o intuito de comprovar um fato; (5b) diante de casos em que aquele que obtém, forma ou utiliza a prova tem razoáveis motivos para acreditar na juridicidade da sua conduta.

O sexto caractere de aplicação da *exclusionary rule*, por seu turno, fomentará o (6) debate acerca da real necessidade de incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro a *doutrina da ilicitude por derivação* – na esteira do que preconiza a *fruits of the poisonous tree doctrine* –; bem como em torno da conveniência de promover sua mitigação em termos similares ao proposto pela *independent source doctrine*, pela *inevitable discovery exception* e pela *purged taint exception*.

Através do enfrentamento dessas discussões, espera-se ter por determinado se e quais dos aspectos inerentes a aplicação da *exclusionary rule* da *Bill Of Rights* encontram-se afinados ao fundamento e finalidade do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal brasileira, e mostram-se compatíveis com sua *estrutura normativa*, de forma a propor que, com relação a eles, seja realizada uma adaptação dos critérios hodiernamente empregados para a aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas*.

2 A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O texto do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, sendo a prescrição usualmente associada à ideia de *inadmissibilidade das provas ilícitas*.

A compreensão do instituto, portanto, não prescinde de uma abordagem daquilo que se compreende por *prova inadmissível* e por *prova ilícita*, mas, mais que isso, depende de algumas considerações gerais – ainda que concisas – sobre a maneira como a *regulação jurídica da prova* acarreta impacto negativo ao *direito à prova* e à *busca da verdade* através do processo.

Assim, por primeiro, serão realizadas breves considerações para situar a *prova inadmissível* em meio ao contexto de regulação jurídica da prova no direito brasileiro, bem como para esclarecer como podem ser afetados o *direito à prova* e à *busca da verdade* diante da aplicação de uma *regra de exclusão*.

Após, será realizada uma aproximação conceitual do termo *prova ilícita*, que, para o fim de compreender sua abrangência, será complementada pela análise das hipóteses típicas de ilicitude da prova.

Em seguida, breves digressões serão feitas com relação a precedentes do Supremo Tribunal Federal em que determinada a inadmissibilidade de provas ilícitas mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Superada essa tarefa inicial, tendo por premissa que a existência de uma determinação de *inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos* representa um possível prejuízo à possibilidade de obter-se a *verdade* e atender-se o *direito à prova* da parte, buscar-se-ão seus subsídios teóricos, sua razão de ser e seus escopos.

Desse modo, o trabalho será realizado com vistas a determinarem-se os argumentos que subjazem à opção valorativa conscientemente adotada pelo Constituinte por ocasião da elaboração do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, e também para possibilitar toda a análise que será posteriormente realizada com relação à sistemática de aplicação da *regra constitucional de exclusão de*

provas,¹ como forma de garantir que se apresente coerente com os propósitos para os quais ela foi concebida.

A partir desse ponto, iniciar-se-ão as abordagens referentes à aplicação da garantia, analisando-se desde a correlação entre seu *suporte fático* e sua *finalidade*, até questões atinentes à sua *estrutura normativa* e à possibilidade (ou impossibilidade) de excepcioná-la. Em meio a essa última análise, será objeto de considerações críticas a proposta da chamada *teoria da ponderação de interesses*.

2.1 A PROVA EM UM CONTEXTO DE REGULAÇÃO JURÍDICA

Inserida em um complexo sistema de regulação jurídica, a *prova* – compreendida como *atividade probatória*² – encontra restrições cuja inobservância resulta na qualificação de seus resultados – a *prova* compreendida como meio de comprovação – como inaptos para ter efeitos sobre o convencimento do julgador.

Todavia, embora a *antijuridicidade* seja um traço comum da *prova* que, em razão de sua desconformidade com preceitos elencados no ordenamento jurídico não pode ser considerada durante a atividade de livre valoração da prova pelo magistrado, isso não significa que toda a regulação jurídica da prova tenha um fundamento unívoco.

Em verdade, as muitas restrições impostas pela regulação jurídica da prova possuem diferentes razões de ser, do que decorrem diferentes consequências jurídicas pela inobservância de suas prescrições.

¹ Utiliza-se o termo *regra de exclusão* na medida em que se compreende que “as normas que dizem respeito – também no campo da linguagem legislativa – à admissibilidade das provas; trata-se, em realidade, de regras de exclusão de provas que, na falta de tais regras, seriam admitidas por serem relevantes.”(TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 170–171).

² É importante ter em mente que, mesmo no processo o termo prova pode ter diferentes significados, conforme lecionam Marinoni e Arenhart, o termo “pode significar os instrumentos se que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, [...] pode representar o procedimento por meio do qual tais instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo – esse é o espaço em que se alude à produção da prova. De outra parte, prova também pode dar a ideia de atividade lógica, celebrada pelo juiz, para o conhecimento dos fatos (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 55). E, finalmente, tem-se como prova ainda o resultado da atividade lógica de conhecimento.” [...] Entretanto, conforme lecionam Alvaro de Oliveira e Mitidiero, “a doutrina dominante encara-a como atividade – *prova* constitui *atividade* que visa à *verificação da verdade* de *afirmações* formuladas pelas partes relativas, em geral, a *fatos* e, excepcionalmente, a *normas jurídicas*” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 2. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2, p. 52-53).

E tanto com relação aos motivos por que a *prova* pode repercutir em antijuridicidade, quanto em razão das consequências passíveis de ser impostas à prova antijurídica, é comum realizarem-se conceituações pela doutrina com a finalidade de classificar as situações apresentadas, bem como conferir-lhes o tratamento adequado frente à sua evidência.

Nesses termos, é essencial para este estudo determinar aquilo que se compreende por *prova inadmissível*, estabelecendo a diferença entre este *perfil de antijuridicidade* e aquele da *prova nula*.³

Após as suprarreferidas digressões, seguirão breves considerações acerca do impacto negativo que a exclusão de uma prova, por inadmissível, tem sobre o *direito à prova* e à *busca da verdade* e a possibilidade de essas duas figuras serem encaradas como razões para não aplicar uma regra de exclusão no processo.

2.1.1 As provas inadmissíveis e as provas nulas

Os termos *prova nula* e *prova inadmissível* correspondem a distintos perfis de antijuridicidade da prova. O primeiro está ligado à inobservância de determinadas limitações de *tempo* e *forma* impostas à atividade probatória desempenhada pelos sujeitos processuais; enquanto o segundo configura-se, ordinariamente, em razão de prescrições legais derivadas de uma “valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de

³ Não se alude à *prova irrelevante* porquanto sua inadmissibilidade não é condicionada a um filtro de motivações jurídicas para admiti-la. Conforme aduz Jordi Ferrer Beltrán, a análise de *relevância* da prova pode ser encarada como um verdadeiro filtro epistemológico através do qual apura-se uma limitação intrínseca à prova, (BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La Valoración Racional de La Prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 42) Em sentido similar, Michelle Taruffo aduz que “a relevância não é propriamente uma qualidade da prova, se não um aspecto constitutivo da mesma” (TARUFFO, Michele. **La Prueba de los hechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 365.) É aspecto constitutivo da prova porque a própria definição de prova guarda relação com o seu objeto, as alegações sobre os fatos. Caso não seja possível traçar um caminho lógico entre a prova da qual se requer a produção e o fato qual se quer provar, sequer haveria sentido em chamá-la de prova, as propriedades persuasivas e demonstrativas da prova *são para aquilo que se precisa provar*, e nada mais. Já a análise acerca da *relevância da prova* pode ser considerada um filtro epistemológico porque tem por função evitar que a produção da prova converta-se em ato protelatório, de forma a converter-se em alto custo desde a perspectiva da *economia processual* e da *celeridade*. Para Jordi Ferrer Beltrán a *relevância* é a única limitação intrínseca a que está sujeita propositura da prova e assim, “a devida proteção a este direito supõe que os juízes e tribunais devem admitir todas as provas relevantes trazidas pelas partes.”

prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz.”⁴

Sobre a primeira dessas figuras – a *prova nula* – há que se considerar, conforme assevera Antônio Magalhães Gomes Filho, “a atividade processual deve ser realizada segundo modelos traçados pelo legislador, cuja observância constitui a melhor forma de assegurar a participação dos interessados e a correção dos provimentos judiciais.”⁵

Inserida nesse contexto, toda *atividade probatória* que corresponda, necessariamente, a um *ato processual*, estará sujeita a uma análise de correspondência entre a *forma* dos atos praticados, com relação à *forma* designada como a adequada para a sua realização.

E, no que tange aos meios de prova, é a inobservância de um desses requisitos de *forma*, ínsitos à regularidade do procedimento e, em específico, para o atinente à *conformação dos elementos de juízo*⁶ que dá lugar ao que se chama de *prova irregular*.⁷

Uma vez não observado o modelo procedimental traçado pelo legislador, é possível que a *prova irregular* venha a ser decretada inválida, resultando disso a chamada *prova nula*, carente de *eficácia probatória*.

Antes do decreto de nulidade, contudo, mostra-se possível recorrer-se aos postulados próprios do regime de nulidades dos atos processuais, como a *ausência de prejuízo* e o *alcance da finalidade*⁸ do ato para verificar se, em razão do desvio de forma evidenciado, há real necessidade de decretar a nulidade do ato, ou se não

⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 95.

⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 93.

⁶ A conformação dos elementos de juízo é, conforme leciona Jordi Beltrán, um dos três momentos logicamente distintos e sucessivos em que dividida a *atividade probatória*. Por primeiro, realiza-se a conformação dos elementos de juízo com base nos quais se adotará a decisão, após, estes elementos são objeto de valoração e, por fim, no terceiro momento, advém propriamente a adoção da decisão, *Cfr.* FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 36.

⁷ O termo não possui ampla adesão, mas preferimos fazer menção à prova irregular ao invés de referirmo-nos, por exemplo, a uma chamada *prova invalidamente constituída*, como faz Isabel Alexandre. Existe uma aparente contradição em referir que a prova é inválida porquanto constituída de determinada forma, porque o reconhecimento da invalidade (nulidade) do ato processual não é declarado, mas sim decretado, tão somente após a verificação da impossibilidade de ser aproveitado ou convalidado.

⁸ Sobre isso, consta no Artigo 244 do Código de Processo Civil de 1973 que “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, a lhe alcançar a finalidade.”

existem óbices a que continue tendo os efeitos pretendidos, caso em que a irregularidade, por si só, não será prejudicial ao aproveitamento do *meio de prova*.

Além disso, mesmo que sobrevenha o decreto de nulidade, permite-se que os atos de constituição da *prova irregular*, já decretada *nula*, sejam sanados, através de atos específicos que tenham o condão de dirimir os prejuízos causados e atender a finalidade do ato viciado, ou, ainda, através da simples repetição do ato.⁹

A necessária observância do *contraditório* durante a atividade de *conformação dos elementos de juízo* é útil para compreender-se que a irregularidade da prova pode ser evidenciada tanto com relação à *prova constituenda*, como com relação à *pré-constituída*. É certo que uma vez requerida a *produção* de uma prova em juízo, o *contraditório* deve ser respeitado para, possibilitando que a parte adversa participe e influencie da sua formação, no entanto, mesmo que se trate de uma *prova pré-constituída*, formada fora do processo, é indispensável conferir à parte adversa a oportunidade de impugnar sua admissibilidade. Em ambos os casos, caso não seja observado o contraditório, a prova deverá ser tida como irregular e, diante disso, sujeita ao regime de nulidades processuais.

No que diz respeito às limitações de *tempo* impostas à *atividade probatória* pela *regulação jurídica da prova*, é pertinente observar que não se deve confundir a *prova nula* com a *ineficácia do requerimento de prova*; mesmo assim, é possível estabelecer relação entre uma e outra figura. Caso um requerimento de prova seja apresentado fora dos prazos legais, mas, ainda assim, seja analisado, e a prova através dele requerida seja admitida, o *ato processual* de admissão poderá ser considerado inválido e, em sendo, a prova admitida, enquanto efeito do ato inválido, também será considerada *nula*, tendo seus efeitos cassados. Não se trata aqui, propriamente, de *prova ineficaz*, mas sim de um *ato jurídico ineficaz* praticado no processo, na sequência do qual foi praticado um ato processual inválido e que acabou por contaminar a prova, mesmo que relevante para o caso.¹⁰

⁹ Um exemplo é dado por Antônio Magalhães Gomes Filho, quem, ao discorrer sobre a *prova nula*, assevera que “a colheita de uma prova testemunhal, sem que se dê a oportunidade de reperguntas a uma das partes, pode vir a ser declarada *nula*, mas, se não tiver ocorrido prejuízo para aquela mesma parte, não se cogitará da invalidação do ato; ou, então, reconhecida a nulidade, o ato poderá ser renovado, com observância do contraditório, e nada impedirá a valoração do novo depoimento pelo juiz” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 93).

¹⁰ Trata-se de hipótese chamada por Maria Thereza Rocha de Assis Moura de “nulidade que vicia a prova”, *Cfr.* ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 92.

O regime de tratamento apropriado para a chamada *prova irregular* é, portanto, aquele estabelecido pelo Código de Processo Civil de 1973 para a nulidade dos atos processuais.

Afora os desvios de *tempo* e de *forma* do procedimento probatório, para os quais se mostra apropriado aplicar-se o regime de nulidades dos *atos processuais*, existem prescrições legais que versam sobre a *inadmissibilidade* da prova.

A *inadmissibilidade* é a consequência jurídica estabelecida em razão de uma determinada limitação imposta pelo ordenamento jurídico à atividade probatória e que tem por escopo imediato impedir que uma *prova relevante* seja objeto de valoração por parte do magistrado.

Sobre isso, uma primeira observação importante é que, embora o *juízo de admissibilidade* da prova se dê ao momento de apreciar um *requerimento de prova*, caso uma *prova inadmissível* seja admitida ou produzida no processo, deve-se fazer cessar a própria *eficácia probatória* do elemento de comprovação.

Pode-se dizer, portanto, que a qualificação *prova inadmissível*, que serve ao indeferimento do requerimento de prova, equivale a uma verdadeira *regra de exclusão de provas*. Assim, na medida em que as disposições do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, referem-se “à *inadmissibilidade* das provas obtidas por meios ilícitos”, podem elas ser consideradas elementos de uma *regra constitucional de exclusão de provas*.

De outro aspecto, deve-se dizer que os efeitos da *inadmissibilidade* desempenham diferentes funções, tanto em razão dos próprios objetivos do processo – *finalidade processual* – como também de objetivos alcançáveis através do processo – *finalidade extraprocessual*.¹¹

Essa multifuncionalidade está ligada ao fato de que a avaliação prévia feita pelo legislador, com base na qual determina a *inadmissibilidade*, pode ter diferentes fundamentos e finalidades.

¹¹ Cfr. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 95. A referida distinção, colhida dos ensinamentos de Antônio Magalhães Gomes Filho tem sua origem em análise promovida por Mirjan Damaska (DAMASKA, Mirjan R. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. **University of Pennsylvania Law Review**, n. 121, p. 513-525, 1973. p. 513. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1591>. Damaska divide as *Admissibility rules* em *Rules Designed to improve Factfinding Accuracy* e *Rules Governed by Considerations Extraneous to Truth-finding*. No mesmo sentido as lições de Michele Taruffo, acerca dessa distinção quanto às funções das regras de exclusão, Cfr. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 171.

A finalidade processual de uma vedação geralmente está ligada à própria função que exerce a *prova* no processo e baseada em critérios epistemológicos, “excluindo provas que poderiam levar o julgador a considerações estranhas à pesquisa da verdade”.¹²

A prova será inadmissível em razão de uma finalidade extraprocessual quando as regras de exclusão são “destinadas a que se alcancem fins de outra natureza”¹³, “como ocorre em relação à inadmissibilidade de provas cuja obtenção importe em violação de outros direitos, especialmente aqueles de natureza fundamental, inscritos na Constituição.”¹⁴

Ou seja, de um lado, a inadmissibilidade de algumas provas com base em critérios epistemológicos tem manifesto objetivo de garantir, tanto quanto possível, que o conjunto probatório que será alvo de apreciação pelo magistrado não contenha elementos de prova pouco confiáveis, em razão de determinadas situações que lhe são peculiares.¹⁵

E ao lado das limitações de cunho epistemológico, a regulação jurídica da prova cuida, ainda, de, através da *inadmissibilidade*, assegurar a preservação de outros valores. Tal se dá no direito brasileiro pela cominação de certos *privilégios* e *imunidades*; por meio do disposto no Artigo 5º, inciso LVI, a Constituição Federal, o qual prescreve a *inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*; e através da prescrição de inadmissibilidade da *prova moralmente ilegítima*, que pode ser depreendida do Artigo 332 do Código de Processo Civil.

¹² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 95.

¹³ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 171.

¹⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 95.

¹⁵ Um excelente exemplo é o disposto no Artigo 228 do Código Civil Brasileiro, qual dispõe sobre a inadmissibilidade de testemunhas em razão de determinadas circunstâncias peculiares: “Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas: I - os menores de dezesseis anos; II - aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil; III - os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam; IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes; V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade. Parágrafo único. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.” Mediante uma rápida análise, fica bastante claro que a regra de inadmissibilidade insculpida no artigo 228 do Código Civil trata-se de uma limitação de prova que visa a seleção de material que será destinada à apreciação do magistrado. Porém, a referida limitação não pode ser considerada absoluta, porquanto, o rigor da seleção é atenuado nos casos em caso de incidência do *parágrafo único* do Artigo 228 do Código Civil e em razão do §4º do Artigo 405 do CPC, justamente em circunstâncias em que tais declarações sejam estritamente necessárias.

Na esteira do que leciona TARUFFO, essas normas “orientadas à tutela de interesses extraprocessuais”, podem ser rotuladas como *contraepistêmicas*, visto que “operam tipicamente no sentido de reduzir ou eliminar a possibilidade de que se produzam provas relevantes para a apuração da verdade”.¹⁶

Agrega-se à lição do mestre italiano a colocação de que essas normas também vão contra o *direito fundamental à prova*¹⁷ da parte, especialmente no que se refere ao direito de ter admitidos todos os elementos de prova relevantes disponíveis para comprovar suas alegações.

A compreensão desses efeitos negativos, desde seus pressupostos, é o objetivo da análise realizada no apartado que segue.

2.1.2 A busca da verdade e o direito à prova enquanto razões para não excluir uma prova relevante do processo

A exclusão da prova tem um impacto negativo que pode ser explicado partindo-se de um enfoque pragmático e que toma em consideração a importância da prova para as partes e sua *relação teleológica* com a verdade.

Esse enfoque pragmático, no entanto, pode ser reconduzido a uma abordagem preponderantemente teórica acerca das relações entre *garantias processuais* e a *busca da verdade* como referenciais para a estruturação de um

¹⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 180.

¹⁷ Conforme leciona Eduardo Cambi, duas são as perspectivas pelas quais se pode afirmar a existência de um direito fundamental à prova, uma *interna* e outra *externa* ao texto Constitucional. Desde a *perspectiva interna*, assevera Cambi que o Direito a prova poderia ser compreendido tanto da noção de *direito ao processo justo*, para ele conteúdo do disposto no Artigo 5º, XXXV, da Carta Constitucional, quanto a partir da garantia do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil). Da *perspectiva externa*, por sua vez, o direito à prova derivaria de pactos internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil e que trazem em seu texto a previsão de direito à prova, sendo que sua incorporação ao texto constitucional brasileiro dar-se-ia pela aplicação da regra do Artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, o qual dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, Cfr. CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 34, p. 143–159, 2000. p. 150. De outra perspectiva, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni sustentam ser possível concluir pela existência de um direito fundamental à prova através de uma interpretação a *contrario sensu* do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que dispõe sobre a vedação à admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos. Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 655. No mesmo sentido: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2. p. 78-79.

processo justo, que não prescinde de uma *decisão justa*, nos termos propostos por Michelle Taruffo.¹⁸

Parte-se da ideia de que, em virtude da “ignorância do juiz quanto aos fatos relevantes para o julgamento, é indispensável dotar o processo de meios capazes de tirar seu espírito do estado de obscuridade e iluminá-lo com a representação da realidade sobre a qual se julgará”.¹⁹

Ao mesmo tempo, considera-se que o meio apto para representar a verdade sobre as alegações²⁰ acerca dos *fatos relevantes*²¹ para a decisão da causa é a *prova*, que aporta no processo em razão de atividade desenvolvida eminentemente pelas partes²².

Estas, através de requerimentos de admissibilidade das provas de que dispõe – sejam *pré-constituídas*²³ ou *constituendas*²⁴ – desincumbem-se do seu ônus de

¹⁸ Conforme aduz Michele Taruffo “o processo é justo se sistematicamente orientado a fazer com que se estabeleça a verdade dos fatos relevantes para a decisão; é, por outro lado, injusto na medida em que for estruturado de modo a obstaculizar ou limitar a busca da verdade, já que no caso o que se limita é a justiça da decisão com que o processo se conclui.” (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 143). O autor faz uma interessante reflexão acerca da noção de *processo justo*, defendendo que ela deve ser compreendida como mais do que a exigência de uma *procedural justice*, segundo a qual “tem-se um processo justo quando são postas em prática todas as garantias processuais fundamentais e, em particular aquelas que concernem às partes,” de modo a “além de assegurar que se ponham em prática as garantias, faça com que nele se obtenham decisões justas”, Cfr. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.p. 141.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3, p. 44.

²⁰ Conforme aduz Antônio Carrata, não são propriamente os fatos que constituem o *objeto da prova*, mas sim as *afirmações das partes quanto aos fatos* sobre os quais sustentam suas teses em prol da procedência ou improcedência de uma demanda específica. Dessa forma, toda vez que utilizadas expressões como “prova da verdade de um fato” seria de reputá-la correta somente como abreviação de uma fórmula mais ampla: “prova, no processo, da verdade das afirmações de existência de um fato”. (CARRATA, Antonio. *Funzione dimostrativa della prova*. **Rivista di Diritto Processuale**, Milano, v. 56, n. 1, 2001. p. 73.)

²¹ A prova é irrelevante quando não contribui com a solução de uma questão de fato, mas a *irrelevância* da alegação configura-se quando as alegações da parte, “embora se refiram a causa, não influem na decisão.” (MILHOMENS, Jônatas. **A prova no processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 11).

²² “As partes narram os fatos e visam à prova das respectivas alegações com *escopo* bem determinado: induzir o juiz a considerar *provada* a narrativa empreendida.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 2. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2, p. 53).

²³ Conforme leciona Michele Taruffo, as provas pré-constituídas recebem esse nome por se formarem antes e fora do processo, como acontece com os documentos de qualquer gênero. Em geral, essas provas são produzidas de modos bastante simples, consistentes em sua produção e inserção nos autos do procedimento” (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 180).

²⁴ As provas constituendas, por sua vez “recebem esse nome porque se formam no processo, através de procedimentos que são geralmente objeto de uma disciplina bastante detalhada” (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 181)

comprovar os fatos que alegam²⁵ e expressam seu direito de influenciar nos rumos da decisão judicial, atuando para conformar um conjunto de elementos a ser livremente valorado pelo magistrado com vistas a proferir uma decisão fundamentada,²⁶ em que são expostas suas conclusões acerca das questões cuja resolução é vital para a procedência ou improcedência da demanda, entre elas o grau de confirmação das *hipóteses* surgidas em razão das alegações fornecidas pelas partes.

Tendo em consideração a vedação do *non liquet*, a aplicabilidade do *ônus da prova como uma regra de juízo*, e o caráter probabilístico (relativo, portanto) das proposições inferíveis de um elemento de prova,²⁷ pode-se, ao mesmo tempo, dizer que: (1) a possibilidade de as partes influenciarem nos rumos da decisão, cujos efeitos afetarão suas respectivas esferas de direitos, depende da possibilidade de munirem o conjunto de provas com tantos elementos quantos forem possíveis para corroborar suas alegações; e (2) a possibilidade de o magistrado proceder a uma averiguação fidedigna dos fatos relevantes para o caso depende desse conjunto de provas.

O primeiro desses aspectos refere-se ao *direito à prova*, a partir do qual se compreende que a parte tem um verdadeiro direito a ver admitidas todas as *provas relevantes* que tenha à sua disposição para comprovar suas alegações; e que “trata-

²⁵ A teor do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro, que prescreve que “o ônus da prova incumbe [...] ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito” e “[...] ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, as partes, por ser de seu interesse e por terem melhores condições de captar as *fontes de prova*, devem envidar esforços para comprovar as suas alegações, requerendo a admissão e produção de todos os elementos necessários para comprovação de suas alegações.

²⁶ *Decisão livre* em contraposição ao que ocorre em um *sistema de prova legal*, em que, conforme aduz Pedro Luiz Pozza, o legislador tem especial influência sobre a prova na medida em que “prefixa juízos valorativos ao estabelecer normas que graduam, exaltam, limitam ou excluem a eficácia dos vários meios ou fontes de prova,” criando “*verdadeiros vínculos normativos à formação do convencimento pessoal do juiz*.” (POZZA, Pedro Luiz. *Sistemas de apreciação de prova*. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). **Prova judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007. p. 220.); e *decisão fundamentada* porque, conforme a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., “para ser racional, o discurso decisório tem de estar aberto à possibilidade de questionamento.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p. 323).

²⁷ É importante observar com Beltrán que “a valoração da prova permitirá outorgar a cada uma das hipóteses em conflito um determinado grau de confirmação que nunca será igual ao da certeza absoluta”, não há como ter-se a plena convicção de que se chegou à perfeita correspondência com a *verdade empírica*, porque se sabe que isso não é teoricamente possível através de qualquer que seja a atividade de pesquisa empreendida pelo homem. A conclusão do magistrado tem um caráter probabilístico e, ao momento de decidir, deverá levar em consideração se determinada alegação das partes “pode ou não declarar-se provada com base no grau de confirmação de que disponha,” *Cfr.* FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 47.

se de posição jurídica fundamental inerente ao contraditório e ao devido processo legal”.²⁸

Quanto ao segundo aspecto, considera-se que “o processo civil não pode virar as costas para a verdade [...] pois tal eliminaria a correspondência entre a lógica interna da decisão e o mundo empírico, ocasionando injustiça;”²⁹ de modo que a obtenção dessa verdade deve ser vista como um requisito essencial para a *justiça da decisão*.³⁰

Diante disso, viabilizar a busca da verdade dos fatos alegados é um referencial para a organização da *atividade probatória*, da mesma maneira que são as garantias fundamentais de caráter processual insculpidas no texto constitucional – dentre elas, o *direito fundamental à prova* –, tudo para garantir um *processo justo*, deve ser conformado para possibilitar a obtenção de uma *decisão justa*.

²⁸ MATTOS, Sérgio Luis Wetzel. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Na verdade, este direito em específico trata-se apenas de uma das manifestações do direito à prova. Conforme Jordi Ferrer Beltrán, quatro são os elementos que compõem o *direito à prova*. o primeiro elemento é o “*direito a utilizar todas as provas de que se dispõe para demonstrar a verdade dos fatos que fundamentam a pretensão*”; o segundo elemento trata do direito a que as provas sejam realizadas no processo; o terceiro elemento diz respeito ao “*direito a uma valoração racional das provas praticadas*”; e o quarto elemento refere-se a “*obrigação de motivar as decisões judiciais*” (FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 56.)

²⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e Jeremy Waldron. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007. p. 148. Em sentido semelhante, assevera Daniel Mitidiero que “a propósito do problema da obtenção da verdade no processo [...], impende observar que sua colocação como um dos objetivos ideais a prova judiciária oferece-se como uma condição insuprimível para que o processo cumpra a contento seu desiderato maior de lograr a justiça do caso decidendo.” MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³⁰ Conforme aduz Michelle Taruffo, uma decisão só é justa se baseada em três elementos essenciais e indispensáveis: “a) correção das escolhas e interpretações das regras jurídicas aplicáveis ao caso; b) averiguação fidedigna dos fatos relevantes para o caso; c) emprego de um procedimento válido e justo para chegar até a decisão.” Cada um desses elementos é indispensável para a decisão em, ao menos em uma dada escala mínima e que só pode ser avaliada caso a caso, sendo possível ainda cogitar de decisões mais ou menos justas única e exclusivamente quando cada um desses elementos atingir a escala mínima. Ou seja, mesmo que um desses parâmetros esteja maximizado na escala, se algum dos outros dois estiver abaixo do nível mínimo, isso acarreta necessariamente em injustiça da decisão. Essas considerações têm especial relevância quando a prova obtida por meios ilícitos é o único meio de prova disponível que tem o condão de comprovar de forma suficiente a ocorrência da hipótese que corresponde à realidade, assunto que será adiante tratado. Cfr. TARUFFO, Michelle. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista di Diritto Procesuale**, v. 20, n. 2, jan./mar. 1997. p. 315. Ainda, de acordo com o Autor “independentemente do critério jurídico que se empregue para definir e valorar a justiça da decisão, se pode sustentar que esta nunca é justa se esta fundada em uma determinação errônea ou inaceitável dos fatos”. (TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2009. p. 64).

Assim, manter um procedimento através do qual seja viável a obtenção de decisões justas trata-se de um requisito para atender a finalidade processual de *pacificar com justiça*.³¹

Entretanto, “dizer que algo é a finalidade de uma instituição ou de uma atividade não exclui que existam outras finalidades ou propósitos”³², de modo que, tanto a *busca da verdade* quanto o atendimento do *direito fundamental à prova* não devem ser perseguidos a todo custo e podem encontrar limitações diante da expressão de outros valores e objetivos.³³

E é por tal motivo que “o direito a submete a uma série de regras que regulam tanto a decisão final [...] como o processo através do qual pode-se chegar a essa decisão,”³⁴ de modo que nem a atividade probatória, nem o processo decisório que envolve as *questões de fato* são inteiramente livres.

Conforme já foi visto, de um lado, a relativização desses valores transfigura-se na regulação jurídica do procedimento probatório³⁵ e nas regras de admissibilidade da prova que objetivam a realização de propósitos vinculados ao próprio processo, tenham eles caráter principiológico ou epistemológico; de outro, as regras de admissibilidade podem servir a objetivos e à tutela de valores que não estão vinculados às funções e à lógica do processo, como é o caso da vedação às provas ilícitas.

A regulação da prova, diante disso, revela-se fruto de uma atividade de ponderação de *razões para não excluir uma prova relevante* – determinadas essencialmente pela necessidade de viabilizar a busca da verdade e atender ao

³¹ O *escopo social* do processo não é só pacificar conflitos, mas sim, como ensina Cândido Rangel Dinamarco, e *pacificar com justiça*, Cfr. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 188-191. Em sentido similar, mas apresentando pontos de discordância quanto ao *escopo jurídico do processo*, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assevera que ambos os valores *paz social* e *justiça material* estão vinculados aos fins do processo, Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98-99.

³² FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 31.

³³ Assevera Beltrán que “a averiguação da verdade é um fim em algum sentido prioritário em matéria de prova, mas não é em absoluto o único [...] por isso, para garantir a obtenção dessas outras finalidades, os ordenamentos estabelecem regras jurídicas processuais (ainda que não só processuais) que funcionam como um filtro de admissibilidade da prova, adicional e posterior ao juízo de relevância.” (FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 77).

³⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 35.

³⁵ Que de acordo com Picó Y Junoy traça essencialmente limites temporais e formais o direito à prova, Cfr. PICÓ Y JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Bosch, 1997. p. 148-149.

direito fundamental à prova das partes – e razões por que se exclui uma prova relevante – determinadas pelo fundamento das limitações impostas pela regulação jurídica da prova.

Todavia, enquanto uma parte desse contexto de regulação é determinada por normas de procedimento que impõe limites formais e temporais para a prova, não necessariamente repercutindo em impacto negativo para nenhum desses referenciais; é duvidoso que a existência de regras de inadmissibilidade de prova de viés epistêmico representa um benefício real,³⁶ e é certo que a aplicação das regras de inadmissibilidade que tem finalidade extraprocessual traduz-se em impacto negativo para a *busca da verdade* e para o *direito à prova*.

E a definição e o dimensionamento desses efeitos contraproducentes são importantes para definir as razões pelas quais não se deve excluir uma prova e para melhor compreender o objeto deste estudo.

O impacto negativo da exclusão de uma *prova relevante* deve ser determinado pelo grau de interferência que a aplicação de uma regra de exclusão tem sobre o direito das partes em utilizar todos os meios de prova disponíveis; e à possibilidade de o magistrado aproximar-se da verdade dos fatos alegados no momento de valorar a prova.

E, sobre isso, é interessante notar-se que a aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas*, por ocasionar um *déficit* no conjunto probatório, repercute em necessário não atendimento do *direito à prova* e em inevitável prejuízo à *busca da verdade*, no entanto, nem por isso, repercute em óbice intransponível para obtenção da almejada averiguação fidedigna dos fatos relevantes para o caso.

Assim, a garantia fundamental é necessariamente comprometida, porém o prejuízo às possibilidades concretas de obter-se uma constatação verdadeira através da valoração da prova revela-se um dado contingente, já que nada impede que outros elementos de prova do conjunto (acaso existentes) conduzam a mesma conclusão que poderia ser obtida da análise da prova excluída.³⁷

³⁶ Cfr. FENOLL, Jordi Nieva. **La Valoración de La prueba**. Marcial Pons: Madrid, 2010. p. 189 - 192.

³⁷ Ao contrário do necessário não atendimento do direito à prova da parte, a exclusão de uma prova implica possível óbice à obtenção da verdade. Conforme aduz Beltrán, “as regras que perseguem a garantia desses outros fins do processo ou o direito podem impor algum sacrifício epistemológico, no sentido de que podem ser contraproducentes para o objetivo de averiguação da verdade. [...] Isso não implica que seja impossível alcançar uma determinação verdadeira dos fatos ocorridos, se não, mais modestamente, que as possibilidades de que isso ocorra, dado que o conjunto de elementos de juízo será mais pobre, serão também mais baixas” (FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 77-78).

Ainda, de outra perspectiva, pode-se dizer que a dimensão epistêmica do processo vai afetada na medida em que um dado probabilístico é furtado da análise do juiz, mas tendo em consideração que nenhum standard de convencimento se estabelece a partir da correlação entre *certeza* e *verdade absoluta*, é possível sustentar que a hipótese que seria confirmada pela prova excluída ainda pode o ser em um grau suficiente por outros elementos de comprovação.

Disso tudo, depreende-se que as razões para não aplicar uma regra de exclusão de finalidade extraprocessual são, em suma, (1) a necessária limitação do direito fundamental à prova da parte que requer a admissão de uma prova; e (2) a possível criação de um óbice para a averiguação fidedigna dos fatos relevantes para o caso.

2.2 ASPECTOS CONCEITUAIS E TEÓRICOS REFERENTES ÀS PROVAS ILÍCITAS

A abordagem dos aspectos conceituais e teóricos das provas ilícitas origina-se de uma aproximação conceitual, através do qual se pretende esclarecer as razões pelas quais se adota um conceito como o tal para designar o objeto deste estudo e, com vistas a reforçar sua compreensão, encaminha-se para considerações acerca das diferentes manifestações da ilicitude probatória, aqui tratadas como *hipóteses típicas de ilicitude*, terminologia empregada por Isabel Alexandre³⁸.

2.2.1 Aproximação conceitual

“Em senso comum se fala de prova ilícita, com referência às hipóteses em que esta tenha sido produzida em violação dos limites previstos pelo direito.”³⁹ Assim sendo, a designação de uma prova como sendo ‘ilícita’ remete-nos de imediato à compreensão de que toda a prova que contraria prescrições do ordenamento jurídico representa uma “prova ilícita”.

O termo, entretanto, tem sido reservado pela doutrina brasileira para designar algo distinto e não tão abrangente quanto o significado indicado por esta aparente

³⁸ Cfr. ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 25.

³⁹ RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, p. 34–87, 1987. p. 34.

sinonímia entre “prova ilícita” e *prova antijurídica* – gênero ao qual se submetem todos os *perfis de antijuridicidade da prova*.

A fonte inspiradora para a adoção do conceito vem da doutrina italiana, mais especificamente das lições de Pietro Nuvolone, no entanto, seu veículo de propagação foi referenciada obra de Ada Pellegrini Grinover acerca das provas *formadas através de interceptações telefônicas*.⁴⁰

A premissa fundamental dessa concepção de *prova ilícita* parte de uma distinção entre os termos *prova ilegal*, *prova ilícita* e *prova ilegítima*. O primeiro teria um caráter abrangente, correspondendo àquilo que, neste estudo, designa-se por *prova antijurídica*. A *prova ilícita* e a *prova ilegítima*, por sua vez, seriam expressões utilizadas para designar subespécies da chamada *prova ilegal*, balizadas pela natureza processual ou substantiva que justifica a vedação.⁴¹

Assim, sendo de natureza processual, ou melhor, quando determinada proibição for colocada “em função de interesses atinentes à lógica e a finalidade do processo”⁴², será considerada uma *prova ilegítima*; no entanto, quando “colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo”⁴³, é concebida como uma *prova ilícita*.⁴⁴

⁴⁰ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

⁴¹ A distinção é assimilada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, conforme demonstra a ementa do julgamento da Apelação Cível n. 70004590683 pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob relatoria do Desembargador Nereu José Giacomolli: “PROVA ILÍCITA. INTERCEPTAÇÃO, ESCUTA E GRAVAÇÃO, TELEFÔNICAS E AMBIENTAIS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ENCOBRIMENTO DA PRÓPRIA TORPEZA. COMPRA E VENDA COM DAÇÃO EM PAGAMENTO. VERDADE PROCESSUALIZADA. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. 1 - Prova ilícita é a que viola normas de direito material ou os direitos fundamentais, verificável no momento de sua obtenção. Prova ilegítima é a que viola as normas instrumentais, verificável no momento de sua processualização. Enquanto a ilegalidade advinda da ilegitimidade produz a nulidade do ato e a ineficácia da decisão, a ilicitude comporta um importante dissídio acerca de sua admissibilidade ou não, o que vai desde a sua inadmissibilidade, passando da admissibilidade à utilização do princípio da proporcionalidade. [...]”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Especial Cível. Apelação Cível Nº 70004590683. Relator: Nereu José Giacomolli. Julgado em: 09 dez. 2002). O precedente em questão é citado por Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustarróz (PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil**: o conteúdo processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 80-81, nota 118.)

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 97.

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 97.

⁴⁴ Acerca das questões terminológicas envolvendo o tema, Ada Pellegrini Grinover adota a classificação de Nuvolone afirmando que “a prova será ilegal toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova (*rectius*, o meio de prova) será

Considerando-se a época em que foi desenvolvido o estudo de Ada Pellegrini Grinover, mostra-se evidente que a distinção terminológica foi adotada essencialmente por deter utilidade prática quanto à compreensão das discussões acerca da (in)admissibilidade das chamadas *provas ilícitas*, porquanto, até então, não existia no direito brasileiro norma equivalente à garantia consagrada pelo Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal; e era dominante a ideia de que a adoção de condutas antijurídicas em vista da obtenção, formação ou utilização de elementos de comprovação não seria relevante para determinar a *admissibilidade* de uma prova, ou a possibilidade de sua valoração conquanto seja admitida.

Com a superação da questão, pelo advento da garantia constitucional, a determinação do conceito autônomo de *prova ilícita* de maneira alguma perdeu valor, sendo útil e necessário para analisar e conferir o tratamento dos problemas a ela atinentes.

Note-se, entretanto, que o binômio traçado por tal classificação – *prova ilícita* em oposição à *prova ilegítima* – não atende com plenitude todas as hipóteses de *prova antijurídica*.

Exemplo disso é que nem uma nem outra dessas categorias abrangem as *provas moralmente ilegítimas*, que constituem um perfil de antijuridicidade da prova que não tem fundamento nem em razões ligadas à lógica do processo, nem vinculadas ao ordenamento substantivo, mas sim, pura e simplesmente, em um ideal de moralidade.⁴⁵

ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita (*rectius* à fonte de prova será ilicitamente colhida). Será nesse sentido mais restrito que nos referiremos às ‘provas ilícitas.’” (GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 98).

⁴⁵ Conforme refere Antônio Carlos de Araújo Cintra, “a legitimidade moral exigida pela lei se manifesta pelo respeito à dignidade humana e pela adequação do meio de prova ao padrão ético vigente, incluindo-se nessa adequação a idoneidade para fundamentar racionalmente esses resultados”. Além disso, ressalta Antônio Carlos de Araújo Cintra que “não se podem confundir os meios de prova moralmente ilegítimos com as fontes de prova ilicitamente obtidas que, em virtude do disposto no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, são inadmissíveis no processo. [...] a ilegitimidade moral a que se refere o artigo 332 atinge a própria essência do meio de prova, enquanto a ilicitude da obtenção da fonte de prova como é aparente, lhe é extrínseca” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008. v. 4: Arts. 332 a 475. p. 18-19). Frise-se, entretanto, que a ilicitude da prova não se dá somente com relação à obtenção e formação da prova – não só com relação à pesquisa das fontes – sendo possível falar que uma prova pode ser ao mesmo tempo moralmente ilegítima e ilícita em casos que a ilicitude decorra de sua utilização no processo. Esta nota explicativa ficará mais clara após a análise das chamadas *hipóteses típicas de ilicitude*.

Além disso, o conceito de *prova ilegítima* parece ignorar que existem provas que são inadmissíveis em razão de regras que zelam pela dimensão epistêmica do processo, bem como existem regras que tratam de inadmitir provas pré-constituídas não compatíveis com os princípios do processo (a *prova emprestada*,⁴⁶ por exemplo) e, ainda, que as provas podem ser consideradas *nulas*, em razão de questões de forma, ligadas ao curso do próprio procedimento em que formadas e admitidas.

Ou seja, o conceito uno de prova ilegítima ignora diferentes *perfis de antijuridicidade da prova* que exigem tratamento específico e diferenciado.

Assim, conquanto não figure equivocado elaborarem-se conceitos vinculados às vedações que guardam relação imediata com os fins do processo, parece insuficiente tanto considerar-se que a *prova ilícita* é a única *limitação de prova* de cunho extraprocessual quanto compreender que o conceito a ela oposto – *prova ilegítima* – abarcaria todos os *perfis de antijuridicidade da prova*, ligados à estrutura formal e aos objetivos do processo.

Afora essas críticas, e ainda muito mais importante que elas, é indispensável compreender que a qualificação de um meio de prova como sendo ilícito não depende propriamente de uma análise da prova em si ou da forma dos *atos processuais* pelas quais chegou ao processo, mas sim da repercussão que a atividade probatória desenvolvida, dentro ou fora do processo, terá diante do direito material.

No particular da *prova ilícita*, aliás, é necessário conceber a atividade probatória como algo mais amplo do que os atos de prova desenvolvidos no procedimento probatório.

A verificação da *ilicitude da prova* depende de uma análise das condutas empreendidas desde a *formação e obtenção* de um meio de comprovação – o que pode ocorrer dentro ou fora do processo –, até aquelas condutas materiais que correspondem a sua *utilização* em juízo.

Nesses termos, *prova ilícita* é um conceito jurídico utilizado para qualificar um determinado meio de prova tão somente em função da *antijuridicidade* da conduta empreendida para torná-la disponível e utilizável em um processo judicial, seja

⁴⁶ Conforme referem Alvaro de Oliveira e Mitidiero, “o código de processo civil não admite expressamente a utilização de *prova emprestada*, mas a doutrina abona o seu uso desde que observados determinados requisitos. Prova emprestada é aquela tomada de empréstimo de outro processo. O fator decisivo para seu uso está na preservação do *direito ao contraditório*. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2, p. 78-79).

porque tais condutas implicam violação de prescrições de natureza substantiva, seja porque implicam violação de direitos fundamentais (materiais).

Daí ser comum a associação entre a *prova ilícita* e a obtenção e formação de provas através de práticas que, em exame de *adequação típica*, consistem em verdadeiros delitos, como quando uma pessoa é torturada para prestar declarações, quando um documento é furtado, ou quando é realizada uma interceptação telefônica não autorizada.⁴⁷

Uma compreensão adequada do quanto é aqui afirmado pode ser obtida da análise das *hipóteses típicas de ilicitude*.

2.2.2 As hipóteses típicas de ilicitude e o conceito de *prova ilícita*

Estabelecida a relação entre o conceito de *prova ilícita* e as repercussões da atividade probatória desde a perspectiva do direito material, torna-se possível, com base nas lições de Isabel Alexandre, fazer referência ao que a autora chama de “hipóteses típicas de ilicitude”,⁴⁸ compreendidas como diferentes perfis que assumem as condutas que dão azo à qualificação de uma prova como sendo uma *prova ilícita*.

Por primeiro, Isabel Alexandre refere-se às *provas pré-constituídas*, “cujo modo de constituição foi regular, mas que foram ilicitamente obtidas pela parte que as pretende utilizar [...] sem que essa utilização traduza, em si, um acto ilícito”.⁴⁹

Ou seja, nessa hipótese, as condutas que envolvem a formação do *elemento de comprovação* encontram conformidade com o direito material, mas a *prova*, já constituída, só se torna disponível ao interessado em razão da prática de uma conduta antijurídica.

As condutas materialmente antijurídicas adotadas com vistas a tornar um meio de comprovação disponível à parte interessada são o caractere definidor dessa primeira hipótese de ilicitude.

A segunda hipótese corresponde ao que se entende por *prova ilícita em si mesma*, a qual, para Isabel Alexandre, refere-se às “provas pré-constituídas, cujo

⁴⁷ Conforme refere Isabel Alexandre, “a prova é ilícita quando resulta da prática de um acto ilícito (furto, gravação ilegal, ameaças, etc.) dentro ou fora da esfera do processo.” (ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998).

⁴⁸ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 25.

⁴⁹ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 26.

modo de obtenção pode ter sido ilícito, ou não, mas cuja utilização processual consubstancia a prática de um acto ilícito, por violar certos direitos fundamentais”.⁵⁰

A circunstância peculiar desse segundo perfil de prova ilícita é que, uma vez admitidas essas provas, a prática dos atos necessários para sua apreciação em juízo, representariam atividade equivalente a uma conduta que implicaria violação de direitos fundamentais.

Exemplifica-se afirmando que, diante de alguns meios de prova, a intimidade dos indivíduos poderia ser violada em razão da indevida exposição do conteúdo de alguns documentos, independentemente de terem sido, ou não, obtidos por meio de condutas antijurídicas, como no caso de diários íntimos.⁵¹

Por fim, a terceira *hipótese típica de ilicitude* diz respeito à chamada “*ilicitude na formação da prova*”, ou seja, casos em que “o meio de prova só se constitui com o acto ilícito”, seja a prova *pré-constituída* ou *constituenda*.⁵²

Aqui, portanto, não é a utilização da prova que implica violação de um direito, e nem propriamente a maneira como é obtido o meio de comprovação, Trata-se, sim, de lançar mão de uma *conduta antijurídica* como forma de constituir a prova, dentro ou fora do processo.

Nessa hipótese típica de ilicitude, a prática da conduta antijurídica é fator determinante para a formação da prova, como por exemplo, nos casos de emprego de violência ou coação para obtenção de declarações de testemunhas,⁵³ ou quando a própria testemunha adquiriu os conhecimentos em razão da prática de uma conduta antijurídica.⁵⁴

Confirma-se, em vista disso, que a qualificação de uma prova caracterizada como ilícita depende, antes de qualquer outra coisa, de uma análise das condutas

⁵⁰ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 26.

⁵¹ Assinala Isabel Alexandre que, nesses casos, “existe a particularidade de a respectiva exibição em juízo atentar contra direitos fundamentais: é, por exemplo, o caso de um diário íntimo, de uma carta particular, ou de uma gravação, cuja leitura ou reprodução em audiência pode lesar certos direitos, constitucionalmente protegidos, do autor da mensagem.”, Cfr. ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 24.

⁵² ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 26.

⁵³ Cfr. ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 26.

⁵⁴ Isabel Alexandre cuida desse último exemplo como sendo uma *quarta hipótese típica*. Embora a própria autora reconheça que “não se vislumbram grandes diferenças” entre a ilicitude quanto ao modo de obtenção de conhecimentos e a ilicitude na formação da prova, justifica uma separação porque às duas hipóteses é conferido um tratamento distinto pela doutrina e, assim sendo, seria em sua opinião “preferível abordar autonomamente os casos de ilicitude na obtenção de conhecimentos, face aos de ilicitude na formação, embora conceptualmente seja duvidosa essa autonomia”. (ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 26 - 27).

praticadas para *formação, obtenção e utilização* de uma determinada prova, de forma a verificar se existe a possibilidade de essa “atividade probatória” ser qualificada como ilícita – antijurídica – à luz do direito material ou violadora dos direitos fundamentais consagrados no tecido constitucional.⁵⁵

Ou seja, o conceito teórico *prova ilícita* trata-se é um qualificativo que recai sobre o *meio de prova*, mas para que um determinado meio de prova seja assim designado, deve-se proceder uma análise das condutas de *obtenção, formação ou utilização processual* e verificar se estão em conformidade com o direito material.

Prova ilícita, portanto, é todo *meio de prova* cuja *obtenção, formação, ou utilização processual* é *materialmente antijurídica*.

O conceito, no plano de análise puramente teórico, não abrange qualquer consequência jurídica. Assim sendo, a *prova ilícita* não é necessariamente uma *prova inadmissível*.

Dessa constatação, tendo em consideração que existem diferentes perfis de prova ilícita, e diante dos elementos textuais do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, surge o seguinte problema: no direito brasileiro, a evidência de qualquer uma das três *hipóteses típicas de ilicitude* tem como consequência a inadmissibilidade da prova?

A resposta para a pergunta será dada somente após breves colocações acerca da *positivação* e do fundamento e finalidade da *regra constitucional de exclusão de provas*.

2.3 A PROVA ILÍCITA COMO PROVA INADMISSÍVEL NO DIREITO BRASILEIRO

Até o advento da Magna Carta de 1988, pode-se dizer que a categoria das *provas ilícitas* não correspondia a um *perfil de antijuridicidade da prova* no ordenamento jurídico brasileiro.

A *prova ilícita* tratava-se, tão somente, de um mero conceito teórico, uma qualificação atribuível aos meios de comprovação em relação a qual não estavam

⁵⁵ Isabel Alexandre também faz referência a uma quarta hipótese típica, referente às “hipóteses de ilicitude referida ao modo de obtenção de conhecimentos, transmitidos em sede de prova por declarações” mas compreende-se que ela está abrangida por aquela referente ao momento de *formação* da prova, não havendo qualquer motivo para estabelecer diferenciação entre as duas hipóteses. [...] Cfr. ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 26.

previstas no texto constitucional, ou legal, quaisquer consequências jurídicas no plano do processo, quanto menos a *inadmissibilidade*.

Entretanto, pode-se afirmar que essa conjuntura já tendia a perder seu lugar de concepção dominante antes mesmo da promulgação da atual Carta Constitucional brasileira.⁵⁶

Tome-se como exemplo o julgamento do Recurso Extraordinário n. 85.439 – RJ – pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 1977, com relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque, referido como o paradigma da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo civil antes da vigência da Constituição de 1988.

No caso, um homem, desconfiando estar sendo traído pela esposa, instalou um aparelho que registrava e gravava, em fitas magnéticas, todas as comunicações estabelecidas através do aparelho de telefone instalado na residência da cônjuge, local onde ele não mais residia e sem anuência ou conhecimento dela.

Mediante essa conduta invasiva da intimidade da esposa, o marido obteve meios para comprovar o adultério por ela cometido, tendo lançado mão das referidas gravações em um processo judicial que tinha por objeto o desquite do casal.

Essa breve descrição do caso permite concluir que as gravações poderiam ser consideradas *provas formadas por meios ilícitos*, o que não foi desconsiderado pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, o órgão julgador sustentou que a inadmissibilidade de tais provas se dava por incidência do Artigo 332 do Código de Processo Civil à hipótese, vez que a clandestinidade e torpeza com que realizada pelo marido a gravação das comunicações telefônicas entre a esposa e terceiros caracterizariam a prova como sendo *moralmente ilegítima*.⁵⁷

De igual forma, em outra oportunidade, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 100.094-5-PR, de relatoria do Ministro Rafael Mayer, no ano de

⁵⁶ Cfr. LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. Os meios moralmente legítimos de prova. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 14, n. 39, p. 84-102, mar. 1987.

⁵⁷ PROVA CIVIL. GRAVAÇÃO MAGNETICA, FEITA CLANDESTINAMENTE PELO MARIDO, DE LIGAÇÕES TELEFONICAS DA MULHER. INADMISSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL, POR NÃO SER MEIO LEGAL NEM MORALMENTE LEGITIMO (ART. 332 CPC). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 85439. Relator: Min. Xavier De Albuquerque. Julgado em: 11 nov. 1977. **DJ** 02 dez. 1977. p. 08748. Ement Vol-01081-02. p. 00643. RTJ vol-00084-02. p. 00609).

1984, o Supremo Tribunal Federal também lançou mão do conceito de *prova moralmente ilegítima* como fundamento legal para inadmitir *provas ilícitas*.⁵⁸

No caso, discutia-se a possibilidade de utilização de gravações de conversas telefônicas mantidas entre terceiro, estranho ao processo, e o advogado de uma das partes, captadas sub-repticiamente e requeridas como prova em incidente de falsidade no qual se discutia a idoneidade de declarações feitas por escrito pelo terceiro que teve a comunicação telefônica gravada sem seu consentimento.

Os motivos para inadmitir a prova consideraram não só a antijuridicidade da conduta utilizada para a obtenção da prova, mas também, além disso, as violações que implicaria a divulgação das gravações em audiência, ou seja, a desvalia da conduta em função da própria utilização da prova. Contudo, mais uma vez, foi o Artigo 332 do Código de Processo Civil o fundamento legal escolhido para excluir-se a prova, que, do ponto de vista teórico, poderia ser considerada *ilícita em si mesma e formada por meios ilícitos*.

Até então, portanto, em que pesem as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal considerando a antijuridicidade da atividade empreendida para utilizar ou tornar disponível um meio de comprovação, eram o Artigo 332 do Código de Processo Civil e o conceito de *prova moralmente ilegítima* os fios condutores da *prova ilícita* ao efeito jurídico de *inadmissibilidade*.

Tal situação não se repetiria no ano de 1986, dois anos antes da promulgação da atual Constituição Federal, quando o Supremo Tribunal Federal, diante do RHC 63.834, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, tratou do problema da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, posicionando-se expressamente no sentido de que as provas ilícitas, conquanto fossem obtidas

⁵⁸ DIREITO AO RECATO OU À INTIMIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA. CAPTAÇÃO ILEGÍTIMA DE MEIO DE PROVA. ART-153, § 9º DA CONSTITUIÇÃO. ART-332 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INFRINGENTE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DA PERSONALIDADE E MORALMENTE ILEGÍTIMO É O PROCESSO DE CAPTAÇÃO DE PROVA, MEDIANTE A INTERCEPTAÇÃO DE TELEFONEMA, À REVELIA DO COMUNICANTE, SENDO, PORTANTO, INADMISSÍVEL VENHA A SER DIVULGADA EM AUDIÊNCIA DE PROCESSO JUDICIAL, DE QUE SEQUER É PARTE. LESIVO A DIREITO INDIVIDUAL, CABE O MANDADO DE SEGURANÇA PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA PROVA E O DESENTRANHAMENTO, DOS AUTOS, DA GRAVAÇÃO RESPECTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 100094. Relator: Min. Rafael Mayer. Julgado em: 28 jun. 1984. DJ 24 ago. 1984. p.13482. Ement Vol-01346-03. p. 00560. RTJ vol-00110-02. p. 00798).

através de condutas incompatíveis com os direitos fundamentais, não poderiam ser admitidas no processo.⁵⁹

Neste interregno entre a decisão do RHC 63.834 e a promulgação da Constituição de 1988, poder-se-ia falar na *prova ilícita* não mais como um conceito meramente teórico, mas como um verdadeiro perfil de antijuridicidade no ordenamento jurídico brasileiro, decorrente não de uma expressa disposição legal, mas de uma criação pretoriana influenciada pela doutrina.

Com a promulgação da Constituição de 1988, entretanto, cuidou o texto do Artigo 5º, inciso LVI, de prescrever como “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, conformando, assim, uma verdadeira *regra constitucional de exclusão de provas*.

É interessante notar que o texto do dispositivo constitucional não refere expressamente serem inadmissíveis as *provas ilícitas*, mas sim aquelas *obtidas por meios ilícitos*.

A redação Artigo 5º, inciso LVI, da CF causa a impressão de que somente uma das *hipóteses típicas de ilicitude da prova* – aquela atinente à prova que é constituída licitamente, porém obtida através de uma conduta antijurídica – constituiria o *suporte fático* ao qual relacionado o efeito jurídico de inadmissibilidade, definido pela garantia constitucional.

Dessa constatação, surgem inevitavelmente os seguintes questionamentos: seria possível conceber-se a expressão *prova obtida por meios ilícitos* como algo equivalente a abranger todos aqueles perfis de *prova ilícita* anteriormente referidos? Ou é uma opção consciente do legislador constituinte determinar como inadmissível apenas uma das categorias de *prova ilícita*?

⁵⁹ HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROVA ILICITA. CONSTITUCIONAL. GARANTIAS DOS PARAGRAFOS 9 E 15 DO ART. 153 DA LEI MAIOR. (INOBSERVANCIA). TRANCAMENTO DO INQUERITO POLICIAL. 1 - OS MEIOS DE PROVA ILICITOS NÃO PODEM SERVIR DE SUSTENTAÇÃO AO INQUERITO OU A AÇÃO PENAL. 2 - AS PROVAS PRODUZIDAS NO INQUERITO ORA EM EXAME - GRAVAÇÕES CLANDESTINAS - ALÉM DE AFRONTAREM O PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DO SIGILO DE COMUNICAÇÕES (PARAGRAFO 9., E ART. 153, CF), CERCEIAM A DEFESA E INIBEM O CONTRADITORIO, EM OFENSA, IGUALMENTE, A GARANTIA DO PARAGRAFO 15, ART. 153, DA LEI MAGNA. 3 - INEXISTÊNCIA, NOS AUTOS, DE OUTROS ELEMENTOS QUE, POR SI, JUSTIFIQUEM A CONTINUIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. 4 - TRANCAMENTO DO INQUERITO, O QUAL PODERA SER RENOVADO, FUNDANDO-SE EM NOVOS INDICIOS, NA LINHA DE PREVISÃO DO ESTATUTO PROCESSUAL PENAL. 5 - VOTO VENCIDO QUE CONCEDIA A ORDEM EM MENOR EXTENSAO. RHC PROVIDO PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DO INQUERITO POLICIAL. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RHC 63834. Relator: Min. Aldir Passarinho. Julgado em: 18 dez. 1986. DJ 05 jun. 1987. p. 11112. Ement Vol-01464-01. p. 00090).

Encontrar uma resposta para essas perguntas mostra-se importante para determinar se é correto afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro veda as *provas ilícitas* ou, tão somente, um ou outro tipo específico de *prova ilícita*.⁶⁰

Uma primeira tentativa de responder a esse questionamento pode tomar como premissas que o termo “obtenção” foi empregado sem a precisão técnica indicada pela classificação das *hipóteses típicas de ilicitude*, de forma que seu sentido estaria abrangendo todas as provas que se tornaram elementos de juízo integrantes do acervo probatório mediante condutas passíveis de serem qualificadas como antijurídicas, ou, pelo menos, aquelas atinentes à *obtenção* e *formação* do meio de comprovação.

Considerações de ordem semântica, entretanto, dissociadas do fundamento e da finalidade de uma *regra de exclusão* como a tal, positivada no ordenamento constitucional brasileiro, não parecem ser adequadas para responderem definitivamente as questões suprarreferidas.

Antes de arriscar-se a oferecer uma resposta definitiva com base em considerações teóricas e aspectos meramente textuais, parece ser necessário compreenderem-se as razões por que a qualificação de determinadas condutas como antijurídicas pelo direito material deve corresponder, necessariamente, a uma consequência jurídica no plano do processo e, mais especificamente, em um campo em que a não admissão de um elemento de prova relevante traduz a inobservância do *direito fundamental à prova* e um óbice à busca da verdade possível e, conseqüentemente, à justiça da decisão.

2.4 O FUNDAMENTO E A FINALIDADE DA GARANTIA FUNDAMENTAL DE EXCLUSÃO DE PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

A inexistência de uma regra de inadmissibilidade das *provas ilícitas* em um determinado ordenamento jurídico acaba por estabelecer como pano de fundo dos embates teóricos acerca de sua inadmissibilidade a determinação das razões por que uma transgressão de direito material, durante a atividade de *obtenção*, *formação*

⁶⁰ Carlos Vinicius Soares Cabeleira, por exemplo, afirma categoricamente que “o termo ‘provas ilícitas’ deve, na prática, ser entendido como metonímia para ‘provas obtidas por meios ilícitos’”. (CABELEIRA, Carlos Vinicius Soares. **Prova ilícita no processo civil**. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2010. p. 28)

e *utilização* de uma prova, deveria refletir em efeito jurídico no âmbito do *direito processual*.

Em um contexto como o supraenunciado, em que a *prova ilícita* não corresponde, em linha de princípio, a uma *prova inadmissível*, devem-se perquirir as razões pelas quais a qualificação de uma conduta como sendo antijurídica – do ponto de vista do direito material – deveria repercutir necessariamente na inadmissibilidade de uma *prova relevante*.

Em vista disso, apesar de a inexistência de uma regra desse tipo não ser um caractere do ordenamento jurídico brasileiro, tais discussões mostram-se relevantes para definir qual o propósito e fundamento de estabelecer-se a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

E tais discussões, apesar de terem sido travadas pela doutrina e jurisprudência pátrias, também foram – ainda antes e de forma mais aprofundada – tema de controvérsia em outros países, como a Alemanha, a Itália e os Estados Unidos, cujo contexto de adoção de regras similares, bem como os fundamentos adotados para tanto, são úteis à determinação do fundamento e da finalidade da *regra constitucional de exclusão de provas* insculpida na Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, a busca pelo fundamento dessa vedação iniciará essencialmente da análise de dois argumentos eminentemente teóricos para justificar a inadmissibilidade das provas ilícitas. O primeiro deles pautado pela ideia de *unidade do ordenamento jurídico*, e o segundo, uma adaptação dessa tese unitária, a que é conferida um prisma constitucional.

Da constatação de inviabilidade de assimilação dos dois primeiros fundamentos analisados, serão traçadas algumas referências aos fundamentos da *exclusionary rule* do direito norte-americano. Após, tecer-se-á uma análise da compatibilidade de um deles com o ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando-se que o propósito da exclusão da *prova ilícita* é a proteção de bens jurídicos, o que se dá, prospectivamente, através de um *efeito profilático (deterrent effect)* decorrente da positivação e correta aplicação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Por fim, para evitarem-se equívocos e fazer um esclarecimento, será afastado o argumento de que a inadmissibilidade da *prova obtida por meios ilícitos* se dá em

razão da necessidade de tutelar a busca da verdade pelo processo, o que a caracterizaria como uma regra de exclusão de função epistêmica.

2.4.1 A unidade do ordenamento jurídico

Diante de um contexto de omissão legislativa quanto à inadmissibilidade da prova ilícita, a questão de sua admissibilidade pode polarizar-se de forma que, de um lado, estarão aqueles que sustentam existir uma necessária relação de correspondência entre a avaliação substancial de um determinado comportamento e a avaliação processual da admissibilidade das provas que derivaram do referido comportamento; enquanto, do lado oposto, defender-se-á que, em virtude da autonomia do direito processual e da especificidade das regras sobre provas, qualquer proibição só poderia ser estabelecida mediante regras processuais, e não pela avaliação que o direito material poderia fazer de determinadas condutas.⁶¹

Tais argumentos expõem, de forma sintática, duas posições que já estiveram em franca oposição tanto na doutrina alemã, quanto na italiana: a tese da *irrelevância processual da ilicitude material* e a tese da *unidade do ordenamento jurídico*.

A noção de *unidade do ordenamento jurídico*, aplicada ao problema das *provas ilícitas* – pauta-se pela ideia de que “todo e qualquer juízo de valor, expresso por uma norma substancial ou processual, possa ser reconduzido a uma origem comum”,⁶² que seria algo diferente e que estaria acima da distinção entre a natureza substantiva ou processual das normas, denominado *Rechtsganze*.⁶³

Nesse esquema, toda conduta poderia ser avaliada em *conformidade com o direito* – *Rechtmässigkeit* – ou em *contrariedade ao direito* – *Rechtswidrigkeit* – pouco importando se avaliada desde o plano material ou substancial, surtindo efeitos de forma similar em ambos.⁶⁴

Ou seja, em razão da preconizada *unidade do ordenamento jurídico*, uma conduta que contraria os preceitos de direito material deveria ter seus efeitos

⁶¹ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 132.

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 132.

⁶³ Cfr. TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 595–597.

⁶⁴ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 132.

cassados também na esfera processual, já que a antijuridicidade da conduta não seria apenas significativa para o direito material, ao contrário representaria, antes disso, uma qualificação aplicável para qualquer setor do ordenamento jurídico.

Partindo desta premissa de que “a conduta desvaliosa para o direito material não pode ser valorada por parâmetro diverso pelo direito adjectivo, dada a unidade do sistema jurídico”,⁶⁵ defendeu-se que o meio de prova obtido por meios ilícitos representaria, antes de tudo, uma projeção da conduta antijurídica adotada para sua obtenção, razão por que estaria comprometida a juridicidade da prova e, portanto, sua *admissibilidade*.

Entretanto, conforme aponta Isabel Alexandre, a tese da inadmissibilidade da prova ilícita em razão da *unidade do ordenamento jurídico* sucumbiu diante de argumentos antagônicos a ela e que propunham a *prova ilícita* como admissível porquanto a ilicitude material da atividade probatória é processualmente irrelevante.⁶⁶

O argumento fundamental em prol do reconhecimento da *irrelevância processual da ilicitude material* relaciona-se com a noção de autonomia do direito processual frente ao direito material, de modo que “a inadmissibilidade de um acto processual não pode ser deduzida da ilicitude material de certa conduta, já que o direito processual se rege por valores próprios, gozando de autonomia face ao direito material.”⁶⁷

Assim sendo, os efeitos de comportamentos antijurídicos deveriam incidir nos planos de admissibilidade e valoração da prova tão somente diante de expressa previsão legal nesse sentido, de forma que “o meio de prova ilicitamente obtido conserva na íntegra o seu valor probatório, sem prejuízo das eventuais sanções penais ou civis aplicáveis ao sujeito que dela indevidamente se apossou”.⁶⁸

Isabel Alexandre entende que a tese da *irrelevância processual da ilicitude material* “parte de um pressuposto correcto: o de que o direito material e o direito processual são ramos distintos do ordenamento, não valorando o mesmo comportamento necessariamente pelos mesmos padrões”,⁶⁹ ou seja, “a ilicitude

⁶⁵ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 189.

⁶⁶ *Cfr.* ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 190. Aduz ainda a autora que “a tese da unidade do sistema jurídico é hoje quase unanimemente combatida”.

⁶⁷ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 159 e ss.

⁶⁸ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 173.

⁶⁹ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 175.

material tem a sua origem numa conduta (e num resultado) não queridos pelo direito e visa a preservação de bens jurídicos, dela nada se podendo extrair acerca do tratamento processual das respectivas consequências”.⁷⁰

E, de fato, de acordo com os termos abordados na discussão, parece melhor concluir pela falta de correspondência entre a avaliação da conduta da perspectiva desde o direito material e a estipulação de um efeito no processo, porquanto a tese da *unidade do ordenamento jurídico* não representa um fundamento teórico adequado para estabelecer a referida ligação e, assim, determinar a inadmissibilidade da prova ilícita, seja diante da ausência de expressa estipulação no texto legal, seja para emprestar fundamento a uma regra com base nela positivada.

2.4.2 A perspectiva unitária sob o prisma constitucional

Em meio às discussões travadas pelos defensores das duas teses referidas – uma em prol da inadmissibilidade da prova com base na teoria da *unidade do ordenamento jurídico*; e outra, favorável à admissibilidade ante a *irrelevância processual da ilicitude material* –, uma série de fatores contribui para o nascimento de uma terceira postura. A de que, em caso de violação de direitos fundamentais, a *prova ilícita* deveria ser excluída do processo, porque a conduta lançada para sua obtenção estaria em desacordo com o texto constitucional.

Pode-se dizer que as causas que levaram a recondução do problema para um prisma constitucional, mais do que teóricas, remetem a um contexto histórico com influências marcantes quanto à estipulação de *proibições de prova* na legislação e na jurisprudência dos tribunais alemães.

Mais precisamente, tais fatores remontam (1) à tendência humanista presente no constitucionalismo alemão do segundo pós-guerra; (2) à evidência de práticas aterradoras de investigação por parte da polícia, com recurso a novas técnicas e tecnologias. Ambas as causas ligadas, de uma forma ou de outra, (3) ao fim de um

⁷⁰ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 190. Sobre o assunto, refere ainda Ada Pellegrini Grinover que “parece realmente que a ‘inadmissibilidade’ processual do ato não pode derivar *de iure* da eventual caracterização da ilicitude material (ou vice-versa), nem pode uma incidir sobre a outra, porque se trata de avaliações independentes, efetuadas por normas diversas que se dirigem a finalidades distintas: finalidades estas que podem convergir, sem, contudo, jamais perder a sua respectiva autonomia” (GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 133.)

regime antidemocrático – no caso, aquele conduzido pelo Partido Nacional Socialista na primeira metade do século XX –, como será visto adiante.

Fortemente influenciada por ideais *jusnaturalistas*, a *Lei Fundamental de Bonn*, promulgada em 1949, traz em seus dois primeiros artigos a afirmação dos *direitos fundamentais* como fundamento do *Estado de Direito*, ou, mais especificamente, a afirmação de respeito à *dignidade da pessoa humana* e ao *livre desenvolvimento da personalidade*, bem como o compromisso do Estado com a proteção desses valores.⁷¹

Conforme se colhe das lições de Nicolò Trocker e de Kai Ambos, a expressão da *dignidade humana* como um dos fundamentos do ordenamento constitucional de pronto chamou a atenção da doutrina e dos aplicadores do direito na Alemanha, notadamente na área do *direito penal*, na qual o legado da persecução penal empreendida pelo Partido Nacional Socialista, aliado ao emprego de novas tecnologias na persecução dos criminosos, culminou em uma rápida reforma legislativa, restando expressamente proibida em lei a utilização de métodos de prova como a *tortura*, a *narcoanálise* e a *psicométrica*.⁷²

⁷¹ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949. Artigo 1 “[Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais](1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. Artigo 2 [Direitos de liberdade](1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. (2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.”

⁷² Aduz Trocker que “A promulgação das Constituições do *Länder* e do *Grundgesetz* federal, juntamente com o retorno de concepções jusnaturalísticas e uma sensibilidade recém-descoberta para os valores humanos, põe em primeiro plano o problema da tutela do indivíduo frente a certos fenômenos ou perigos da tecnologia até então desconhecidas ou indevidamente negligenciadas.” (TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 573). Ainda, conforme Kai Ambos, “tendo em vista as experiências com o Direito Penal Nacional Socialista, especialmente considerando o seu desprezo em relação à autonomia da livre determinação do indivíduo, fez-se imprescindível, o mais rápido possível, a necessária regulamentação legal, com o fim de assegurar a liberdade de decisão individual e, em consequência, a proibição de determinados métodos de interrogatório. A isto se acrescentou o fato de que, com os desenvolvimentos técnicos e científicos, v.g., com a invenção do ‘detector de mentiras’ e o surgimento da ‘narcoanálise’, surgiu a necessidade de uma regulamentação legal das possíveis limitações relativas a estas novas tecnologias, para fins de se preservar a autonomia individual. Neste sentido, introduziu-se em 1950, entre outros, o §136, a, como norma central, visando a fortalecer os direitos fundamentais do investigado ou imputado, bem como do Próprio Estado de Direitos. Com isto, a tese referente à importância dos direitos constitucionais fundamentais do Estado de Direito encontram na matéria referente à temática das vedações probatórias sua plena constatação legal.” (AMBOS, Kai; LIMA, Marcelus Polastri. **O processo**

Entretanto, em que pese existente tal cobertura legal, conferida pelo legislador ordinário com a finalidade de dar resguardo aos direitos fundamentais consagrados pela carta constitucional, revelou-se com o tempo a existência de uma lacuna que deixava desprotegido, no campo probatório, o chamado *livre desenvolvimento da personalidade*, frente à utilização de gravadores e interceptações telefônicas como meios de obter provas.

E foi em meio a este contexto de afirmação e defesa dos direitos fundamentais que chegaram ao *Bundesgerichtshof* o *caso do gravador* e o *primeiro caso do diário*. No primeiro deles, o caso do gravador, discutiu-se se o registro em fita magnética de uma conversa mantida entre as partes, feita clandestinamente por uma delas (sem autorização da parte adversa), poderia ser utilizada como prova em um processo; no segundo, a questão referia-se a (im)possibilidade de utilização de um diário íntimo, sem autorização de seu autor, como prova em um processo.⁷³

Conforme atesta Trocker, em ambos os casos, o *Bundesgerichtshof* reconheceu a necessidade de excluírem-se as provas, porquanto, cada qual a sua maneira, repercutiam em violação de direitos fundamentais. Com relação à gravação, esta seria uma prova formada por meio ilícito, sendo lesado o livre desenvolvimento da personalidade ao momento em que realizada a gravação sem consentimento ou advertência do interlocutor; no que diz respeito ao diário, esta não seria admissível como prova, mas não porque havia sido subtraído; e sim porque continha registros íntimos, de maneira que sua utilização processual conduziria inevitavelmente a uma lesão de direito fundamental.⁷⁴

Esta a breve análise descritiva dos casos: em um deles o *Bundesgerichtshof* constatou que uma lesão a direito fundamental já havia ocorrido ao tempo da *formação* da prova; em outro, considerou que ela ocorreria caso a prova fosse admitida e produzida em juízo.

acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 84–85.)

⁷³ Cfr. TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione:** problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

⁷⁴ Tomando por premissa essas decisões, bem como aquelas que se seguiram, Nicolò Trocker sintetiza a orientação imperante na Alemanha: “A regra acerca da qual se orientam as cortes alemãs parece a seguinte: a ilicitude da ação voltada para a obter (registro magnético) ou a utilizar (diário) a prova, quando esta configura contrariedade à norma constitucionais, se traduz na inadmissibilidade ou inadmissibilidade da prova em si mesma.” (TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione:** problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 594).

Retoma-se aqui o argumento de que os progressos do Constitucionalismo Alemão do segundo pós-guerra foram essenciais para conferir esse tratamento às *provas inconstitucionais*. Conforme assinala Nicolò Trocker, teve forte influência sobre a assimilação de uma medida de exclusão de provas, em caso de violação de direitos fundamentais, o abandono da concepção de direitos fundamentais como meros *direitos públicos subjetivos*. Essa concepção foi deixada de lado a partir da compreensão de que os direitos fundamentais inseriam na Constituição Alemã uma ordem de valores a serem realizados, não podendo ser entendidos “apenas como direitos de liberdade em face do Estado, mas mais que isso como princípios regulatórios [...] da vida social”.⁷⁵

Assim, de um lado, haveria uma subjetivação das garantias individuais em face do Estado, mas isso, por si só, não impediria que tais garantias se convertessem, de uma perspectiva objetiva, em juízos de valor convertidos em princípios que se irradiam a todos os setores do ordenamento e impõem respeito aos valores consagrados na Lei Fundamental.

No plano institucional, por seu turno, isso significaria que os órgãos do poder judiciário deveriam, diante do caso concreto, interpretar a legislação ordinária sob a luz desses valores constitucionalmente assegurados e, assim, buscar a concretização (realização) desses preceitos fundamentais, conforme as lacunas e as carências do ordenamento jurídico.⁷⁶

A regra de exclusão alemã, assim, seria fruto de uma atividade de integração e de criação,⁷⁷ que parte da ideia de que “o juiz, na obra de ‘concretização’ dos preceitos constitucionais, seja autorizado a preencher diretamente as lacunas do sistema normativo ordinário, substituindo-se à inércia do legislador, sempre que os direitos fundamentais o exijam.”⁷⁸

⁷⁵ TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 585-877. Nicolò Trocker confirma que essa postura move-se sobre o terreno de uma ideologia liberal, tendo nascida na França e sido desenvolvida na Alemanha por Georg Jellinek através da noção de *direito público subjetivo*, que reflete antes de mais nada a “preeminência do indivíduo no confronto com a autoridade pública,” uma pretensão do indivíduo a um não fazer do Estado.

⁷⁶ Cfr. TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 586-587.

⁷⁷ Cfr. TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 586-587.

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 135.

Nesses termos, em que pese a assimilação da solução não estar fundamentada na acepção preconizada pela *teoria da unidade do ordenamento jurídico*, a doutrina refere que a solução do *Bundesgerichtshof* para o problema pode, inclusive, ser remetida à contraposição entre *Rechtmässigkeit* (conformidade com o direito) e *Rechtswidrigkeit* (contrariedade ao direito), desde que reconduzidas às noções de *constitucionalidade* e *inconstitucionalidade* da prova.⁷⁹

Com base nessas colocações e conforme refere Ada Pellegrini Grinover, pode-se afirmar que, desde a perspectiva alemã, não foi concebida a ideia de uma proibição de prova propriamente em razão do reconhecimento da *unidade do ordenamento jurídico*, mas sim em razão de a noção de contrariedade à constituição (inconstitucionalidade) situar-se além da contraposição entre *substance* e *procedure*, em vista de os direitos fundamentais revestirem-se daquelas mesmas características do *Rechtsganze* enunciado pelos defensores da *unidade do ordenamento jurídico*.⁸⁰

O aspecto diferenciador entre esta terceira postura e aquela que defende a unidade do ordenamento jurídico seria, portanto, o de que não é qualquer violação ao direito material que detém aptidão para qualificar a *prova ilícita* como uma *prova inadmissível*, mas somente a transgressão daquelas prescrições que informam tanto a legislação processual quanto os microssistemas de direito material: os *direitos fundamentais*, com os quais o Estado tem um compromisso de realização.

Assim, se, de um lado, a transgressão de uma norma de *direito material* não poderia automaticamente dar lugar à ineficácia da prova, o mesmo não poderia ser dito quando violado um direito assegurado pela Constituição, porquanto a categoria autônoma da *inconstitucionalidade* estaria “além da contraposição entre *substance* e *procedure*”,⁸¹ de forma que “a prova, processualmente típica e válida, pode ser constitucionalmente ineficaz”.⁸²

Uma ressalva quanto a esse posicionamento, entretanto, pode ser obtida das lições de Isabel Alexandre, para quem é necessário ter em consideração que não é possível concluir da simples afirmação de que a constituição figura como a norma hierarquicamente superior que “o comportamento contrário à norma constitucional

⁷⁹ Nesse sentido as lições de Nicolò Trocker sobre o assunto, *Cfr.* TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 595–597.

⁸⁰ *Cfr.* GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 150.

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 150-151.

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 151.

configure uma automática inadmissibilidade processual, nos moldes advogados pela teoria da unidade do ordenamento jurídico”.⁸³

A crítica da autora portuguesa é bem-vinda, não só por causar estranheza que a inadmissibilidade da prova possa ser sustentada a partir da perspectiva estritamente teórica da *inconstitucionalidade do ato* de que se lançou mão para obtê-la, mas também porque desconsidera que a aplicação da medida de exclusão é adotada em detrimento do *direito fundamental à prova*.

Nesses termos, mesmo que se assimile a unidade do ordenamento jurídico desde uma perspectiva constitucional, colocando-se os direitos fundamentais como algo diferente, acima da autonomia entre direito material e direito processual, mostra-se contestável que “essa unidade imponha que da ilicitude de uma conduta se retire a inadmissibilidade processual dessa conduta, pois não é seguro que a admissibilidade da prova ilícita signifique [...] uma contradição com a valoração feita pelo direito material”.⁸⁴

Ainda, deve-se ter em consideração que a exigência de interpretar a legislação infraconstitucional conforme a constituição, bem como o recurso ao preenchimento de lacunas na legislação ordinária partindo-se da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, existe para garantir a eficácia aos direitos fundamentais.

No entanto, considerando-se que a medida de exclusão é aplicada após ter ocorrida a violação do direito fundamental, que se dá durante a formação da prova (declaração escrita obtida mediante tortura), pela forma de sua obtenção (invasão do domicílio para obtenção de um documento ou para ouvir uma conversa), ou em razão da sua própria utilização como prova em juízo (leitura do diário íntimo pelo juiz e terceiros), não é possível afirmar que a assimilação de uma prova ilícita em juízo repercutirá necessariamente em nova violação de direitos fundamentais ou que sua inadmissibilidade irá acarretar o reparo da violação já ocorrida.

Ou seja, a ofensa ao *direito fundamental* já se concretizou e não irá se renovar ou agravar (à exceção da *prova ilícita em si mesma*), pela tão só admissão do meio de prova pelo processo, não sendo a inutilização da prova capaz de promover qualquer tipo de restauração da eficácia ao direito fundamental violado pela conduta antijurídica lançada para obtenção da prova.

⁸³ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 140.

⁸⁴ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 190.

A verdade é que tanto a tese da *unidade do ordenamento jurídico*, quanto esta postura que “centra-se na percepção de um possível contraste entre comportamentos e as normas constitucionais”⁸⁵ fornecem subsídios eminentemente teóricos para sustentar a necessidade de excluírem-se as *provas ilícitas*.

Entretanto, não é possível identificar-se, nessas posturas, qualquer fundamento que conduza ao propósito de dar resguardo a determinados valores, o que, considerando-se a possibilidade de comprometer a *justiça da decisão* e a certeza do não atendimento do *direito fundamental à prova*, as torna vazias de um propósito que aconselhe a adoção da medida de exclusão.

Por tais motivos, ambas devem ser afastadas enquanto fundamento para o Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

2.4.3 Os fundamentos da(s) *exclusionary rule(s)* da Bill Of Rights

Uma vez considerados inadequados os principais argumentos teóricos arguidos na *civil law* como justificativa para a inadmissibilidade da *prova ilícita*, será oportuno recorrer ao direito norte-americano para determinar outros subsídios que auxiliarão na tarefa de determinação da finalidade e fundamento da *regra constitucional de exclusão de provas*.

O direito americano conta com um complexo sistema de regras de exclusão - *exclusionary rules* - de prova de finalidade processual e extraprocessual positivado em seus *statutes*.

A aplicação dessas *exclusionary rules* repercute de forma similar àquelas consequências jurídicas destinadas à *prova inadmissível* do direito brasileiro: o indeferimento do requerimento da prova e a exclusão da prova que admitida.

Em meio a essas hipóteses de exclusão de prova, vige uma *exclusionary rule* idealizada e aplicada pela *U.S. Supreme Court* no enfrentamento das provas obtidas com violação, por parte dos agentes estatais encarregados da investigação e repressão da criminalidade, dos direitos, conteúdo das IV, V e VI emendas da *Bill of Rights*.

⁸⁵ ALLENA, Gianni. Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 32, n. 2, p. 506-528, apr./giugno1989. p. 510.

Sendo três as hipóteses de exclusão de prova em razão de violação de direitos fundamentais, os *Justices* da Suprema Corte referem-se à existência de uma *exclusionary rule* diferente para cada uma das emendas protegidas através da exclusão de provas. Entretanto, para fins deste estudo, a perspectiva que será empregada é a da existência de uma única *exclusionary rule* (por isso o uso de parênteses no título do apartado) com diferentes hipóteses de aplicação, quais definem os direitos que são seu objeto de proteção.

Conforme salienta Jessica Forbes, a *regra de exclusão* da *Bill Of Rights* – doravante designada apenas como *exclusionary rule* – foi estabelecida através de um discurso que contemplava dois propósitos: coibir desvios de conduta da polícia e preservar a integridade do sistema judicial.⁸⁶

Ao primeiro dos fundamentos corresponde aquela que é chamada por Phillip E. Johnson de *deterrent effect theory*.⁸⁷ De acordo com essa base, a estipulação de uma *regra de exclusão de provas* para os casos em que elas tenham sido obtidas com violação de determinados direitos fundamentais tem o condão de dissuadir a adoção desses comportamentos lesivos a determinados bens jurídicos protegidos pela *Bill Of Rights*.

Isso funcionaria da seguinte forma: cientes de que os meios de prova fruto de condutas abusivas não terão qualquer efeito prático dentro do processo, os agentes estatais empenhados em adquirir conhecimentos ou evidências materiais para a comprovação de um fato descartariam a adoção de determinadas práticas ilegais porquanto não teriam o resultado pretendido.

⁸⁶ FORBES, Jessica. The Inevitable Discovery Exception, Primary Evidence, and the Emasculation of the Fourth Amendment. **Fordham Law Review**, v. 55, n. 6, p. 1221–1238, 1987. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol55/iss6/14>>. p. 1222. Indo além desse binômio, Phillip E. Johnson salienta que “existem três teorias distintas que fundamentam a *exclusionary rule*.” São elas, (1) a *personal right theory*, (2) a *judicial integrity theory* e (3) a *deterrent theory*. O acréscimo feito pelo autor, referente à citada *personal right theory*, trata-se de uma compreensão não sustentada pela Suprema Corte, sendo muito antes disso uma outra perspectiva para encarar a *exclusionary rule*, que parte da concepção de que “uma solução conferida para qualquer violação de direito deve balizar-se por devolver à vítima a posição que ela teria caso o direito não tivesse sido violado.” (JOHNSON, Philip E. **Cases and materials on criminal procedure**. St. Paul: West, 1994. p. 57.) Assim, a *exclusionary rule* seria um mecanismo para barrar possíveis desequilíbrios na *disponibilidade de provas* e conhecimentos das partes em um processo, desde que tal disponibilidade decorra de um comportamento antijurídico lançado pela parte para aquisição das provas. Em conformidade com esta linha de raciocínio, a *exclusionary rule* existiria para possibilitar à parte prejudicada pela referida conduta exigir sua exclusão, visando o restabelecimento do *status quo* de *disponibilidade das provas* antes do referido comportamento. Trata-se, na verdade, de um enfoque muito similar àquele atribuído pela *teoria da unidade do ordenamento jurídico* e que não é expressamente arguido pela Suprema Corte, razão pela qual dispensamos análises ulteriores.

⁸⁷ Cfr. JOHNSON, Philip E. **Cases and materials on criminal procedure**. St. Paul: West, 1994. p. 57.

A *judicial integrity theory*, por seu turno, enfatiza a necessidade de aplicação da *exclusionary rule* como um verdadeiro fator legitimador da atuação do poder judiciário, de forma que a aplicação do instituto repercute na afirmação de que os Tribunais encaram com seriedade o respeito aos direitos fundamentais por parte dos agentes estatais.⁸⁸

Trata-se, antes de tudo, de demonstrar um comprometimento moral do Estado com respeito aos direitos fundamentais, de forma que excluir uma prova obtida com violação a tais direitos seria, de um lado, uma maneira de demonstrar que o poder judiciário não compactua com esse tipo de conduta empreendida pelos agentes estatais e, de outro, que não concede nenhum tipo de perdão tácito para tais violações em virtude de seus benefícios para a descoberta da verdade e punição dos criminosos.

Pode-se dizer que essa maneira de a Suprema Corte conceber a *exclusionary rule* foi consolidada com o julgamento do caso *Weeks versus United States*,⁸⁹ no ano de 1914, em que pese a *U.S. Supreme Court* já ter determinado a exclusão de provas durante o julgamento do caso *Boyd versus United States*,⁹⁰ no ano de 1886.

Ambas as decisões são elementares à compreensão de que o instituto foi concebido originalmente para emprestar eficácia aos direitos fundamentais insculpidos na *Bill of Rights* e zelar pela integridade do poder judiciário. Não é por outro motivo que Carolyn Yagla refere que o caso *Boyd* implicou o “reconhecimento de que os tribunais têm a obrigação de proteger direitos individuais de intrusões pelos Estado”,⁹¹ mas que, por seu turno, “o julgamento *Weeks* enfatizou não só a importância de preservar o direito individual à privacidade, mas também a integridade do processo judicial.”⁹²

Na verdade, o caso *Weeks* conta com uma fundamentação tópica e ambígua, que não faz expressa referência a qualquer um desses fundamentos, mas permite que ambos sejam dela retirados, tanto a ideia de *judicial integrity* quanto aquela de *deterrent effect*, os quais só ganharam uma autonomia clara com o desenvolvimento da *exclusionary rule*. Para ilustrar essa colocação, é oportuno dizer que “a ideia de

⁸⁸ Cfr. JOHNSON, Philip E. **Cases and materials on criminal procedure**. St. Paul: West, 1994. p. 58.

⁸⁹ *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

⁹⁰ *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

⁹¹ YAGLA, Carolyn A. The Good Faith Exception to the exclusionary rule. the latest example of new federalism in the states. **Marquette Law Review**, v. 71, p. 166-199, 1987. p. 168.

⁹² YAGLA, Carolyn A. The Good Faith Exception to the exclusionary rule. the latest example of new federalism in the states. **Marquette Law Review**, v. 71, p. 166-199, 1987. p. 169.

que admitir uma prova ilegalmente obtida macula a integridade do judiciário ganhou destaque pela primeira vez nas opiniões divergentes dos Justices Holmes e Brandeis em *Olmstead v. United States*,⁹³ caso julgado pela Suprema Corte em 1928, 14 anos depois de *Weeks*.

Assim, em que pesem ambos os fundamentos pudessem ser inferidos da fundamentação *Weeks*, com o passar dos anos, mudanças em fatores políticos e culturais influenciariam na adoção de uma visão um tanto mais restritiva acerca desses fundamentos, o que acabou por ter sua maior projeção com a posição da Suprema Corte no caso *United States v. Calandra*,⁹⁴ quando sustentado que o fundamento da *exclusionary rule* seria o chamado *deterrent effect*.

A *prevailing opinion* do caso *Calandra* foi escrita pelo Justice Powell, partindo da constatação de que “a *exclusionary rule* foi adotada para tornarem efetivos os direitos da Quarta Emenda”,⁹⁵ esclarece que “o objetivo da regra de exclusão não é remediar o prejuízo para a privacidade do alvo da busca”⁹⁶ e conclui que “em vez disso, o propósito principal da regra é desencorajar futuras condutas antijurídicas da polícia e, dessa maneira, tornar efetiva a garantia da *Quarta Emenda* contra buscas e apreensões.”⁹⁷

Essa formulação do Justice Powell no caso *Calandra* acabou por consolidar o entendimento de que “a regra é calculada para prevenir, não para reparar. Seu objetivo é desencorajar - para obrigar o respeito às garantias constitucionais da única maneira eficaz disponível - removendo o incentivo para negligenciá-la.”⁹⁸

⁹³ PENNEY, Steven. Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the Charter. **McGill Law Journal**, v. 49, n. 1, p. 105-144, 2004. p. 110, nota 16. O caso *Olmstead* – *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928) – é interessante também porquanto nele foi discutida a possibilidade de enquadrar interceptações telefônicas não autorizadas no conteúdo da *Quarta Emenda*.

⁹⁴ *United States v. Calandra* 414 U.S. 338 (1974). No caso, o local de trabalho de John Calandra foi objeto de uma diligência de busca e apreensão judicialmente autorizada, e que tinha por finalidade específica a busca de evidências ligadas a um esquema de apostas ilegais. Entretanto, durante o cumprimento do mandado, foram encontrados registros particulares relacionados a outra investigação, conduzida para derrubar um esquema de agiotagem, e que não integrava os objetivos do mandado expedido. Os documentos apreendidos foram utilizados contra Calandra em um processo para apuração dos fatos relacionados ao esquema de agiotagem, razão pela qual ele solicitou sua exclusão, visto que as informações que basearam o mandado não forneciam causa provável para apreensão de tais documentos e também solicitou que nenhuma pergunta lhe fosse feita com relação ao conteúdo dos referidos documentos perante o Juri.

⁹⁵ *United States v. Calandra* 414 U.S. 338 (1974), p. 347.

⁹⁶ *United States v. Calandra* 414 U.S. 338 (1974), p. 347.

⁹⁷ *United States v. Calandra* 414 U.S. 338 (1974), p. 347.

⁹⁸ *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960), p. 217. Em *Elkins*, a capacidade de coibir condutas do *deterrent effect* foi considerada a principal razão para a existência da regra, entretanto, no próprio caso, a *judicial integrity* projetou uma força de “fundamento coadjuvante” para colocar fim a uma

Desde o precedente *Elkins*⁹⁹, o resguardo da integridade judicial não havia sido excluído, mas sim relegado a uma função coadjuvante que detinha certa expressividade, embora o *deterrent effect* já fosse considerado o fundamento, por excelência, da *exclusionary rule*.

Mais do que a expressa opção pelo *deterrent effect* como único fundamento da *exclusionary rule*, percebe-se igualmente da *prevailing opinion* do *Caso Calandra* que esse viés preventivo trata de uma funcionalidade vinculada a uma finalidade maior, que pode ser compreendida como a tutela de determinados direitos fundamentais frente à atividade investigativa desenvolvida pela polícia.

Saliente-se, entretanto, que a fixação da prevalência do *deterrent effect* pelo precedente *Calandra* não foi uma determinação baseada na unanimidade das opiniões dos *Justices* que participaram do julgamento em questão, não tendo escapado às críticas dos *Justices* Brennan, Douglas e Marshall deduzidas em uma *dissenting opinion* redigida pelo primeiro, a qual contém argumentos em que defendem a prevalência da *judicial integrity* como fundamento para aplicação da *exclusionary rule*. Segundo a visão dos vencidos, a *exclusionary rule* teria uma dupla função: de “evitar a pecha de parceria com a ilegalidade oficial”¹⁰⁰; e “de assegurar às pessoas que o Estado não irá lucrar com seu próprio comportamento ilegal”¹⁰¹, assim “minimizando o risco de prejudicar a confiança popular no poder estatal”¹⁰² e tudo tendo em consideração que seria melhor deixar alguns poucos culpados saírem livres do que corroborar um comportamento antijurídico da polícia.

O resultado desse acalorado debate, aliado a mudanças na conjuntura política e social, foi determinante para os rumos da densificação dogmática conferida ao instituto pela Suprema Corte. Não é por outra razão que Costa Andrade refere que “a preordenação das proibições de prova à salvaguarda da disciplina da actuação da polícia aflora [...] em algumas das singularidades mais marcantes do regime das *exclusionary rules*”.¹⁰³

Tais singularidades, entretanto, serão tema de apreciação e crítica nos próximos capítulos deste estudo. Os argumentos em si considerados, o *deterrent*

interessante construção até então vigente, a *silver platter doctrine*, que será analisada no próximo capítulo.

⁹⁹ *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960).

¹⁰⁰ *United States v. Calandra* 414 U.S. 338 (1974), p.356

¹⁰¹ *United States v. Calandra* 414 U.S. 338 (1974), p.356

¹⁰² *United States v. Calandra* 414 U.S. 338 (1974), p.356

¹⁰³ COSTA ANDRADE, Manoel da. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 145.

effect e a *judicial integrity*, por outro lado, merecem atenção imediata, porquanto condizentes com a tarefa de buscar o fundamento e a finalidade da *regra constitucional de exclusão de provas*.

2.4.4 (Segue) O efeito profilático e a proteção de bens jurídicos

Embora a tese da *unidade do ordenamento jurídico* e a equivalente ideia de prova inconstitucional sejam fundamentos eminentemente teóricos, não transparecendo comprometimento com o resguardo de valores, esse não parece ser o caso da perspectiva que parte do aspecto funcional da *deterrent effect theory*, entendido como tal a sua capacidade de dissuadir a adoção de condutas lesivas a determinados bens jurídicos.

Pensada em conformidade com este *efeito profilático*, a função da medida seria “educar para coibir”, esclarecendo para os destinatários do *deterrent effect* que, caso sejam adotadas condutas incompatíveis com o direito material para atender a finalidade de comprovação de suas alegações, o resultado pretendido – eficácia probatória – não poderá ser aproveitado.¹⁰⁴

A capacidade protetiva do instituto passa por seu viés educativo, propondo que “o processo civil não é um campo de batalha no qual fosse permitido a cada contendedor o emprego de todos os meios úteis e capazes de conduzir ao triunfo sobre o ‘inimigo’,”¹⁰⁵ e proibindo que a *busca da verdade* seja empreendida a todo custo, como se a finalidade de comprovar uma alegação em juízo justificasse a adoção de qualquer conduta.¹⁰⁶

O “poder de dissuasão” do instituto, portanto, não pode ser visto como um fim em si mesmo, mas como um traço essencial da funcionalidade da *regra constitucional de exclusão de provas*, a maneira como a garantia atua para

¹⁰⁴ A perspectiva aqui traçada encontra guarida na colocação de Nicolò Trocker no sentido de que a “o objetivo principal que miram as modernas regras de exclusão é aquele da educação e prevenção.” (TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 634–635).

¹⁰⁵ ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Victor de Zavalía, 1974. v. 1, p. 539.

¹⁰⁶ De fato, retrataria certa incoerência por parte do Estado em tomar para si o monopólio da resolução de conflitos nascidos no seio social, vedando a autotutela pelos indivíduos – ao ponto de criminalizar o *exercício arbitrário das próprias razões* –, mas permitindo-lhes irrestritamente servir-se de expedientes contrários ao direito para satisfazer sua necessidade de comprovar alegações dentro de um processo judicial.

promover a proteção dos bens jurídicos a que correspondem as normas de natureza substantiva.

Ou seja, enquanto os direitos e garantias visam a tutelar bens jurídicos determinados, a garantia visa a tutelar esses direitos e garantias, assim alcançando sua finalidade última.

Além disso, embora seja claro que a garantia presta um reforço à proteção proporcionada pelo direito material, também é certo que sua capacidade de coibir condutas – e assim proteger bens jurídicos – tem um espectro de ação mais restrito, porquanto o efeito jurídico da *inadmissibilidade* só serve ao desestímulo de condutas adotadas com vistas à obtenção de provas.

Assim, utiliza-se o direito processual para redução da vulnerabilidade dos bens jurídicos tutelados pelo direito material, ao menos na medida em que fica coibido o desrespeito a esses direitos no que tange à atividade desenvolvida com o fito de tornarem-se disponíveis os meios de comprovação aos interessados.

É nesse sentido que se compreende a lição de Marinoni e Arenhart, para quem “a razão de ser da proibição inserida no art. 5º, LVI, da CF está na insuficiência de sancionar a *prova ilícita* apenas no plano do direito material. Para uma maior proteção dos direitos é preciso negar eficácia à prova no processo.”¹⁰⁷

Nesse aspecto, não se ignora que o ordenamento jurídico, através de normas de direito material, já prescreve respostas para comportamentos antijurídicos, afirmando que a razão de ser da *garantia constitucional* está em fortalecer-se essa proteção, já conferida pelo *direito material*.

Isso significa que, através do *direito processual* e da aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas* seria conferido um segundo nível de proteção para os bens jurídicos já tutelados pelo direito material, sem excluir a possibilidade de que tal proteção possa dar-se em primeiro nível, caso o legislador ordinário incorra em omissão de conferir proteção normativa adequada a um bem jurídico fundamental.

Essa perspectiva, se aparentemente não encontra apoio nos fundamentos teóricos traçados pelo *Bundesgerichtshof*, parece compatível com a linha argumentativa adotada pela *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana* ao proferir a *Sentença n. 34 de 6 de abril de 1973*, ocasião em que enfrentou pela primeira vez

¹⁰⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

o problema das provas ilícitas,¹⁰⁸ tornando “individualizada a categoria das provas ‘inconstitucionais’, pela qual a inadmissibilidade da prova ilícita deflui diretamente da Constituição, independentemente de normas específicas de natureza processual.”¹⁰⁹

O caso versava sobre a realização de interceptações telefônicas para investigação de um fato criminoso. Argumentava-se em recurso que a interceptação telefônica caracterizaria uma ofensa ao direito fundamental de sigilo das comunicações (artigo 15, comma 1º, da *Costituzione*) e ao direito ao silêncio durante o interrogatório. Com relação à arguição de inconstitucionalidade da medida investigativa, a corte salientou que o Artigo 15 da Constituição Italiana¹¹⁰ não se limitava a conferir proteção ao sigilo das comunicações, mas também, no *comma* 2º, dispunha que o direito poderia ser limitado por ato devidamente motivado por órgão judicial, significando as disposições o resultado da ponderação entre as necessidades de proteger o livre desenvolvimento da personalidade e o de reprimir atividades criminosas.¹¹¹

Ou seja, a *Corte Costituzionale* não negou a existência de um dever de respeito ao sigilo das comunicações, contudo reconheceu que o direito fundamental pode ser transposto diante de determinadas situações que exigem o rigor de uma interceptação telefônica, sendo a atuação do poder judiciário essencial para a realização do controle de real necessidade da medida e para dotá-la de juridicidade.

Além disso, para o que mais interessa a este estudo, a *Corte Costituzionale* reconheceu que os direitos conteúdo do 1º *comma* do Artigo 15 da *Costituzione* seriam gravemente comprometidos acaso pudessem ser utilizadas contra o

¹⁰⁸ Cfr. ALLENA, Gianni. Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 32, n. 2, p. 506-528, apri./giugno1989. p. 510; e Cfr. TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 598.

¹⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 141.

¹¹⁰ **Art. 15.** La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'Autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge.

¹¹¹ Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Sentenza n. 34; 4 aprile 1973; *Deposito in cancelleria: 6 aprile 1973; Pubblicazione in "Gazz. Uff." n. 95 dell'11 aprile 1973*; Pres. BONIFACIO - Rel. BENEDETTI. A ponderação acerca da relação entre o comma 1º e 2º do artigo 15º da *Costituzione* foi feita pela corte nesses exatos termos: “Nel precetto costituzionale trovano perciò protezione due distinti interessi; quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale.”

interessado como provas as interceptações telefônicas produzidas sem prévia e motivada autorização judicial.¹¹²

O raciocínio empregado pela *Corte Costituzionale* guarda uma similaridade espantosa com aquele emprestado pela *U.S. Supreme Court* para justificar a *exclusionary rule*, porquanto considera que tornar inadmissível uma prova obtida através de uma conduta contrária ao disposto na Constituição é essencial para não comprometer a eficácia dos direitos por ela assegurados porque excessivamente expostos a violações indevidas.

Essa colocação facilmente pode ser compreendida como decorrente da necessidade de conferir proteção ao direito fundamental ao sigilo das comunicações, através da medida de exclusão, como forma de prevenir futuras violações.

A suprarreferida decisão serve para ilustrar o quanto é aceitável compreender que o efeito profilático pode, efetivamente, ser compreendido como um fundamento para atender a finalidade de emprestar proteção aos bens jurídicos tutelados pelo direito material por meio de uma regra de exclusão como aquela referente às provas ilícitas.

Além disso, essa perspectiva de enfrentamento do problema das *provas ilícitas* pela *Corte Costituzionale*, que culminou na expressão de uma regra geral de inadmissibilidade da prova obtida em violação a direitos fundamentais materiais, só se tornou possível, conforme salientam Trocker e Avolio, após (1) a vigência de uma nova *Costituzione*, já no período pós-guerra, consagrando valores como a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade¹¹³; (2) superação de uma fase de impermeabilidade dos instrumentos jurídicos à nova ordem de valores, não adaptados para um sistema que preconizava que o homem deveria ser o centro de

¹¹² Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Sentenza n. 34; 4 aprile 1973; *Deposito in cancelleria: 6 aprile 1973; Pubblicazione in "Gazz. Uff." n. 95 dell'11 aprile 1973*; Pres. BONIFACIO - Rel. BENEDETTI. "Dal disposto di questo articolo, che espressamente enuncia la possibilità di limitazioni del diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge, è dato inferire che il principio enunciato dal primo comma della norma costituzionale sarebbe gravemente compromesso se a carico dell'interessato potessero valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente senza previa, motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Se ciò avvenisse, un diritto "riconosciuto e garantito" come inviolabile dalla Costituzione sarebbe davvero esposto a gravissima menomazione."

¹¹³ Uma breve leitura do artigo 2º é o bastante para evidenciar o afirmado: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale."

proteção do sistema;¹¹⁴ e (3) a ocorrência de alguns acontecimentos ligados a desvios de conduta policial, mediante a utilização das novas tecnologias e que chocaram a opinião pública.¹¹⁵

Note-se que a conjugação desses fatores é muito similar, ou até idêntica àquela que culminou na adoção da medida pelo *Bundesgerichtshof*, em face de valores constitucionalmente assegurados.

E em que pese o substrato teórico da construção alemã ter como pano de fundo complexas teorizações que comungam com a ideia de efeito irradiador dos direitos fundamentais, além de uma peculiar noção de inconstitucionalidade da conduta, é certo que a concepção da regra de exclusão tratou-se, sobretudo, do fruto de um conjunto de circunstâncias problemáticas referentes a desvios de conduta na obtenção de provas e de pronta disposição dos órgãos jurisdicionais para elaborar um remédio, buscando contornar uma situação que naquele momento já era evidente.

Afirma-se, com isso, que a experiência alemã, tanto quanto a norte-americana e a italiana, foram conduzidas à adoção de regras de exclusão, independentemente de expressa previsão legal, como forma de superarem-se os malefícios de uma lacuna na proteção conferida aos valores constitucionalmente assegurados.¹¹⁶

Em verdade, pode-se afirmar que a positivação dos *Beweisverfolgungsverbote*,¹¹⁷ tanto quanto a criação da *exclusionary rule* pela Suprema Corte, têm o objetivo comum de coibir a adoção de condutas que ofendam os direitos fundamentais.

¹¹⁴ A colocação de Trocker e de Avolio vai amparada pelo escólio de Ada Pellegrini Grinover, no sentido de que, do final da década de 60 do século XX em diante, a Corte Costituzionale passou a abandonar os esquemas tradicionais em matéria de processo penal, zelando pela ampla permeabilidade dos princípios constitucionais em todas as fases e procedimentos correlatos à ação penal, a fim de garantir a ampla defesa do acusado. (GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 138 - 139.)

¹¹⁵ Cfr. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 54-56.

¹¹⁶ Conforme salienta Ada Pellegrini Grinover, a criação de regras de exclusão diretamente de direitos e garantias constitucionalmente assegurados na Lei Fundamental de Bonn, sem dúvida, é o maior ponto de contato entre o ordenamento alemão e a experiência norte-americana com a *exclusionary rule*. (GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 135).

¹¹⁷ Ada Pellegrini Grinover os descreve como “impedimentos cujo objeto é tutelar a inviolabilidade da esfera na qual as normas constitucionais ou os princípios gerais do ordenamento garantem ao indivíduo o livre exercício de seus direitos de personalidade”. (GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 134.)

Não é por outro motivo que Manoel da Costa Andrade assevera que, tanto no direito alemão quanto no norte-americano, “se trata de prevenir o recurso a meios de prova contrários a garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas”.¹¹⁸

Em que pesem os fundamentos expressamente apontados para promover a exclusão da prova serem distintos, um calcado na noção de inconstitucionalidade e o outro, no “poder de dissuasão” do instituto, o propósito de proteção e a funcionalidade preventiva parecem ser comuns às duas experiências.

De tudo isso, conclui-se que a proteção de bens jurídicos pode, sem margem de dúvidas, ser compreendida como a finalidade do instituto, enquanto o fundamento dessa proteção reside no *efeito profilático*, que determina seu caráter eminentemente preventivo.

Essa forma de conceber o fundamento e a finalidade do instituto, de forma análoga ao preconizado pelo direito norte-americano, sequer pode ser considerada estranha ao jurista brasileiro, uma vez que o próprio *Supremo Tribunal Federal*, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 69.912-0-RS, cujo voto-vencedor foi redigido pelo Ministro Sepúlveda Pertence,¹¹⁹ acabou por incorporar uma das construções teóricas da Suprema Corte para aplicação da *exclusionary rule* – a *fruits of the poisonous tree doctrine* – partindo de premissas análogas e “como que incorporando a fundamentação profilática da *exclusionary rule*”.¹²⁰

Tanto o referido precedente, como a própria *doutrina dos frutos da árvore venenosa*, serão adiante analisados. Neste momento, basta esclarecer que a ideia de “coibir para proteger” não é estranha à compreensão da funcionalidade da *regra de exclusão* para os tribunais brasileiros, encontrando plena compatibilidade com o suporte fático desenhado no Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, que associa o efeito de inadmissibilidade da prova à juridicidade das condutas lançadas para sua obtenção e formação.

Entretanto, uma última ressalva ainda é necessária. A assimilação de um fundamento para a regra constitucional de exclusão de provas análogo ao *deterrent effect* não significa que a interpretação e aplicação do instituto devam ser realizadas

¹¹⁸ COSTA ANDRADE, Manoel da. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 135.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 69.912-0-RS. Segundo julgamento. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 16 dez. 1993. **DJ** 25 mar. 1994. p. 06012. Ement Vol-01738-01. p. 00112. RTJ vol-00155-02. p. 00508.

¹²⁰ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 23, n. 66, p. 61-84, mar. 1996. p. 74.

conforme preconiza a *U.S. Supreme Court* para a *exclusionary rule*. A demonstração disso será feita em outra etapa deste estudo, mediante a análise da densificação dogmática conferida pela Suprema Corte ao instituto e determinação de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, tudo com vistas ao aprimoramento do instituto.

2.4.5 (Segue) A legitimação da atuação do poder judiciário

Em que pese a própria *U.S. Supreme Court* não mais atribuir à *judicial integrity* o caráter de fundamento da *exclusionary rule*, e este estudo corrobore a afirmação o de que “o objetivo principal de disposições como a do Artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, é o de ‘educação e prevenção’,”¹²¹ não é recomendável ignorar que o argumento de legitimação da atuação do poder judiciário também é detectável na jurisprudência dos tribunais pátrios, notadamente ante provas obtidas por agentes estatais e na seara criminal.¹²²

Lança-se mão desse discurso principalmente quando são consideradas as condutas empreendidas por agentes estatais encarregados da persecução criminal para obtenção de uma prova, vez que, em caso de admissão da prova, os órgãos do poder judiciário, também representantes do Estado, estariam, de certa forma, na

¹²¹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 226.

¹²² É nesse sentido que se compreende o fundamento empregado à garantia pelo Ministro Celso de Mello, que coloca “todas as instâncias de poder” como estritamente vinculadas ao “*due process of law*” e, em razão disso, compreende que as decisões do judiciário não podem escorar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos durante a ação persecutória do Estado. Para exemplificar, segue transcrito trecho da ementa do Habeas Corpus n. 93.050, julgado do STF que teve sua relatoria: “[...] 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 consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “*male captum, bene retentum*”. [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 93050. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 10 jun. 2008. **DJe** 142. Divulg. 31 jul. 2008. Public. 01 ago. 2008 Ement vol-02326-04. p. 00700).

vexatória posição de cúmplices da ofensa empreendida, atentatória contra o *fair play* que é exigível de quem é, por excelência, o destinatário dos direitos fundamentais e responsável por promover aquele mínimo ético insculpido pelas normas de direito penal.¹²³

Também na doutrina norte-americana essa noção continua tendo expressão no posicionamento de juristas que compreendem que a *judicial integrity* deve ser considerado o fundamento essencial da *exclusionary rule*.¹²⁴

Diante dessas constatações, o fundamento merece algumas considerações.

A primeira observação pertinente é que, conforme demonstrado pelo precedente Elkins, a *judicial integrity* pode ser considerada um fundamento em convívio com o *deterrent effect*.¹²⁵

Ou seja, não se pode excluir o fato de que a aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas* possa repercutir como um verdadeiro fator para legitimar a atuação do poder judiciário.

Não se pode negar a existência de uma *eficácia legitimadora* na aplicação da regra de exclusão, principalmente porque o Estado (juiz) que a aplica é o mesmo Estado que tinha o dever de proteger o direito violado e que veda a “justiça de mão própria”.

Ao mesmo tempo, entretanto, a *justiça da decisão* e a observância de um *direito fundamental à prova* também podem ser vistos enquanto fatores utilizados para legitimar a atuação do poder judiciário, fazendo com que o fundamento da *judicial integrity* seja analisado, antes de tudo, sob o enfoque de um verdadeiro conflito de fatores de legitimação.

¹²³ Nessa esteira, cuide-se das lições de Manoel da Costa Andrade, quem, ao longo de sua obra trata do viés preventivo da regra, mas, ao mesmo tempo, e já nas suas colocações introdutórias - fazendo menção à doutrina alemã - refere que o Estado estaria a comprometer a própria *função da pena* caso lançasse mão do ilícito para comprovar a prática de um crime (COSTA ANDRADE, Manoel da. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 15). Veja-se, ainda, que para doutrinadores dedicados ao processo penal como Kai Ambos, “as proibições de prova resultam de um componente individual e outro coletivo: por um lado, servem para a garantia dos direitos fundamentais, [...] já por outro [...] se preserva a integridade constitucional” (AMBOS, Kai; LIMA, Marcelus Polastri. **O processo Acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 82–83.)

¹²⁴ BLOOM, Robert M.; FENTIN, David H. A more majestic conception. The importance of judicial integrity in preserving the exclusionary rule. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, p. 47-80, 2010.

¹²⁵ Reitera-se que o caso Elkins será alvo de abordagem no próximo capítulo. Nesse sentido, o próprio Philip E. Johnson, ao tratar dos fundamentos da *exclusionary rule*, salienta que a *personal right theory*, a *deterrent effect theory* e a *judicial integrity theory* podem ser estabelecidas em convívio.

Por via oblíqua, entretanto, pode-se dizer com Isabel Alexandre que “nem o processo penal é o meio adequado para demonstração de superioridade moral (mas apenas de salvaguarda da ordem social) nem é a imoralidade da conduta que do Estado que conduz a não valorar certa prova, mas sim a sua ilicitude”.¹²⁶

Dessa forma, compreender a *judicial integrity* como fator suficiente, por si só, para fundamentar a adoção de uma regra de exclusão é o mesmo que colocar a legitimidade do poder estatal, enquanto expressa através do poder judiciário, à frente de sua própria função, de sua finalidade prática, que é a de pacificar conflitos por meio de decisões justas, o que não se mostra correto.

A salvaguarda da legitimidade moral do poder judiciário não representa um valor (um peso) maior do que a finalidade a que se destina o processo judicial. Não é maior nem no âmbito do processo penal, destinado à proteção da ordem social – dever Estatal –, nem no âmbito do processo civil, que serve à tutela dos direitos.

Além disso, mostra-se até controversa a ideia de que a apreciação de uma *prova ilícita* deva ser interpretada como uma mácula para a atuação do poder judiciário, porquanto, em regra, o próprio direito material prevê respostas para as condutas antijurídicas, demonstrando reprovação a elas.

Nesse sentido, poderia ser concebida a ideia de que a integridade do juízo estaria afetada se, e somente se, as repercussões de tais condutas antijurídicas fossem, por algum motivo, excluídas da apreciação pelo poder judiciário, o que, conforme dicção do Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, ao prescrever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, não é o caso.

Por óbvio, não é aceitável que os órgãos do poder judiciário tenham parte em condutas antijurídicas, todavia o mero fato de entrar em contato com o material, fruto de atividade ilegal, por si só, não faz deles cúmplices das condutas empreendidas, o que é uma premissa da *judicial integrity*.

De acordo com o que salientado pelo Justice Rehnquist em sua *dissenting opinion* no caso *California versus Minjares*,¹²⁷ “enquanto é bem verdade que as cortes não devem ser partícipes de um ‘negócio sujo’, também não devem ser virgens vestais etéreas de outro mundo.”¹²⁸

¹²⁶ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 242.

¹²⁷ *California v. Minjares*, 443 U.S. 916 (1979).

¹²⁸ *California v. Minjares*, 443 U.S. 916, 928 (1979).

Por mais exagerado que seja o apelo simbólico da colocação do *Justice*, a ideia merece ser corroborada.

Não é o simples contato com o fruto de uma conduta condenável, ainda capaz de ser útil como instrumento da realização da justiça, que serve de fundamento para sua inadmissão.

Por tais motivos, compreende-se que o resguardo da legitimidade do poder judiciário, ou do poder estatal, não deve ser encarado como a finalidade precípua da *regra constitucional de exclusão de provas*, embora não se exclua a possibilidade de que sua aplicação tenha *eficácia legitimadora* diante de algumas circunstâncias.

2.4.6 A garantia como regra de exclusão de função epistêmica

É necessário analisar um último fundamento arguido com relação à vedação, a fim de evitarem-se equívocos quanto à qualificação de uma prova tida como ilícita. Trata-se do argumento de que a inadmissibilidade da *prova obtida por meios ilícitos* no processo é medida necessária em decorrência da baixa confiabilidade de seu conteúdo.

Trata-se de um argumento que, caso assimilado, estaria conferindo um viés epistemológico à vedação constitucional e, segundo Isabel Alexandre, resume-se à ideia de que uma prova só deve ser excluída quando “o modo como ela foi obtida gera dúvidas acerca da sua credibilidade e, nesta medida, ela deve ser rejeitada, sob pena de desacerto da apreciação do juiz.”¹²⁹

A perspectiva, portanto, não se lança necessariamente sobre a ocorrência de um comportamento antijurídico em si, mas sim nos possíveis reflexos negativos que sua realização pode ter sobre a confiabilidade da prova, tornando-a um instrumento excessivamente contingente para que sua admissão no processo e submissão ao juízo de valoração do magistrado possa ser aceita.¹³⁰

¹²⁹ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 140. A obra citada por Isabel Alexandre é: PETERS, Egbert. Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozess.

¹³⁰ Nesse sentido parece ser a opinião de Jordi Nieva Fenoll, quem, ao referir-se à inadmissibilidade das provas ilícitas aduz que “no fundo de tudo se espera que, se a tarefa desenvolvida pela polícia for praticada de acordo com o que estabelecem os direitos fundamentais, será muito mais complicado introduzir provas falsas no processo, o qual favorecerá, sem dúvida, o direito de defesa. No processo civil ocorre algo parecido. Sem violar os direitos fundamentais é mais difícil que ingressem no processo provas falsas, o que favorece, ao menos desde este ponto de vista, a averiguação da verdade.” (FENOLL, Jordi Nieva. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 190.)

Os defensores dessa postura entendem que comportamentos que violam a intimidade, a integridade física, ou a livre manifestação do indivíduo, só teriam como consequência a exclusão da prova por eles formada, porquanto prejudicial a seu conteúdo. Referem, por exemplo, que a tortura e a narcoanálise são inapropriadas para obterem-se declarações das partes e de testemunhas, porque o conteúdo de suas declarações seria prejudicado por tais métodos, ou então, que a gravação de uma conversa não revelada ao interlocutor poderia ser prejudicial ao conteúdo da prova, pois, no momento em que a declaração é registrada, o interlocutor não tem necessariamente o dever de dizer a verdade.

Doutrinador brasileiro representante dessa linha é Hemenergildo de Souza Rego, para quem não é o próprio cometimento de uma violação a direitos que implica a não admissibilidade da prova. Segundo ele, não deveria existir uma regra geral de inadmissibilidade para os casos de ilicitude na obtenção da prova, mas, tão somente, para aqueles casos em que o emprego de um meio ilícito de obtenção implique necessariamente prejuízo à *busca da verdade*:

É claro que uma confissão, p.ex., obtida mediante tortura, não deve reproduzir efeitos no processo. Mas isso não decorre da reprovabilidade em si, do meio utilizado, e, sim, da falta de confiabilidade da própria prova que resultou da utilização de tal meio. Mas se a prova é, p. ex., um documento de cuja autenticidade não se tem qualquer dúvida, afigura impossível pretender que ao juiz seja vedado colocar tal documento à base de sua convicção, porque para obtê-lo foram utilizados meios criminosos ou inconstitucionais. Ora, contra a prática do crime, ou a infração à constituição, terá o ordenamento jurídico suas sanções próprias. Atuem-se tais sanções, mas sem pretender que, além delas, e a pretexto de desestimular a prática de infrações, deixe o processo de atingir suas finalidades. [...] Estimule-se, por todos os meios, a observância das leis e o respeito aos direitos individuais – mas sem desnecessárias repercussões no campo do processo, e principalmente sem se impedir que ele atinja suas finalidades.¹³¹

Chega a causar estranheza o fato de Hemenergildo de Souza Rego mencionar o disposto no artigo 233 do Código de Processo Penal Brasileiro¹³² para demonstrar seu ponto de vista. Esse dispositivo legal se refere à comunicação epistolar, expressamente consignando a inadmissibilidade das cartas particulares

¹³¹ REGO, Hemenergildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 115.

¹³² Refere o *caput* artigo 233 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941: “Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

“interceptadas ou obtidas por meios criminosos”. Entretanto, é de se salientar que a mera interceptação ou subtração de uma carta particular, de forma alguma, afeta o seu conteúdo enquanto prova, sendo nítido o propósito do instituto de preservar a segurança e a expectativa de privacidade quanto ao uso desse meio de comunicação e não de impedir que o juiz tenha diante de si um documento de conteúdo duvidoso.

A afirmação do fundamento de preservação da busca da verdade, sobretudo, demonstra uma preocupação com a qualidade do material probatório destinado à apreciação do magistrado e, mais especificamente, das implicações que isso pode ter na possibilidade da descoberta da verdade.

É até curioso que a *busca da verdade*, enquanto um dos maiores argumentos contrários à adoção de uma regra de exclusão, também seja arguido como um dos seus possíveis fundamentos.

Entretanto, dois argumentos são essencialmente importantes para fazer cair por terra o ponto de vista defendido por esta corrente.

O primeiro consiste na afirmação de que toda prova possui um grau de *credibilidade* relativo; e o segundo refere-se ao fato de que é incoerente assimilar uma proibição de prova desse quilate em virtude de uma preocupação com o processo decisório inserido em um *sistema da persuasão racional*.

Assim, de um lado, não se exclui a possibilidade de que o conteúdo da *prova ilícita* seja distorcido em maior ou menor grau através do método empregado na sua obtenção. Porém, deve-se sempre considerar que a afetação do conteúdo da prova é uma característica contingente – não necessária – à violação de direitos na obtenção da prova.

Nesse sentido, a possibilidade de provas falsas aportarem no processo é uma constante, independentemente de ter havido, ou não, violação de direitos durante sua obtenção, não havendo razão para estabelecer-se um tratamento discriminatório em relação à prova ilícita tão somente em razão da possível ou provável deturpação de seu conteúdo em razão da conduta empreendida para sua obtenção ou formação.

Sobre isso, refere Isabel Alexandre que “todos os meios de prova oferecem o mesmo perigo”,¹³³ exemplificando que “a própria lei (com algumas limitações

¹³³ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 188.

embora) considera a prova testemunhal como um meio de prova perfeitamente admissível e, no entanto, a possibilidade de falsos depoimentos é uma evidência”.¹³⁴

De outra perspectiva, o sistema da *persuasão racional* também surge como um argumento relevante para não assimilar como fundamento a distorção da eficácia da prova, já que “é ao tribunal que, salvo disposição de lei em contrário, compete analisar se um meio de prova é credível ou não”.¹³⁵

Ou seja, o grau de correspondência entre a proposição inferível da prova e a *realidade empírica* é tarefa reservada para a fase de *valoração da prova*, compreendida pelo magistrado em etapa posterior a de *admissibilidade*.

Sobre isso, aliás, cabe salientar que precedentes do Supremo Tribunal Federal colocam com precisão que não é a *idoneidade da prova* a motivação essencial para que seja vedada a admissibilidade e utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Exemplo disso é a manifestação do Ministro Gilmar Mendes no voto vencedor do HC 91.613/MG, em trecho da decisão em que analisa argumento do impetrante do *Habeas Corpus* requerendo a exclusão de gravações de conversas telefônicas, porquanto presentes indícios de “cortes” nas gravações. O Ministro afastou as alegações de ilicitude e inadmissibilidade da prova referindo que “o corte indubitavelmente não se confunde com o meio de prova e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico”, já que “eventual vício atinge a idoneidade da prova, enquanto valor probatório, não sua licitude”.

Ou seja, com correção o Supremo Tribunal Federal diferencia o exame de licitude e credibilidade do meio de prova, entregando o segundo ao plano de incidência do livre convencimento do magistrado.¹³⁶

Em suma, a afirmação de que “o problema das provas ilícitas (...) não concerne a atos ilícitos que se liguem ao problema da veracidade da prova”¹³⁷

¹³⁴ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 188.

¹³⁵ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 187.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 91613. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 15 maio 2012. Acórdão Eletrônico DJe-182. Divulg 14 set. 2012. Public 17 set. 2012. Especificamente sobre a questão encerrar-se no juízo de valoração da prova, referiu Gilmar Mendes: “Quanto ao valor probante do resultado da gravação, cabe ao órgão jurisdicional, destinatário da prova, averiguar se houve ou não violação de sua integridade, a fim de, tecendo juízo crítico do material colhido, atestar o que é ou não pertinente ser mantido no processo ou qual seu valor.”

¹³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 100. No mesmo sentido, afirmam Marinoni e Arenhart que “não é correto imaginar que a proibição da prova ilícita surgiu da necessidade de se garantir a descoberta da verdade no processo [...]” (MARINONI, Luiz Guilherme;

parece ser adequada quando nos referimos ao conteúdo da *regra constitucional de exclusão de provas*, mantendo-se a opinião de que o instituto tem, antes de qualquer outro objetivo, a missão de conferir proteção a direitos e garantias expressos na Constituição e no ordenamento jurídico em geral.

2.5 A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA EM SI MESMA

Neste ponto cumpre fazer um parêntese para sanar uma questão deixada em aberto *supra*.

Por ocasião da abordagem daquilo que, com base nos ensinamentos de Isabel Alexandre, designou-se por *hipóteses típicas de ilicitude*, ficou postergada a análise acerca da vedação da chamada *prova ilícita em si mesma* pelo Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, razão por que a análise da (in)admissibilidade dessa prova no ordenamento jurídico brasileiro será objeto de algumas considerações.

Uma vez determinados o fundamento e a finalidade da *regra constitucional de exclusão de provas*, é possível estabelecer se, no ordenamento jurídico brasileiro, também a *prova ilícita em si mesma* pode ser considerada verdadeira *prova inadmissível* e os fundamentos com que essa base pode ser sustentada.

A *prova ilícita em si mesma* não é aquela propriamente obtida ou formada através de uma conduta antijurídica, mas sim aquela cujos atos materiais de utilização em juízo podem acarretar em verdadeira violação a direitos fundamentais.

O texto do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal Brasileira, não permite interpretar que estão impossibilitadas as partes e o juiz de fazer uso desse tipo de prova, do que decorrem interpretações como a de Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz, para quem “a redação da Constituição Federal [...] não deixa dúvidas de que o momento precípua a ser focalizado é o da obtenção.”¹³⁸

ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 387-388).

¹³⁸ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil**: o conteúdo processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 81. Saliente-se que, Isabel Alexandre, ao versar sobre as situações não abrangidas pelo art. 32º, nº 8, da Constituição da República Portuguesa, critica o rol taxativo de violações de direitos fundamentais que conduzem a inadmissibilidade da prova assim obtida, referindo que o preceito, além de não contemplar todas as possíveis situações de ilicitude na obtenção das provas, também

Uma análise das peculiaridades que cercam essa modalidade de *prova ilícita*, entretanto, parece recomendável antes que seja excluída a possibilidade de inadmiti-la em atendimento ao mesmo escopo da garantia constitucional.

Percebe-se que é a *intimidade* o bem jurídico que, por excelência, vai afetado pela utilização dessas provas, sendo que sua violação pode ocorrer no próprio ato de verificação da admissibilidade do meio de prova, em virtude de o próprio magistrado entrar em contato com o conteúdo de foro íntimo, ofensa que pode agravar-se ainda mais com a própria admissão da prova e “divulgação” que é inerente ao próprio exercício do contraditório e à publicidade do processo, permitindo contato com o meio de prova por pessoas alheias à lide.

Reconhece-se que a apreciação de determinado meio de comprovação pelo juiz, bem como sua divulgação, “pode constituir uma inadmissível ofensa ao direito de personalidade do seu autor”, pelo que parece sensato exigir das partes que não apresentem provas desse tipo em juízo e, mais ainda, que o magistrado não as admita a fim de evitar que a ofensa à intimidade, já ocorrida pela simples apreciação do conteúdo do documento, venha a se agravar.

Nessa esteira, parece útil e necessário que, caso requerida a admissão de uma *prova ilícita em si mesma*, seja ela inadmitida ou excluída do processo.

Conforme o mecanismo protetivo do *efeito profilático*, a imposição da medida implicaria tanto coibir as partes que dispõem dessas provas de requerer sua admissão, quanto à própria conduta do juiz excessivamente interessado na *busca da verdade*, em admiti-las e, assim, divulgá-las.

Tem-se com clareza, portanto, que a aplicação da *regra de exclusão* nesses casos constitui medida benéfica à proteção dos direitos fundamentais, razão por que deveria ser adotada pelo constituinte também em relação à *prova ilícita em si mesma*.

E se o recurso aos elementos textuais do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, não permite interpretação no sentido de que a *prova ilícita em si mesma* também é inadmissível no processo, talvez seja o caso de pensar na incidência da medida por outro enfoque, partindo da compatibilização do escopo de proteção de bens jurídicos como o atual estágio dos desenvolvimentos teóricos acerca da *eficácia dos direitos fundamentais*.

não prescreve a inadmissibilidade das chamadas *provas ilícitas em si mesmas*. (ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 272-274).

Para tanto, é necessário partir da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, ou, mais precisamente, do chamado *dever de proteção*, que caracteriza como incumbência comum a todos os órgãos do Estado, seja do poder executivo, do legislativo, ou do judiciário, a promoção de uma proteção eficiente dos direitos fundamentais.¹³⁹

Conforme assevera Ingo Wolfgang Sarlet, esses “deveres de proteção podem ser e são violados quando o titular do dever nada faz para proteger determinado direito fundamental ou, ao fazer algo, falha por atuar de modo insuficiente”.¹⁴⁰

Assim, “o Estado, antes de tudo, tem o dever de proteger os direitos fundamentais mediante normas de direito”¹⁴¹, ou seja, tem o dever de promover uma *tutela normativa dos direitos* através da atividade legiferante, entretanto, “no caso em que o legislador se omite diante do seu dever de proteção normativa, o juiz deve supri-la, admitindo a incidência direta do direito fundamental sobre o caso conflitivo”¹⁴².

Para melhor explicar aquilo que é aqui afirmado, note-se que essa ideia pode ser reconduzida, por exemplo, para os casos alemão e italiano. Uma vez considerando a inexistência de uma vedação expressa da utilização de gravadores ou da leitura de diários, tal poderia ser interpretado como uma omissão, ou um déficit de proteção normativa aos direitos fundamentais por parte do legislador, mas que poderia ser suprido através da atuação do poder judiciário, inadmitindo-se a prova tida como inconstitucional em exercício de seu dever de proteção.

¹³⁹ Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet, “função que tem sido reconduzida à dimensão objetiva está vinculada ao reconhecimento de que os direitos fundamentais implicam deveres de proteção do Estado, impondo aos órgãos estatais a obrigação permanente de, inclusive preventivamente, zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões por parte de particulares e até mesmo por parte de outros Estados. [...] “Tais deveres de proteção, parte dos quais expressamente previstos nas constituições, podem ser também reconduzidos ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução de litígios entre os particulares. Por força dos deveres de proteção, aos órgãos estatais incumbe assegurar níveis eficientes de proteção para os diversos bens fundamentais, o que implica [...] a proibição de uma proteção manifestamente insuficiente” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 297)

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 214.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 245.

¹⁴² Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Encarar a garantia a partir do *dever de proteção* parece mais correto do que assimilar uma correspondência automática entre comportamentos incompatíveis com direitos constitucionalmente assegurados e a consequência processual de inadmissibilidade de prova, como fez o Tribunal Constitucional Alemão a fim de superar a discussão entre os defensores da autonomia do processo e os teóricos da *unidade do ordenamento jurídico*.

No *caso da prova ilícita em si mesma*, o *dever de proteção* dos órgãos do poder judiciário fornece dois bons argumentos para que seja inadmitida essa modalidade de prova ilícita.

Quanto ao primeiro argumento, basta salientar que a inexistência de uma vedação expressa nesse sentido revela um ponto em que, tanto o legislador constituinte quanto o ordinário, deixaram de atender ao seu dever de proteção eficiente dos direitos fundamentais, razão por que a criação pretoriana da vedação à prova ilícita em si mesma mostra-se necessária para preencher esse espaço vazio de proteção no campo da atividade probatória.

Por outro aspecto, um segundo argumento dota de força ainda maior a viabilidade de justificar-se a inadmissibilidade dessas provas.

Sendo a divulgação do conteúdo dessas provas um fator determinante para agravarem-se os danos causados à intimidade, quando o magistrado aprecia o requerimento de prova, ainda parece ser possível que ele possa, no caso concreto, garantir uma maior eficácia a esses direitos, impedindo que a violação já caracterizada se agrave ainda mais.

Tanto um quanto outro desses argumentos sugere que seria um tanto quanto incoerente impor a medida de exclusão para as situações em que a prova fosse obtida mediante violação de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, permitir a utilização de provas que, por si só, implicam violação de direitos constitucionalmente previstos aos cidadãos.

Essas as razões pelas quais se entende que, embora o texto constitucional não permita compreender que a vedação das provas ilícitas em si mesmas trata-se de conteúdo do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, não se descarta a possibilidade de que a *inadmissibilidade* e a exclusão dessas provas devam ocorrer também no direito brasileiro por *interpretação extensiva*.

Do exposto, parece ser correto referir que são inadmissíveis as provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, quaisquer que sejam as *hipóteses típicas de ilicitude* que as qualificam.

2.6 O SUPORTE FÁTICO DA NORMA FRENTE AO ESCOPO DE PROTEGER BENS JURÍDICOS

Uma vez estabelecidos o fundamento e a finalidade do disposto no Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, mostra-se imprescindível traçarem-se algumas considerações de maior importância acerca de seu *suporte fático*, ou melhor, alguns aspectos essenciais correlatos aos elementos que o compõem, determinantes para a aplicação do instituto.

Tendo em consideração a finalidade da *regra constitucional de exclusão de provas*, mostra-se necessário esclarecer que, a despeito do propósito de protegerem-se *bens jurídicos*, a regra de exclusão nem sempre será aplicada em toda a circunstância em que ocorra uma lesão de bem jurídico em razão da *formação, obtenção* ou *utilização* de um meio de prova, isso porque, sob determinadas circunstâncias, a violação de direitos é considerada juridicamente aceitável, seja em razão de opções específicas feitas pelo legislador, seja em razão da incidência de alguma *causa excludente de antijuridicidade*.

Isso se dá porque o elemento textual do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, “*obtidas por meios ilícitos*”, deve ser compreendido em consonância com a finalidade e funções da *regra*.

2.6.1 A antijuridicidade da obtenção, formação ou utilização da prova

O propósito da regra, como já foi dito, é a proteção de *bens jurídicos*, sendo o efeito profilático o caractere que a torna um instrumento para coibir a adoção de comportamentos que ofendem direitos e garantias tutelados pelo direito material.

Seguindo esse princípio de raciocínio, pode-se dizer que a razão por que a conduta que contraria o direito figura como elemento do suporte fático da *regra constitucional de exclusão de provas* é que, através do instituto, busca-se realizar a proteção dos mesmos bens jurídicos tutelados pelo direito material.

No entanto, embora o propósito da regra de exclusão seja proteger bens jurídicos, seria incoerente, através da sua aplicação, coibir condutas que, em que pese repercutam em ofensa a *bens jurídicos*, podem ser consideradas em conformidade com o direito, ou seja, dotadas de *juridicidade*.

O simples fato de um bem jurídico receber proteção normativa por parte do legislador (ordinário ou constituinte) não torna qualquer conduta contra ele adotada necessariamente contrária ao direito. Na verdade, o próprio ordenamento jurídico estabelece critérios que determinam quando um bem jurídico protegido pode ser violado sem que isso repercuta necessariamente em uma avaliação negativa pelo direito.

Nesses termos, considerando-se a existência de razões para que determinadas condutas, em que pese repercutam em ofensa a bens jurídicos, possam ser qualificadas como em conformidade com o direito, parece conclusivo que coibir tais condutas através da *regra de exclusão* seria o mesmo que incorrer em contradição com as referidas razões.

É por isso, também, que o simples fato de a conduta, empreendida para tornar a prova disponível e utilizável no processo, adequar-se ao suporte fático de uma determinada disposição legal, que expressa a proteção de um determinado bem jurídico, não é o suficiente para caracterizar a ilicitude da prova.

Somente através de um exame mais apurado, através do qual seja possível determinar-se a *antijuridicidade* da conduta, mostra-se possível (1) definir se preenchido o *suporte fático* da garantia constitucional, (2) qualificar uma prova como sendo ilícita e (3) considerá-la *inadmissível*.

Esta relação entre a qualificação da prova como sendo ilícita e a noção de *antijuridicidade da conduta* pode ser ilustrada, ou melhor, exemplificada, com uma breve abordagem das disposições constitucionais que culminam na relativização da inviolabilidade de alguns direitos fundamentais específicos; bem como através de uma análise dos chamados *preceitos permissivos*.

2.6.2 A tutela normativa dos bens jurídicos e a atividade probatória

Conforme já salientado, uma vez que a conduta empreendida para obtenção, formação ou utilização da prova seja considerada em conformidade com o direito, nenhuma razão haverá para determinar-se a exclusão da prova.

Para ilustrar o quanto é aqui afirmado, cuide-se, por exemplo, do tratamento que é conferido às provas obtidas através de *busca e apreensão* domiciliar e *interceptações telefônicas*, ambas medidas que, acaso tomadas em respeito às disposições contidas no Artigo 5º, incisos XI,¹⁴³ – que trata da inviolabilidade de domicílio – e do Artigo 5º, inciso XII,¹⁴⁴ – que tem por objeto, entre outros direitos, o sigilo das comunicações telefônicas – ambos da Constituição Federal, não terão como resultado uma *prova ilícita*.

Não se pode negar que a realização de uma diligência de *busca e apreensão* e de uma *interceptação telefônica* repercutem, inevitavelmente, em violação ao *asilo sagrado* e ao *sigilo das comunicações*, porém, apesar disso, a realização dessas diligências não se reflete em comportamento *antijurídico* dos agentes estatais encarregados de seu cumprimento, desde que devidamente autorizados pelos órgãos do poder judiciário, em vista do disposto no próprio texto constitucional.

Ou seja, em que pese a *privacidade* do indivíduo seja invadida, é reconhecida a *juridicidade* desses atos em situações em que estão autorizados pela autoridade investida de poderes para tanto, por incidência do disposto nos incisos XI e XII do Artigo 5º da Constituição Federal, que contém expressamente essa ressalva.

A *juridicidade* de tais atos decorre, sem dúvida alguma, da necessidade de ponderar sobre o interesse em protegerem-se esses direitos com a necessidade de colocá-los em segundo plano em determinadas situações.

Assim, é possível conceberem-se direitos invioláveis a que correspondem condutas inadmissíveis em qualquer caso – como a integridade física frente à prática da tortura, por exemplo – e condutas que, apesar de violarem determinados bens jurídicos, ainda que fundamentais, mostram-se aceitáveis, desde que observados os requisitos idôneos para conferir-lhes juridicidade.¹⁴⁵

¹⁴³ BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º, inciso XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

¹⁴⁴ BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º, inciso XII: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

¹⁴⁵ Sobre isso, em anotação ao Artigo 32 (8) da Constituição da República Portuguesa, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira asseveram que “A interdição é absoluta no caso de ofensa à integridade pessoal; e, relativa, no restante dos casos, devendo ter-se por abusiva a intromissão quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial [...], quando desnecessária ou desproporcionada ou quando aniquiladora dos próprios direitos” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 524.)

Não havendo que se falar em conduta antijurídica, a prova obtida por meio da conduta empreendida, nesses casos, é considerada admissível;¹⁴⁶ contudo, se o requisito da prévia autorização judicial não for atendido, haverá necessariamente que reconhecer a ilicitude da prova.¹⁴⁷

Além dessas hipóteses de prévia autorização do poder judiciário, a *juridicidade* de uma conduta lesiva de bens jurídicos pode ocorrer em razão de uma “legitimação pelas circunstâncias”, como, por exemplo, nas situações de *flagrante*

¹⁴⁶ Para exemplificar, é possível fazer menção à ementa da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n. 87.543, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski: EMENTA: “PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. PRINCÍPIO DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ART. 5º, LVI, DA CF/88. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A BUSCA E APREENSÃO. AFIRMAÇÃO EXPRESSAMENTE CONTRADITADA NA DECISÃO ATACADA. ALEGAÇÕES DA DEFESA NÃO EXAMINADAS. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - As alegações formuladas conflitam, expressamente, com o que foi consignado na decisão atacada. II - Diante da autorização judicial para a busca e apreensão, não existe ilegalidade a ser sanada. III - Teses da defesa devidamente rechaçadas na sentença. IV - Ordem denegada.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 87543. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 13 fev. 2007. DJ 09 mar. 2007. p. 00042. Ement vol-02267-02 p. 00278)

¹⁴⁷ Nesse sentido, leia-se a primeira parte da ementa do julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 90.376, de relatoria do Ministro Celso de Mello: “E M E N T A: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - 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 aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RHC 90376, Relato: Min. Celso de Mello. Julgado em: 03 abr. 2007. DJe-018. Divulg 17 maio 2007. Public 18 maio 2007. DJ 18 maio 2007. p. 00113. Ement vol-02276-02. p.00321. RTJ vol-00202-02 p. 00764. RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147)

delito, desastre e prestação de socorro que, conforme o artigo 5º, inciso XI, da Carta Constitucional, autorizam a violação do *asilo impenetrável*.

Sobre a situação de *flagrante delito*, é necessário esclarecer-se que dispensa a autorização judicial para ingresso no domicílio sem consentimento expresso do morador, mas isso, tão somente, se o *flagrante delito* for o próprio motivo pelo qual o agente ali ingressa. Caso a conduta de invasão ao domicílio seja iniciada sem espreque em qualquer das hipóteses que relativizam o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, mesmo que os moradores e demais ocupantes da residência se encontrem na prática de flagrante delito, não se poderá falar em relativização do direito fundamental, e a prova deverá ser considerada ilícita.¹⁴⁸

Por meio dessas colocações, espera-se ter por esclarecido que, em determinadas situações, mesmo que a obtenção, formação ou utilização de um meio de prova repercuta em lesão a um bem jurídico, a conduta deflagrada pode estar dotada de *juridicidade*, e, em razão disso, a prova não será considerada ilícita.

Ressalte-se, entretanto, que afora essas situações específicas, bem retratadas por normas expressamente positivadas, deve-se ter em consideração que, mesmo na ausência de norma relativizadora da proteção de um dado bem jurídico (como com relação àqueles direitos ditos invioláveis), ainda é possível falar-se em juridicidade da conduta que afronta tais direitos por incidência dos chamados *preceitos permissivos*.

¹⁴⁸ Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 8.753, de relatoria do Ministro Vicente Leal, em razão de policiais militares terem adentrado em uma residência, sem um mandado, por suspeitarem que ali estava sendo mantida uma motocicleta furtada. Ao entrar no domicílio, flagraram o morador e outras duas pessoas consumindo substâncias entorpecentes e, através de busca complementar, encontraram ainda uma arma de fogo não registrada. Assim sendo, foi reconhecida a ilicitude da prova: "CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. AÇÃO PENAL. PROVA ILÍCITA, VIOLAÇÃO A DOMICÍLIO. TRANCAMENTO.- A Constituição da República, no capítulo relativo às franquias democráticas, inscreveu o princípio da inviolabilidade do domicílio, sendo, de conseqüência, vedado, aos agentes policiais ingressarem, sem ordem judicial, em residência particular e ali realizar prisão em flagrante e fazer apreensões. - São desprovidas de validade jurídica o auto de prisão em flagrante e a subsequente ação penal fundados em provas ilícitas, obtidas por meio de operação policial realizada com vulneração ao princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio.- Recurso ordinário provido.- Habeas-corpus concedido." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sexta Turma. RHC 8.753/SP. Relator: Min. Vicente Leal. Julgado em: 05 out. 1999. DJ 11 dez. 2000. p. 244)

2.6.3 Os preceitos permissivos e a atividade probatória

Para Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli “à luz da ordem normativa, os entes são tutelados provisoriamente, podendo resultar que, mediante um preceito permissivo, a ordem jurídica deixe sem tutela o que, à luz da ordem normativa, parecia tê-la”,¹⁴⁹ de forma que há, necessariamente, que distinguir-se entre *antinormatividade* e *antijuridicidade*.

Não é, portanto, somente a afronta a um preceito normativo que caracteriza a *antijuridicidade*, havendo necessariamente que considerarem-se alguns *preceitos permissivos* para fazer tal averiguação. Nesses termos, deve-se considerar que “a ordem jurídica é composta pela ordem normativa completada com os preceitos permissivos”.¹⁵⁰

Entram em cena as *causas excludentes de antijuridicidade* – também conhecidas como *causas de justificação* ou *excludentes de ilicitude* –, cuja incidência tem o condão de dotar de *juridicidade* as condutas que, mesmo sendo expressamente proibidas pelo texto legal e que culminem em lesão a bens jurídicos, tenham sido praticadas dentro de determinadas circunstâncias específicas e atendendo a determinados requisitos.

Tais preceitos, inclusive, são expressamente referidos nos textos legais, conforme consta no Artigo 188, incisos I e II, e parágrafo único, do Código Civil brasileiro,¹⁵¹ e Artigo 23, incisos I, II e III, do Código Penal.¹⁵²

No específico da atividade probatória, conforme as lições de Carlos Vinicius Soares Cabeleira,¹⁵³ pelo menos duas dessas *causas de justificação* podem ser relacionadas ao problema do preenchimento do suporte fático do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal: a *legítima defesa* e o *estado de necessidade*.

¹⁴⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 493.

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 493.

¹⁵¹ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 188. “Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

¹⁵² BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; [...]”

¹⁵³ Cfr. CABELEIRA, Carlos Vinicius Soares. **Prova ilícita no processo civil**. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2010.

Os requisitos para configuração de cada uma dessas justificantes, apesar de serem comuns a todos os ramos do direito, porquanto relacionadas à categoria geral da antijuridicidade, são trabalhados com maior afinco pela doutrina de *direito penal*, a qual se deve recorrer para sua compreensão, tarefa que será adiante realizada.

2.6.3.1 A legítima defesa

O Código Penal Brasileiro dispõe expressamente em seu Artigo 25, *caput*, que “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

Zaffaroni e Pierangeli referem ser comum arguir-se em um duplo fundamento para a legítima defesa, “definido pela necessidade de conservar a ordem jurídica e de garantir o exercício de direitos”¹⁵⁴, de forma que poderia enaltecer-se tanto sua dimensão social quanto individual, todavia, sustentam esses autores que o fundamento é um só, “porque se baseia no princípio de que ninguém pode ser obrigado a suportar o injusto”.¹⁵⁵

“A ordem jurídica tem por objetivo a proteção de bens jurídicos, e se, numa situação conflitiva extrema, não consegue logrã-lo, não pode recusar ao indivíduo o direito de prover a proteção dos bens jurídicos por seus próprios meios”.¹⁵⁶

A *legítima defesa* consiste, portanto, em uma verdadeira permissão aos indivíduos para tutela de bens jurídicos, de sua titularidade ou de terceiros, conquanto observados alguns pressupostos e requisitos.

A partir das lições dos doutrinadores norte-americanos George Fletcher e Jens David Ohlin pode-se dizer que os elementos configuradores da *legítima defesa* podem ser divididos em *pressupostos* e *requisitos* para que determinada conduta seja justificada pelo permissivo.¹⁵⁷

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 502.

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 502.

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 502.

¹⁵⁷ Cfr. FLETCHER, George P.; OHLIN, Jens David. **Defendiendo a la humanidad: redefiniendo a la legítima defensa en el derecho internacional**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. Os autores, na verdade, não tratam da questão da legítima defesa do enfoque das meras condutas individuais, referindo-se, antes disso, a ataques empreendidos por Estados ou grupos nacionais no cenário dos conflitos internacionais. A distinção entre os elementos, entretanto, é compatível com o tratamento que se pretende a ele conferir e tem grande importância didática.

Em verdade, os pressupostos correspondem aos qualificativos da conduta contra a qual a legítima defesa é exercida, ao passo que os requisitos dizem respeito aos qualificativos da própria conduta lançada para defesa de um bem jurídico.¹⁵⁸

No que se refere aos pressupostos, exige-se a prática de uma agressão injusta e *atual* ou *iminente*.

A agressão em questão pode tratar-se de uma ação ou, em determinados casos, até de uma omissão, sendo caractere essencial da conduta comissiva ou omissiva que seja ela mesma *antijurídica*, caso contrário não haverá que se falar em *legítima defesa*.¹⁵⁹

Assim sendo, se a conduta que visa ao *bem jurídico* estiver dotada de juridicidade, contra ela não poderá ser exercida a *legítima defesa*.¹⁶⁰

A conduta do agressor “é atual, quando já foi iniciada, e é iminente, quando ainda não começou, mas está prestes a ocorrer”.¹⁶¹ Exige-se a *iminência* ou *atualidade* da agressão (1) porque a conduta empreendida após ter cessado a agressão não caracteriza a defesa do bem jurídico, mas sim a mera *vendeta*;¹⁶² e (2) porque, para que seja considerada uma verdadeira reação defensiva, a agressão injusta deve estar sendo praticada ou, então, em vias de concretizar-se, ou, ainda, apresentar-se em continuação, quando “ocorre no intervalo entre a consumação formal e a consumação material”.¹⁶³

No que tange à iminência, observam Zaffaroni e Pierangelli que só há coerência no critério de iminência “se por tal se entende que o agressor pode levá-la a cabo quando quiser, porque é inequívoca sua vontade de fazê-lo e já dispõe dos

¹⁵⁸ A situação também pode ser encarada sob o binômio *situação justificante - ação justificada*, nos termos em que proposta por Juarez Cirino dos Santos (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 224-233)

¹⁵⁹ Cfr. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

¹⁶⁰ Isso implica em reconhecer, entre outras coisas, que não existe *legítima defesa* contra *legítima defesa*.

¹⁶¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 505.

¹⁶² Conforme assevera Bittencourt, “a ação exercida após cessado o perigo caracteriza *vingança*, que é penalmente reprimida” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 397.)

¹⁶³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 226.

meios para isto, mas não deve ser entendida no mero sentido de imediatismo temporal”.¹⁶⁴

A esses dois pressupostos Fletcher e Ohlin ainda agregam um terceiro, que seria a *evidência* da agressão, a exigir-se que a reação seja adotada tendo por base fatos objetivamente considerados, e não somente mirabolantes especulações arraigadas de subjetivismo por parte daquele que empreende a pretensa conduta defensiva.¹⁶⁵

No que tange aos requisitos de exercício da conduta reativa, a defesa propriamente dita, o estatuto repressivo menciona como elemento caracterizador o “uso moderado dos meios necessários”.

Conforme Cezar Roberto Bittencourt, “necessários são os meios suficientes e indispensáveis para o exercício da defesa. Se não houver outros meios, poderá ser considerado necessário o único meio disponível.”¹⁶⁶

O requisito de *necessariedade* revela a *natureza subsidiária da legítima defesa*, já que o permissivo não deve ser aplicado quando existam outros meios jurídicos de prover a defesa do bem jurídico,¹⁶⁷ mas também diz respeito à eleição do meio *adequado* (para proteção do bem jurídico alvo da agressão injusta) que seja o menos gravoso para o agressor.¹⁶⁸

Assim, caso exista a possibilidade de optar por condutas que, da mesma maneira, seriam eficazes para exercer a defesa própria ou de terceiro, aquela que representa um menor dano ao agressor é que deve ser escolhida.

A *moderação* no exercício da legítima defesa, por seu turno, guarda relação com um critério de proporção entre o valor protegido e aquele que vai prejudicado, isso não implica, contudo, exigir-se que o bem jurídico do agressor seja menos importante do que o do agredido, mas sim que o seja em um nível inaceitável.¹⁶⁹

¹⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 505.

¹⁶⁵ Cfr. FLETCHER, George P.; OHLIN, Jens David. **Defendiendo a la humanidad: redefiniendo a la legítima defensa en el derecho internacional**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

¹⁶⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 381.

¹⁶⁷ Cfr. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 502.

¹⁶⁸ Cfr. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 506.

¹⁶⁹ Conforme Zaffaroni e Pierangeli, “Desta forma, o uso de uma espingarda para evitar que uma criança se apodere de uma maçã, por mais necessário que seja, como aconteceria no caso em que o proprietário da maçã fosse um paraplégico e a espingarda fosse o único meio que estivesse ao alcance de sua mão [...] não pode ser tolerado pelo direito” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl;

Além da *necessidade* e da *moderação*, pode falar-se também na exigência de uma resposta consciente, de forma que a conduta só será *conforme o direito* quando seu propósito for o exercício da defesa e não o emprego de uma agressão que, oportunamente, acaba por repelir uma agressão de que o agente não suspeitava da ocorrência.

Assim, “não basta que estejam presentes os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, sendo necessário que o agente tenha consciência de agir acobertado por uma excludente”.¹⁷⁰

E no específico da atividade probatória (em sentido amplo), por exemplo, é de considerar-se a possibilidade de que um elemento de comprovação seja formado ou obtido em razão de uma conduta empreendida em *legítima defesa*.

Para ilustrar essa afirmação, cuide-se do interessante exemplo fornecido por Marcellus Polastri Lima, retratando a situação de um menor de idade que, uma vez reiteradamente molestado por seu próprio pai e em virtude de aqueles a quem noticiou o fato não terem simplesmente lhe emprestado credibilidade acerca de suas afirmações, viu-se forçado a realizar uma gravação para comprovar o fato e, dessa forma, repelir o mal que lhe era causado.¹⁷¹

Ao fim da breve exposição do caso, o autor pergunta: “Deveria o criminoso ficar impune e ainda detentor do pátrio poder?”¹⁷²

Nos termos do exemplo, sublinhe-se que, em virtude de ser a única maneira de o menor de idade demonstrar que sua *liberdade sexual, integridade física e psicológica* estavam sendo injusta e reiteradamente violadas, a conduta empreendida para a formação da prova caracteriza-se como uma ação empreendida como último recurso e em resguardo de bens jurídicos de maior importância do que aqueles que por ela afetados, importando na caracterização, independentemente do

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 503).

¹⁷⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 381.

¹⁷¹ Segundo Polastri Lima, “a questão merece maior reflexão, sendo que vários julgados admitem tal prova, uma vez que a vítima estaria em verdadeiro estado de necessidade, e a única forma de obter a punição do agente seria a gravação clandestina, v.g. caso que acompanhamos, em que filho era molestado sexualmente pelo pai e ninguém acreditava em suas denúncias vindo a ser feita a gravação, o que comprovou o delito” (AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 185).

¹⁷² AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 185.

propósito de utilização processual da prova, de uma *causa excludente de antijuridicidade*, a *legítima defesa*.

Isto é, a conduta reclamava uma atitude de terceiros para que livrassem o jovem de seu suplício e não propriamente para a realização de uma prova a corroborar alegações em juízo, sendo dotada de juridicidade, porquanto promovida, sobretudo, em prol da imediata preservação de bens jurídicos e, não, a fim de que o agressor fosse condenado em processo criminal ou simplesmente para que lhe fosse destituído o pátrio poder.

A partir dessas exposições, pode-se pensar em uma resposta uníssona para o questionamento de Marcellus Polastri Lima, no sentido de que a prova não estaria contaminada de qualquer vício, sendo considerada lítica e admissível seja no juízo penal, seja no juízo cível.

Uma vez dotada de juridicidade a conduta através da qual o elemento de comprovação foi formado, o *suporte fático* da regra de exclusão não foi preenchido, razão por que não há que falar-se em prova ilícita.

A conclusão parece compatível com compreensão que já foi emprestada pelo Supremo Tribunal Federal para a aplicação do instituto no julgamento do *Habeas Corpus* 75.338 – RJ,¹⁷³ ocasião em que reconhecida a admissibilidade de uma prova obtida através de uma conduta compreendida como praticada em exercício de *legítima defesa* pela vítima de um crime de extorsão.

Na ocasião o STF compreendeu, com razão, que em virtude de a conduta empreendida na obtenção da prova estar em *conformidade com o direito*, ou seja, em razão de ter incidido uma excludente de *antijuridicidade* sobre a conduta, a prova não poderia ser qualificada como *obtida por meios ilícitos*, mas sim como uma verdadeira prova *admissível e valorável*.

Ad argumentandum tantum, cabe ainda fazer referência a uma situação um tanto quanto distinta e que foi substrato fático no julgamento do Recurso

¹⁷³ HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO. É INCONSISTENTE E FERE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQÜESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 75338. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgado em: 11 mar. 1998. DJ 25 set. 1998. p. 00011. Ement vol-01924-01. p. 00069). Assevera-se, entretanto, que o entendimento ora preponderante é o de que a gravação telefônica empreendida por um dos interlocutores, mesmo sem ciência do outro não configura qualquer tipo de violação à privacidade.

Extraordinário. n. 251.445-4 – GO, de relatoria do Ministro Celso de Mello, pelo Supremo Tribunal Federal.

Versava a questão debatida sobre a ilicitude da prova obtida por particulares mediante arrombamento do cofre de um dentista, com o intento de apoderarem-se de fotografias que continham imagens de crianças em poses eróticas, capturadas pelo próprio profissional. Entre os responsáveis pelo arrombamento do cofre e subtração das fotografias estava um menor de idade que havia sofrido abusos por parte do dentista. Entretanto, a conduta não foi praticada com o intento de repelir ou evitar que se renovassem os abusos sofridos. O objetivo do menor de idade, conforme se lê da decisão, não era outro que não o de extorquir dinheiro do profissional, mediante a ameaça de entrega das fotografias para os veículos de imprensa.¹⁷⁴

A tese de *legítima defesa* sequer foi discutida no caso, todavia nem poderia sê-lo, já que a ação não foi empreendida visando a repelir uma agressão injusta,

¹⁷⁴ A síntese do caso pode ser melhor compreendida do seguinte excerto do voto do Ministro Celso de Mello, relator do caso: "A questão suscitada na presente causa, portanto, consiste em discutir se fotografias subtraídas do consultório profissional de um dos recorridos, por terceira pessoa (que as furtou, entregando-as à Polícia - fls. 6 e 447), podem, ou não, ser utilizadas em juízo, contra os réus, para incriminá-los. No caso, consoante registram os autos (fls. 06) e conforme atesta a própria sentença proferida em primeira instância (fls. 447), as fotografias - que constituem a prova material do delito tipificado no art. 241 da Lei nº 8.069/90 - foram entregues à Polícia pelo menor Francisco Brito Correia (fls. 10), a quem se atribuiu a autoria do furto do álbum fotográfico em questão. Segundo registram os autos, o recorrido, Waldemar Lopes de Araújo, foi procurado pelo menor Francisco Brito Correia, que, objetivando auferir vantagem pecuniária indevida (ato infracional correspondente ao delito de extorsão), disse-lhe possuir algumas provas reveladoras de seu envolvimento em práticas delituosas, provas essas consubstanciadas no material fotográfico furtado do consultório odontológico desse mesmo réu. Como Waldemar Lopes de Araújo - conforme declarou em juízo - nada receasse, "chamou a polícia..." (fls. 176). Note-se, portanto, que a Polícia somente teve acesso ao material fotográfico incriminador desse recorrido e dos demais co-réus, porque localizou-o em poder de Francisco Brito Correia, que, atuando juntamente com outro menor, teria promovido o arrombamento do consultório profissional de Waldemar Lopes de Araújo, subtraindo, do interior de um cofre ali existente, as fotografias em questão (fls. 48 e 175 v/176), para sua ulterior utilização como instrumento de extorsão dos adultos que nelas figuravam em cenas pornográficas e de sexo explícito. Observe-se, neste ponto, tal como destacado pela douta Procuradoria-Geral da República (fls. 663, item n. 15), que a portaria de instauração do inquérito policial consignou esse específico aspecto ora rememorado (fls. 06). Com efeito, enfatizou-se, nesse peça inaugural da investigação penal, que os agente policiais, acionados para atenderem a uma ocorrência de roubo, dirigiram-se ao local do fato (onde se situa o consultório profissional de Waldemar Lopes de Araújo) e, em ali chegando, abordaram o suposto autor do ilícito penal em questão, o menor Francisco Brito Correia, "de posse de um álbum, com várias fotografias de crianças nuas..." (fls. 09/10). A partir desses elementos de informação, os agentes policiais constataram que os menores Francisco Brito Correia e João Marcos (este teria sido vítima de abusos sexuais praticados por Waldemar Lopes de Araújo), na realidade, objetivavam, com as fotografias de que dispunham (um total de cinquenta fotos, todas coloridas - fls. 10), extorquir dinheiro do recorrido em questão, ameaçando-o com a entrega do material fotográfico a uma emissora de televisão (TV Cultura de Planaltina/GO - fls. 09 e 90/91)." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 251445. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 21 jun. 2000. DJ 03 ago. 2000. p. 00068).

mas tão somente, através de uma conduta antijurídica (furto), obter meios para prática de outra conduta antijurídica (extorsão).

Uma vez que não restem preenchidos todos os requisitos configuradores da excludente, ela não deve ser aplicada ao caso e, sendo antijurídica a conduta, a prova estaria colimada de vício caracterizador de sua ilicitude, vez que preenchido o suporte fático da *regra constitucional de exclusão de provas*.

2.6.3.2 O estado de necessidade justificante

No que tange ao *estado de necessidade*, o Código Penal dispõe em seu Artigo 24, *caput*, que “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

Também aqui, tanto quanto na legítima defesa, trata-se de uma hipótese de tutela de um *bem jurídico* mediante uma conduta empreendida em detrimento de outro *bem jurídico*.

Entretanto, diferentemente da *legítima defesa*, trata-se aqui das situações em que representado um *perigo* a um *bem jurídico* – “definido pela probabilidade ou possibilidade de lesão do bem jurídico ameaçado, segundo um juízo objetivo *ex ante* de um *observador inteligente*”¹⁷⁵ e não uma *agressão injusta*.

A “*colisão de interesses* juridicamente protegidos” é a característica mais marcante do preceito, “aqui, diversamente do que ocorre com a legítima defesa, em que só tem valor corretivo para os extremos em que excede a moderação, a ponderação de males (o que se evita e o que se causa) tem importância capital”.¹⁷⁶

É a partir da relação entre o valor dos bens jurídicos em jogo – verdadeira ponderação – que se faz a distinção entre *estado de necessidade justificante* e *estado de necessidade exculpante* a qual, segundo Cezar Roberto Bittencourt, remonta ao direito alemão.¹⁷⁷

¹⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 226.

¹⁷⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 514.

¹⁷⁷ Cfr. BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 364.

O *estado de necessidade justificante*, que exclui a antijuridicidade da conduta, só ocorre quando a conduta deflagrada visa à preservação de um bem jurídico de maior importância do que aquele que é sacrificado. Ou seja, a conduta será dotada de juridicidade conquanto adotada para preservar um bem jurídico de maior relevância do que aquele que é ofendido.¹⁷⁸

O *estado de necessidade exculpante*, por outro lado, estará configurado quando o bem jurídico sacrificado for mais importante, ou tão importante quanto aquele que a conduta visa a resguardar.¹⁷⁹

Assim, o primeiro exclui a antijuridicidade, enquanto, para o segundo caso, o preceito não estará apto a determinar a juridicidade da conduta, embora incida sobre um dos elementos definidores do crime.¹⁸⁰

Os resultados da ponderação entre os bens jurídicos sacrificados e aqueles preservados são de necessária observância para determinar-se a *inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado* e, sendo este um dos requisitos para a qualificação da conduta como praticada em estado de necessidade justificante.

Entretanto, essa “comparação de valor” não é o único critério para a configuração do preceito.

Ao lado desse requisito, colaciona-se que o perigo a que sujeito o *bem jurídico* o qual se pretende preservar deve ser *atual*, não podendo a ação ser empreendida ao momento em que o perigo inexistente, seja preventivamente, seja quando já cessou.

Tão importante quanto isso é a exigência de que o perigo não possa ser evitado de outro meio. Ou seja, exige-se que a conduta empreendida seja *adequada* (tenha por finalidade proteger) e *necessária*, figurando-se como a única disponível para afastar o perigo, ou, dentre as disponíveis, aquela que causa o menor mal.

Além disso, para reconhecer-se a juridicidade da conduta, é necessário que o titular do direito em perigo não tenha se colocado voluntariamente naquela situação de perigo.¹⁸¹

¹⁷⁸ Cfr. BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 366.

¹⁷⁹ Cfr. BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 366.

¹⁸⁰ Conforme assevera Bittencourt, existem controvérsias acerca da qualificação dessas relações no pertinente às situações em que o bem preservado tem o mesmo valor do que o sacrificado, já que “a doutrina brasileira [...], historicamente, sempre admitiu o estado de necessidade justificante também quando se tratar de bens ou interesses em conflito de iguais valores” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 366.)

Assim, o *estado de necessidade* (justificante) não é necessariamente praticado contra um agressor definido ou mesmo em virtude de uma agressão, como na *legítima defesa*, trata-se, todavia do emprego de uma conduta estritamente necessária, em detrimento de direito alheio, para salvaguarda de um bem jurídico, próprio ou de terceiro, desde que a ponderação dos bens jurídicos indique que o sacrifício em questão seja razoável.

Tal qual a conduta adotada em *legítima defesa*, a conduta empreendida em *estado de necessidade justificante*, determinante para a obtenção ou formação de um *meio de prova* que será utilizado em juízo, não permite qualificar uma prova como *ilícita*, porquanto não é esse tipo de conduta, resguardada pelo direito, que o efeito profilático visa a coibir, mas sim aquela que o direito reprovava.

2.6.3.3 As excludentes, a prova e a tutela de bens jurídicos através do processo

Uma vez considerada a antijuridicidade da conduta como elemento essencial integrante do suporte fático da regra constitucional de exclusão de provas, é inevitável referir que a exclusão da antijuridicidade pode ocorrer por diferentes circunstâncias.

Entretanto, nem só nos casos em que a obtenção ou formação do meio de comprovação é ínsita à própria adoção da conduta que, em *estado de necessidade* ou em *legítima defesa*, é que se pode falar em exclusão de antijuridicidade.

Isso em vista da possibilidade de assimilar-se a incidência de excludentes de antijuridicidade também para as condutas que não visam, por si só, a salvaguardar um bem jurídico, mas também para aquelas visam a obter, formar ou utilizar meios de prova em um processo, para que, através da atuação do poder judiciário, sejam protegidos seus direitos (ou de terceiros).

O que acontece no segundo caso é que há, meramente, uma relação mediata entre a conduta empreendida para obter, formar ou utilizar a prova e o resultado

¹⁸¹ Conforme assevera Juarez Cirino dos Santos, “o perigo [...] não pode ser provocado *intencionalmente* pelo autor para proteção pessoal às custas da vítima, mas admite produção imprudente porque a limitação legal restringe-se à vontade própria e a antiga sentença *quem cria perigo, morra por isso* está ultrapassada: [...] o motorista causador do acidente pode, justificadamente, fugir do local do fato para evitar perigo real de agressão as vítimas.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 238.)

apto a repelir uma *agressão injusta (legítima defesa)* ou afastar o perigo que cerca um *bem jurídico* do qual não é exigível o sacrifício (*estado de necessidade*).

Em determinadas situações, a única maneira de promover-se a salvaguarda de um *bem jurídico* ameaçado pode ser efetivamente através da atuação do poder judiciário, para o que pode ser necessário lançar mão do uso de uma prova cuja obtenção ou formação implica ofensa a bens juridicamente protegidos.

Assim, ainda que seja difícil fornecer um exemplo prático para a hipótese, caso vislumbre-se uma situação de agressão injusta, atual ou iminente, tem-se por possível adotar uma ação defensiva através da obtenção, produção ou utilização de uma prova em juízo – conquanto isso figure necessário e moderado – para que, através de decisão judicial, seja repelida a agressão e protegido o bem jurídico.

Da mesma forma, diante do perigo atual incidente sobre um bem jurídico, também se pugna pela possibilidade de obter, produzir ou utilizar de uma prova em juízo, ainda que isso possa repercutir em *antinormatividade*, desde que o bem jurídico afetado pela conduta tenha um valor menor do que aquele que se visa a resguardar e sobre o qual incidirão os efeitos da decisão do órgão judicial.

Entende-se, aliás, que, existindo um processo judicial cujos efeitos da decisão incidam sobre um determinado bem jurídico – ou sendo provável para o *observador inteligente* a existência de um futuro processo judicial – já estaria representado o *perigo atual* pressuposto do *estado de necessidade*, pelo que eventuais condutas empreendidas para obtenção de provas e, indiretamente, para resguardo do bem jurídico em questão, poderiam ser consideradas como adotadas em *estado de necessidade*, conquanto preencham os demais requisitos exigíveis à espécie.

De tudo, parece aceitável que também as condutas empreendidas em prol da obtenção de provas, para sua utilização processual, possam ter excluída sua antijuridicidade por aplicação das *causas de justificação* e, assim, configurar uma *prova lícita* e admissível.

2.7 A ESTRUTURA DA NORMA E A POSSIBILIDADE DE EXCEPCIONAR SUA APLICAÇÃO ATRAVÉS DE UMA SEGUNDA PONDERAÇÃO.

Nem a *busca da verdade* e nem o *direito fundamental à prova* são soberanos dentro da estrutura do processo, cuja tarefa de elaboração inevitavelmente toma em consideração outros valores dignos de observância e de proteção.

Entretanto, é importante não perder de vista que, mesmo sendo passíveis de relativização, suas limitações devem restringir-se ao indispensável, ou seja, somente aos casos em que seu propósito repercute na preservação de valores que a eles se sobreponham, para o que é exigível uma ponderação entre os prós e os contras de sua adoção.

Dessa forma, a adoção de qualquer limitação de prova, absoluta ou relativa, de caráter processual ou extraprocessual, colide frontalmente com o ideal de busca da verdade através do processo e também com a concepção de um *direito fundamental à prova* que deve ser garantido às partes.

Inserida nesse contexto de colisão de interesses e razões contrapostas, a opção por vedar expressamente as provas obtidas por meios ilícitos através de uma norma de hierarquia constitucional trata-se de uma escolha, em primeira linha, por privilegiar a proteção que é conferida pela medida frente ao *direito à prova* e à *busca da verdade*.

Contudo, em razão da importância que assumem determinadas questões colocadas em juízo – em virtude das diferentes escalas de valor dos *bens jurídicos* que são afetados em razão das decisões proferidas no processo –, ou das dificuldades inerentes à comprovação de um fato, existe verdadeira desconfiança por parte da doutrina no sentido de que, nem sempre, o viés protetivo da medida de exclusão deveria superar a busca por uma *decisão justa* ou o direito das partes de utilizar as provas disponíveis para a comprovação das suas alegações.

Nesse aspecto, surgem então, na doutrina, diferentes perspectivas para encarar o problema, considerando tanto a ideia de que a *prova ilícita* não deveria ser excluída em nenhum caso, sustentando que a prova ilícita deve ser excluída em todo caso e, finalmente, pugnando pela possibilidade de excepcionar a aplicação do instituto.

Em meio a essas divergências, como já se disse, consta no Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, a prescrição de *inadmissibilidade* das provas obtidas por meios ilícitos, a cuja estrutura normativa tem sido atribuída especial relevância para determinarem-se quais desses posicionamentos doutrinários são compatíveis com a *regra constitucional de exclusão de provas*.

A análise do tratamento a ser conferido às provas ilícitas, portanto, não prescinde da análise da *estrutura normativa* conferida ao instituto pelo constituinte.

Porém, antes mesmo dessa análise, breves considerações sobre o panorama dos diferentes posicionamentos doutrinários através dos quais essa discussão se desenvolve são igualmente indispensáveis para definir se existe a possibilidade de excepcionar a exclusão da *prova ilícita*.

Superadas as tarefas já indicadas, demonstrar-se-á porque a *ponderação de interesses* pode figurar como um método para verificar casos em que se pode excepcionar a aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas*.

2.7.1 As posturas doutrinárias acerca da inadmissibilidade da prova ilícita

Em verdade, pode-se dizer que existem na doutrina três posicionamentos básicos acerca da admissibilidade das provas ilícitas, dois estariam em radical oposição, um defendendo a livre admissão desses meios de comprovação e, outro, pugnando pela inflexível aplicação da regra de exclusão para todo caso em que uma prova ilícita tiver seu ingresso no processo.

Uma terceira corrente, entretanto, conforma-se com a adoção da medida de exclusão das provas ilícitas, mas sem deixar de lado a possibilidade de serem estabelecidas exceções diante de fatores excepcionais.

Mais especificamente, em um extremo, estariam os defensores de teses correlatas à já referida *irrelevância processual da ilicitude material* a defender a imposição às condutas antijurídicas de que se lançou mão para obtenção da prova as consequências previstas pelo direito material e a afirmar não haver qualquer necessidade de excluir a prova do processo, vez que “a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz”¹⁸² e porquanto tal medida seria atentatória ao direito à prova, à busca da verdade e à obtenção da justiça da decisão – esse ideário pode ser sintetizado na expressão *male captum bene retentum*.

O segundo posicionamento básico, ao qual também se atribui uma pecha radicalista, defende a solução extremamente oposta, de aplicação da regra de exclusão nos casos em que sua obtenção, formação ou utilização implique uma avaliação negativa pelo direito material ou em violação de direitos fundamentais.

¹⁸² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: sexta série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997. p. 109.

Conforme refere Barbosa Moreira, este posicionamento inflexível pauta-se pela ideia de que o “o direito não pode prestigiar o comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio.”¹⁸³

Em meio a essas posturas básicas, rígidas e polarizadas, “pensam muitos que a complexidade do problema repele o emprego de fórmulas apriorísticas e sugere posições flexíveis,”¹⁸⁴ surgindo daí um terceiro viés, que pressupõe a conveniência e a possibilidade de superar-se, diante de peculiaridades tão somente evidenciáveis diante do caso concreto, a aplicação da regra constitucional de exclusão das provas obtidas por meios ilícitos, estipulando-se parâmetros para averiguação de hipóteses excepcionais casuisticamente.

Grosso modo, argumentam os defensores das posturas flexíveis pela consideração de uns e outros parâmetros que poderiam indicar os casos em que deixar de aplicar a *regra de exclusão* traduzir-se-ia em exigência de justiça maior do que a exclusão da prova.

Diante dessas três posturas e tendo como premissa a existência de vedação expressamente positivada no texto constitucional brasileiro, é certo que a preferência do constituinte figura como algo distinto do “*male captum bene retentum*” e tendente a privilegiar a proteção de bens jurídicos através da medida de exclusão de provas, sendo incompatível com a prescrição constitucional adotar-se aquela primeira postura básica, inflexível, em prol da admissibilidade das *provas obtida por meios ilícitos*.

Entretanto, recorrer à leitura do texto constitucional não parece ser o suficiente quando se trata de averiguar qual postura, dentre os dois posicionamentos restantes – aquele rígido e aquele que admite flexibilizações – mostra-se *preferível* e, ainda mais importante, *compatível* com o ordenamento jurídico brasileiro.

A verdade é que a garantia do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, foi positivada com um texto tão conciso quanto insuficiente para compreensão não só de seu conteúdo e âmbito de proteção, mas também com relação a possíveis mitigações de sua aplicação.

¹⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: sexta série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997. p. 109.

¹⁸⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: sexta série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997. p. 109.

A complexidade do problema sugere uma análise desde perspectivas distintas e que possibilitem averiguar tanto a real conveniência quanto a compatibilidade da criação de exceções à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

A questão da compatibilidade será tratada no tópico a seguir, em que a atenção será dirigida para a definição da *estrutura da norma* conferida pelo legislador constituinte ao Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

O complexo de razões arguidas como possíveis parâmetros para averiguarem-se hipóteses nas quais a aplicação do instituto deve ser excepcionada, no entanto, será objeto de consideração tão somente no tópico seguinte.

2.7.2 A opção do constituinte por uma regra e suas implicações

A doutrina tem dedicado especial atenção à *estrutura da norma* respectiva ao texto do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, tomando-a como fator determinante para aferir a possibilidade de flexibilizar-se a imposição da medida de exclusão da prova ou aplicá-la em todo caso.

Subjugar a questão da flexibilidade da medida à definição da *estrutura normativa* do preceito constitucional tem sua razão de ser no fato de que as *regras* e os *princípios* são aplicados de maneira distinta; as primeiras por mera *subsunção*, enquanto os últimos são concretizados propriamente por meio de *ponderação*.¹⁸⁵

Parte-se da ideia de que os princípios forneceria razões para serem ponderadas com outras razões, enquanto as regras são o resultado de uma ponderação de razões previamente realizada pelo legislador (ordinário ou constituinte) e que retiram da esfera de discricionariedade do aplicador do direito a possibilidade de realizar-se uma nova ponderação dessas mesmas razões, a fim de determinar sua aplicabilidade.

Ou seja, as regras seriam aplicadas por *subsunção*, porque “estabelecem uma decisão para um conflito entre razões, não cabendo ao aplicador substituir pura

¹⁸⁵ Nesse sentido, refere Humberto Ávila que “as regras têm a função (de) eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimentos, custos e controle de poder. A descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos.” (ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 23 de dez. 2012. p. 4).

e simplesmente a ponderação legislativa pela sua,¹⁸⁶ enquanto os princípios “não têm a pretensão de gerar um solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada da decisão.”¹⁸⁷

No específico do tratamento da *prova obtida por meios ilícitos* e conforme aduz Sérgio Luís Wetzel de Mattos, sendo categorizada como um *princípio*, a *exclusão de provas* estaria revestida do caráter relativo de uma norma que precisa de *concretização* mediante a “ponderação em face de princípios e valores em sentido oposto, à luz das circunstâncias do caso concreto”, para o que seria invocável o princípio da *proporcionalidade* (*Verhältnismässigkeitsprinzip*).¹⁸⁸

De outro lado, sendo compreendida como verdadeira *regra*, a *exclusão de provas*, enquanto não acompanhada de qualquer exceção expressa e resultado de uma ponderação de princípios e valores previamente realizada pelo constituinte, seria questão retirada da esfera de discricionariedade do legislador infraconstitucional e do magistrado, razão por que sua aplicação dar-se-ia mediante *subsunção*.¹⁸⁹

Ao momento em que a questão assume este nível de sofisticação, percebe-se que, por vezes, a *estrutura da norma* é qualificada como um *princípio* tão somente em razão de entender-se por justo e necessário realizar uma ponderação de razões contrapostas diante do caso concreto.

Assim, não raramente, o intérprete, com vistas a fazer prevalecer sua *preferência* por posturas mais flexíveis, se vê inclinado a afirmar que trata o Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, de um *princípio constitucional de exclusão de provas*.

E é compreensível que, entre aqueles que entendem ser a flexibilidade da medida de exclusão uma “exigência de justiça”, haja preocupação de viabilizar-se uma ponderação de razões diante do caso concreto, mas isso não lhes permite passar por cima do conteúdo da Carta Magna, a qual traça limites que não podem

¹⁸⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 119.

¹⁸⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 194.

¹⁸⁸ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 224. O princípio da proporcionalidade é, inclusive, constantemente invocado para relativizar a exclusão de prova e justificar o emprego da *ponderação de interesses*, Nelson Nery Junior, por exemplo, afirma que “a proposição da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de *princípio da proporcionalidade* [...] devendo prevalecer sobre as radicais” (NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 265).

¹⁸⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 224.

ser modificados apenas para atender àquilo que o aplicador entende ser o mais correto.

Nesse aspecto, parece que valer-se de um parâmetro imparcial de determinação da estrutura da norma é indispensável para solucionar a questão, sendo a *natureza da descrição normativa* o critério mais adequado para isso.

Ao discorrer sobre esse critério, Humberto Ávila refere que, “enquanto as regras descrevem objetos determináveis (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos), os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido”.¹⁹⁰

E ao prescrever que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, a Constituição categoricamente impõe ao *destinatário* da *regra constitucional de exclusão de prova* – o magistrado –, sem exceções, o dever de indeferir os requerimentos de admissão de *provas obtidas por meios ilícitos*, bem como de tornar ineficazes aquelas que, por equívoco, tenham sido admitidas ou produzidas no bojo do processo.

Do elemento descritivo não se depreende um *mandamento de otimização*,¹⁹¹ nem a *determinação de um fim juridicamente relevante a ser promovido*,¹⁹² como se espera de um *princípio*, mas sim um verdadeiro comando comportamental para que obrigatoriamente seja inadmitida, no processo, a prova obtida por meios ilícitos.

Trata-se, portanto, de uma *regra*.

E mesmo que a casuística revele razões para crer que a *regra* foi determinada com base em uma ponderação totalmente equivocada, por parte do constituinte,¹⁹³ ou que foi equivocada ao desconsiderar certas peculiaridades,¹⁹⁴ o

¹⁹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 83.

¹⁹¹ A referência aos princípios como *mandamentos de otimização* deve-se à Robert Alexy, para o autor “*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90).

¹⁹² De acordo com a definição de Humberto Ávila, para quem “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 193).

¹⁹³ Para os que defendem a busca da verdade a todo custo.

¹⁹⁴ Para aqueles que defendem a ponderação horizontal tanto no processo civil quanto no processo penal brasileiro, como por exemplo Marcelus Polastri Lima e Thiago André Pierobom de Ávila (Cfr.

problema, ainda assim, é estranho à determinação da *estrutura da norma*, muito embora, adiante-se, isso possa assumir relevância ao momento de sua aplicação, já que “tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados.”¹⁹⁵

É importante deixar claro que, uma vez preenchido o *suporte fático* da norma, a consequência jurídica deve ser aplicada, por *subsunção*, em virtude de tratar-se de uma *regra*, não de um princípio.¹⁹⁶

Apesar disso, a doutrina pátria insiste em colocar que o mais correto seria permitir a realização de ponderações frente ao caso concreto, designando a aplicação do *princípio da proporcionalidade* como justificativa para tanto.

Essa tendência, inclusive, ameaçou ganhar terreno no plano legislativo mediante o projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010, o qual continha uma proposta para alterar a redação do Artigo 332 do atual Código de Processo Civil, que, dentre outras modificações, promovia-lhe a inclusão de um parágrafo único que dispunha expressamente que “a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais”.¹⁹⁷

A inovação legislativa proposta certamente daria lugar a arguições de inconstitucionalidade do dispositivo legal que partiriam da discussão ora apresentada, referente à estrutura da norma.

Aparentemente isso não ocorrerá, porquanto a alteração foi Suprimida por intervenção do Relator-Geral do Projeto de Lei, o Senador Valter Pereira. Mas a tendência, por si só, já faz surgir uma pergunta: estariam os aplicadores do direito indevidamente negligenciando a regra constitucional ao assumir uma postura flexível

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e proporcionalidade**: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006).

¹⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 47.

¹⁹⁶ Assim, conforme refere Humberto Ávila, “Se a Constituição possui uma regra vedando, de modo categórico, a utilização de prova ilícita, não cabe ao intérprete, por meio de uma ponderação de princípios constitucionais eventualmente aplicáveis, permitir a sua utilização, pois, nesse caso, a própria Constituição fez uma escolha que não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Entender de modo contrário, é interpretar como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer.” (ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 23 de dez. 2012. p. 5-6.)

¹⁹⁷ Conforme a redação original do Projeto de Lei do Senado n. 166 de 2010, esta seria a redação do Artigo 257, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil.

de aplicação da *regra de exclusão*, ou a norma pode ser, de alguma forma, compreendida como compatível com a realização de uma *segunda ponderação* no caso concreto?

Ou melhor, a rigidez decorrente da *estrutura da norma* repercute em um óbice intransponível para adotar-se uma postura flexível ou, mesmo tratando-se de uma *regra*, existe alguma possibilidade de ela não ser aplicada?

Ainda que isso não signifique dar uma resposta aos questionamentos realizados, salienta-se que, em que pesem as *regras* estarem dotadas de uma rigidez que determina sua aplicabilidade por via de *subsunção*, excluindo-se uma ponderação horizontal relacionada a outros *princípios*,¹⁹⁸ de forma alguma, quer-se, com isso, categorizá-las como absolutas, ou melhor, insuperáveis.

Conforme refere Humberto Ávila, “as regras tem eficácia de trincheira, pois, embora geralmente superáveis, só o são por razões extraordinárias e mediante um ônus de fundamentação maior.”¹⁹⁹

Isto é, ainda que, *prima facie*, as *regras* tenham uma rigidez que as dota de prevalência frente a *princípios* de mesma hierarquia e devam ser aplicadas mediante *subsunção*, cogita-se da possibilidade de flexibilizá-las “em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra”.²⁰⁰

E é nesse ponto, e não na determinação da *estrutura da norma*, que importa considerarem-se as dificuldades do legislador constituinte em poder antecipar se, em todo caso, a aplicação da *regra de exclusão de provas obtidas por meios ilícitos* representa uma providência que traz maiores benefícios do que mazelas.²⁰¹

¹⁹⁸ Conforme refere Humberto Ávila, “a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E daí dizer, por consequência, que, num conflito, efetivo ou aparente, entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, deve vencer a regra.” (ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 23 de dez. 2012. p. 5)

¹⁹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 119.

²⁰⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 47.

²⁰¹ Conforme aduz Humberto Ávila, “Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 47.)

Portanto, para afastar-se a aplicação da regra, é necessária a “demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente”,²⁰² ou então, a indicação de outras razões que possam servir como justificativa suficiente para não aplicar-se a regra.²⁰³

Disso, conclui-se ser possível, sim, estipularem-se exceções para a aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas*, muito embora a dificuldade ínsita a essa tarefa exija uma análise consistente das diferentes razões pelas quais os “posicionamentos intermediários” sustentam ser uma verdadeira exigência de justiça a sua flexibilização.

Fixe-se como premissa essencial para a aplicação do instituto que a opção do constituinte por uma *regra*, e não por um *princípio de exclusão de prova*, indica uma prevalência, *prima facie*, das razões para adoção da medida de exclusão frente às razões opostas – direito à prova e busca da verdade – e implica, necessariamente, a impossibilidade de realizar-se uma ponderação horizontal com relação aos *princípios constitucionais*,²⁰⁴ mas que isso não significa, necessariamente, que não seja possível determinar casos em que possa ser excepcionada a aplicação do instituto.

2.7.3 A ponderação de interesses como método para verificar a possibilidade de excepcionar a aplicação da garantia

Afirmada a possibilidade de serem criadas exceções à regra ao momento de sua aplicação, mostra-se necessário verificar se a teoria da *ponderação de interesses*, defendida por setor importantes da doutrina, revela fundamentos idôneos que indiquem sua adoção.

Conforme aduz Nicolò Trocker, a relativização da aplicação da medida de exclusão de provas a partir de uma *ponderação de interesses – bilanciamento degli interessi e dei valori* – tem origem em soluções emprestadas pela jurisprudência

²⁰² Refere Humberto Ávila que, para verificação da superabilidade, “ou se examina a razão que fundamenta a própria regra (*rule’s purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o cumprimento daquela regra (*overruling*)” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 47).

²⁰³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 119.

²⁰⁴ Assim, infirmam-se colocações como a de Leandro Cadenas Prado no sentido de que através do princípio da proporcionalidade seria possível “contrapor a vedação constitucional às provas ilícitas ao direito, também constitucional, ao devido processo legal e à ampla defesa” (PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2 ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009. p. 31.)

alemã, que “admite exceções à vedação geral de admissibilidade (e de utilização) das provas formadas ou obtidas inconstitucionalmente quando se trata de realizar exigências superiores, de caráter público ou privado, merecedoras de particular tutela.”²⁰⁵

A *ponderação de interesses* caracteriza-se por preconizar uma *segunda ponderação*, que tem por objeto outros elementos além daqueles tidos em consideração pelo constituinte e que somente pode ser realizada tendo por esteio razões aferíveis somente de um caso concreto, no momento de aplicação da norma.²⁰⁶

De modo geral, pode-se dizer que, nessa nova ponderação, em um dos pratos da balança seriam colocadas as razões pelas quais se aplica a *regra constitucional de exclusão de provas* no caso concreto, enquanto, no outro lado, estariam as *razões opostas*, para não aplicá-la no caso concreto.

A *ponderação de interesses* não defende a realização de uma *ponderação horizontal de normas* (como preconizam os defensores do *princípio constitucional de exclusão de provas*), mas, parte de duas premissas: (1) de que, diante do caso concreto, é possível identificarem-se situações em que a exclusão da prova pode repercutir em um prejuízo maior do que o benefício que se tem ao aplicar-se a garantia (*more harm than good*); e (2) de que podem ser pré-estabelecidos parâmetros para averiguarem-se essas situações.²⁰⁷

²⁰⁵ TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffré, 1974. p. 619.

²⁰⁶ O termo *segunda ponderação* é utilizado por Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni. Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 659.

²⁰⁷ Essa colocação é comum, também, entre aqueles que defendem a aplicação do exame trifásico do postulado da proporcionalidade para determinar a admissibilidade da prova, como por exemplo Luis Alberto Reichelt, quem refere que “sob o manto do postulado da proporcionalidade, o afastamento da norma que veicula a proibição de produção de provas ilícitas presuppõe uma análise situada em três planos. Primeiramente, ipõem-se examinar a adequação entre o meio empregado (prova) e o fim almejado (busca da verdade, tutela do bem jurídico pelo direito material). Em segundo lugar, cumpre verificar a existência ou não de outros meios alternativos ao emprego da prova considerada ilícita, capazes de garantir o respeito ao fim anteriormente referido, de maneira que, ao existirem outras possibilidades além de tal expediente probatório, que seja empregado o meio que importe em menor restrição aos direitos fundamentais – como, por exemplo, o emprego de meios de prova lícitos que levem a resultados similares. Por fim, o exame final subsume-se ao da proporcionalidade em sentido estrito, no qual se verifica se as vantagens obtidas mediante o emprego da prova ilícita se sobrepõem às desvantagens verificadas.” (REICHEL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 295) Frise-se, no entanto, que o primeiro exame parece ser respectivo ao filtro lógico da admissibilidade, determinante da relevância da prova, enquanto o segundo figura como um critério complementar – de *necessidade de prova* – em relação aos parâmetros usualmente traçados pelos defensores da *ponderação de interesses* e

A primeira das premissas de que parte a ponderação de interesses é compatível com a noção de *superabilidade* das regras, mas isso não exclui a necessidade de avaliar-se o método, ou melhor, os parâmetros enunciados por seus defensores como aptos a determinar as razões (doravante designadas como interesses) a serem ponderadas.

Sobre essa determinação dos interesses em oposição, pode-se dizer que o cerne do raciocínio preconizado pela *teoria da ponderação de interesses* está, de um lado, na correlação entre as razões para aplicar-se a regra de exclusão e a gravidade da violação ocasionada pela conduta de que resultou a prova ilícita – definindo-se assim o *interesse em proteger um bem jurídico através da regra de exclusão*; bem como na correspondência entre as razões para não aplicar-se a garantia em face da importância do *bem jurídico* sobre o qual recairão os efeitos da sentença, de outro – definindo-se o *interesse em proteger os valores em jogo no caso concreto*.

Nesses termos e *grosso modo*, a possibilidade de excepcionar-se a aplicação da regra seria obtida da “comparação” entre o valor do bem jurídico “em jogo” no processo e aquele que é violado pela obtenção, utilização ou formação da prova²⁰⁸ – sendo o valor primeiro maior que o do segundo, deveria ser excepcionada a aplicação do instituto.

Em princípio, esse modo de conceber a ponderação de interesses apresenta boas razões para flexibilizar a aplicação do Art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, porquanto sugere haver um contrassenso em comprometer a possibilidade de conferir eficácia a um determinado direito (objeto dos efeitos da sentença) para proteger um bem jurídico de menor valor (através da regra de exclusão).

De fato, considerando que o processo tem como objeto *pedido* cuja procedência ou improcedência repercutirá em intervenção do Estado na esfera de direitos de um indivíduo, parecer sensato dizer que, nesses casos, a medida de exclusão atua em prol da preservação de um valor inferior àquele sobre o qual

que será adiante analisado, “exame final”, citado por Reichelt, pode ser considerado, em si mesmo, a premissa fundamental da *ponderação de interesses*.

²⁰⁸ Conforme Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni, “no âmbito do processo civil, a ponderação realizada pela Constituição não exclui a necessidade de uma *segunda ponderação* entre o *direito afirmado em juízo pelo autor* e o *direito violado pela prova ilícita*.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 659).

incidirão os efeitos da decisão proferida pelo órgão judicial, repercutindo, desse modo em evidente injustiça.

Com base nesses fundamentos, poderia admitir-se que (1) o legislador constituinte, ao positivar uma regra de exclusão *prima facie* inflexível, considerou que tanto o *direito fundamental à prova* quanto a *busca da verdade* não representam razões em si suficientes para admitirem-se as provas ilícitas; mas que (2) isso não exclui a possibilidade de que o *direito à prova* e a *busca da verdade* possam ser investidos de uma nova dimensão de importância diante do caso concreto, projetando-se neles a própria dimensão de valor do direito colocado em jogo no processo, que pode prevalecer sobre o valor do direito protegido pela aplicação da regra de exclusão.

Nesses termos, o *interesse em proteger os valores em jogo no caso concreto* superaria o *interesse em proteger um bem jurídico através da regra de exclusão* através da simples comparação da importância de um bem jurídico em face do outro, em termos similares ao que se exige de uma conduta para que seja qualificada como em *estado de necessidade*.

No entanto, existe um equívoco nesse raciocínio, que não pode ser assimilado sem considerarem-se as distintas maneiras como a prestação jurisdicional e o Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, propõem-se a tutelar direitos.

2.7.4 (Segue) O dimensionamento dos interesses a ser ponderados

Há correção na maneira como a proposta da *ponderação de interesses* dimensiona o interesse em preservarem-se os direitos que serão objetos dos efeitos da sentença (o *interesse em proteger os valores em jogo no caso concreto*), mas, ao mesmo tempo, um equívoco na maneira como se dimensiona o *interesse em proteger um bem jurídico através da regra de exclusão*.

Este último *interesse*, que corresponde às razões por que a regra de exclusão deve ser aplicada diante do caso concreto, não pode ser dimensionado estritamente com base no valor do bem jurídico afetado pela conduta.

Não é equivocado ter por base uma dimensão do valor objetivamente considerado do bem jurídico afetado pela *obtenção, formação* ou *utilização* da prova para aferição das razões pelas quais interessa a aplicação da regra de exclusão no

caso concreto;²⁰⁹ contudo, dois outros fatores devem ser considerados ao dimensionar-se o *interesse em proteger um bem jurídico através da regra de exclusão*: (1) o *caráter prospectivo da proteção conferida pelo efeito profilático*; (2) o *caráter complementar da proteção conferida pela garantia*.

Sobre o *caráter prospectivo da proteção conferida pelo efeito profilático*, deve-se considerar que a criação de exceções à aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas* implica, necessariamente, a total limitação da sua capacidade de coibir a futura adoção de condutas antijurídicas similares àquela correlata à *prova ilícita* sobre a qual se decide a admissibilidade.²¹⁰

²⁰⁹ Ao contrário do que defende Isabel Alexadre, entende-se que a superior importância do bem jurídico em jogo no processo frente aquele que afetado pela prova ilícita é um fator favorável à admissibilidade da prova, mas que não é, por si só, suficiente, em decorrência de outros fatores. Segue transcrita a lição da autora portuguesa, ressaltando-se que, quando refere-se ao termo *interesse*, este confunde-se com a importância dos bens jurídicos que determinam o interesse, em razão de esse ser o único critério adotado pela ponderação de interesses: “Abrangendo a previsão do art. 32º, nº 8 da CRP as situações de “ilícita intromissão” [...], parece de concluir que, uma vez reconhecida a ilicitude da conduta, não se pode defender a admissibilidade e a possibilidade de valoração da prova através dela obtida, com base na ponderação de interesses. Com efeito, a superioridade do interesse daquele que apresenta a prova, em relação ao interesse da parte contrária, é unicamente um dos fatores a ter em conta na determinação da existência de uma causa de justificação e não um elemento favorável à valoração” (ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 259.)

²¹⁰ O impacto negativo dessa redução da capacidade de coibir – e, portanto, de proteger o bem jurídico – pode ser bem compreendida a partir de breves referências ao processo penal, mais especificamente com relação à *teoria dos três degraus* e da proposta de admissibilidade irrestrita da *prova ilícita pro reo*. A *teoria dos três degraus* é uma construção do *Bundesverfassungsgericht* – Tribunal Constitucional Federal da Alemanha é aplicada para verificação dos casos em que, mesmo diante de uma violação do *direito de privacidade*, a medida de exclusão poderia ser excepcionada quando diante da necessidade de verificar a responsabilidade penal em razão do cometimento de crimes graves. Conforme salienta Thiago André Pierobon de Ávila, compreende-se através dessa teoria uma projeção do direito à privacidade em três círculos concêntricos, de modo que a intrusão na vida privada pode ser categorizada em três graus: ofensiva a um núcleo essencial, o qual não permite seja realizada qualquer ponderação sobre a prova ilícita obtida; (2) um círculo intermediário, protegido pela constituição, mas que permite, ainda assim, sejam sopesados os valores colocados em jogo para fins de verificação da admissibilidade da prova em casos de crimes graves; e (3) o círculo periférico, em que há a projeção de aspectos da vida usualmente subtraídos do domínio da publicidade, mas cujas ofensas são socialmente adequadas e toleradas.²¹⁰ (ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 23 de dez. 2012. p. 171–172). Perceba-se que, nos termos daquilo que preconiza a teoria dos três degraus acerca do círculo intermediário, a capacidade de coibir condutas antijurídicas – contra o direito de privacidade – através da exclusão da prova é reduzida a zero para todo caso em que a *obtenção, formação ou utilização* da prova se dê em razão da necessidade de coligir elementos de comprovação quanto a prática de crimes graves. Situação semelhante aconteceria acaso os tribunais brasileiros passassem a acatar a sugestão da doutrina de direito processual penal de tornar admissível, em qualquer caso, a *prova ilícita pro reo*, caso em que excepcionar a aplicação da garantia de exclusão de provas reduziria à zero sua capacidade de coibir a ilícita *obtenção, formação ou utilização* de elementos que possam comprovar a inocência de um indivíduo, criando também, nesse caso, um âmbito de vigência do *male captum bene retentum*.

Ou melhor, determinar-se que em, alguns casos, a *prova ilícita* seja admissível sem prejuízo das consequências previstas pelo direito material culmina na limitação da abrangência do *efeito profilático* e consequente vigência (ainda que restrita a casos similares) do *male captum bene retentum*.

A partir disso, pelo menos duas consequências negativas seriam inevitáveis a partir de um critério de ponderação da importância dos bens jurídicos, em termos similares ao *estado de necessidade*.

Em primeiro lugar, não mais estaria coibida a *desnecessária* adoção de condutas antijurídicas com a finalidade de possibilitar-se a comprovação de um fato. Ou seja, o interessado na prova, ou terceiro que age em seu favor, não seria desencorajado de adotar uma determinada conduta antijurídica com propósito probatório mesmo que existam outras opções, dotadas de juridicidade ou menos lesivas, aptas a alcançar um mesmo resultado em termos de eficácia probatória.

Em segundo lugar, não mais estaria coibida a adoção das condutas antijurídicas adotadas preventivamente, em razão de perigos que sequer são atuais e que correspondem à mera possibilidade de um bem jurídico de maior valor ser colocado em perigo.

No primeiro caso, a ausência da capacidade de coibir da regra de exclusão simplesmente dá margem para a adoção de uma conduta antijurídica mais gravosa do que seria *necessário* para proteger-se o bem jurídico de maior valor.

No segundo caso, o próprio resguardo do um bem jurídico de valor superior é um fator contingente e que pode, em muitos casos, nunca ocorrer, porque a ameaça esperada não se concretiza, de forma a possibilitar que a conduta reprovada pelo direito seja praticada sem saber se o respectivo “bônus” vai ser atendido.

Nesse sentido, em longo prazo, esses dois aspectos negativos revelam que essas condutas desnecessárias e ou, de viés preventivo, tendem a criar uma situação de malefícios que supera o próprio benefício de optar-se, em casos pontuais, pela prevalência do *interesse em proteger os valores em jogo no caso concreto*.

Dessa perspectiva, portanto, coibir condutas antijurídicas negligentes ou adotadas preventivamente para resguardar a possibilidade de “fazer prova” traz benefícios que superam o custo ocasionado por casos pontuais de injustiça da decisão.

E para eliminar as consequências negativas, seria necessário estipularem-se critérios complementares, como a *necessidade de prova*²¹¹ e a própria *atualidade do perigo*, o que culminaria, tão somente, em recriar os requisitos do *estado de necessidade*. Dessa forma, uma medida como essa seria uma contradição em termos, vez que, preenchidos esses requisitos, a conduta sequer seria antijurídica, e a prova não seria ilícita.

Nesses termos, o caráter prospectivo da proteção conferida pelo *efeito profilático* induz à constatação de que não se podem admitir exceções ao Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, tendo-se como base a ponderação entre o *interesse em proteger os valores em jogo no caso concreto* e o *interesse em proteger um bem jurídico através da regra de exclusão*, porquanto as primeiras razões tendem a nunca superar àquelas que justificam a aplicação do instituto.

Sob outra ótica, contudo, deve-se considerar que é bem possível a ocorrência de casos em que o *interesse em proteger os valores em jogo no caso concreto* seja determinado em função de um direito de expressiva relevância e importância, carentes de proteção especial e, ao mesmo tempo, o *interesse em proteger um bem jurídico através da regra de exclusão* seja determinado em razão de um direito que detém pouca expressividade.

Em casos submetidos a um contexto como o enunciado, revela-se uma tendência a fortalecerem-se as razões para não aplicar-se a *regra constitucional de exclusão de provas* e, ao mesmo tempo, enfraquecerem-se as razões para aplicá-la.

Tais hipóteses podem dar lugar à admissão da prova ilícita, desde que admita-se que em casos de significativa disparidade de valor entre os bens jurídicos que se projetam entre os interesses em oposição, a necessidade de tornar eficaz o direito de maior expressividade em um caso específico, através da sentença, é

²¹¹ Nicolò Trocker, analisando a jurisprudência *tedesca*, refere que a conjugação dos requisitos da ponderação dos bens jurídicos em jogo aliado e da comprovada dificuldade de comprovar um fato através de outros meios – *necessidade de prova* – configuram algo como um *estado de necessidade processual*: “E nesses casos – pense-se sobretudo nas controvérsias referentes à dissolução de relações jurídicas baseadas sobre o elemento confiança, como o casamento ou um contrato de sociedade – a ‘regra de exclusão’ pode ser aplicada somente após ter-se atentamente ponderado o direito à livre formação da personalidade de ambos os contendores e depois de ter em consideração tanto a importância do direito à prova quanto a dificuldade a demonstrar com outros meios a existência dos fatos deduzidos em juízo. Em outras palavras, aparentemente configura-se uma espécie de ‘estado de necessidade processual’, o qual pode legitimar o enfraquecimento do direito de personalidade de outrem.”(TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 625-626.) Entretanto, parece ser necessário exigir os outros requisitos para que se configure um verdadeiro estado de necessidade processual.

superior à própria necessidade de coibir a adoção de condutas antijurídicas desnecessárias ou empreendidas em função de perigo futuro e incerto.

Ou seja, para admitir-se a possibilidade de excepcionar-se a aplicação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, deve-se conceber que, no caso concreto, até mesmo uma análise de longo prazo oferece indicativos de que se pode esperar um benefício maior da preservação do valor que está em jogo no processo do que da própria exclusão da prova.

E isso se mostra razoável somente em hipóteses de significativa disparidade de importância entre os bens jurídicos que determinam os interesses a ser ponderados, como quando, ao mesmo tempo (1) o bem jurídico que determina o *interesse em proteger os valores em jogo no caso concreto* corresponde a um direito fundamental e; (2) a *obtenção, formação ou utilização da prova ilícita* tenha ocasionado violação de um direito de reduzida importância.

Dois bons argumentos favorecem essa colocação.

O primeiro diz que os bens jurídicos fundamentais detêm uma importância que se sobrepõe àquela atribuída aos bens jurídicos não dotados de fundamentalidade, e isso ao ponto de falar-se em um dever de otimização da proteção a ser conferida a eles.²¹²

O segundo argumento, que enfraquece significativamente as razões para aplicar-se o instituto, refere-se ao fato de que os direitos violados pela conduta antijurídica de *obtenção, formação ou utilização da prova*, não estão, usualmente, desguarnecidos de proteção normativa ou fadados à ineficácia, já que o próprio direito material determina a adoção de consequências em razão de sua violação, tanto com o fito de coibir sua adoção (através de normas de direito penal) quanto de reparar os efeitos nocivos dela decorrentes.

Nessa medida, o *caráter complementar da proteção conferida pela garantia* se oferece como uma variável que, assim como a importância do bem jurídico afetado pela prova ilícita, influi diretamente sobre o dimensionamento do *interesse em proteger um bem jurídico através da regra de exclusão*, de forma que, quanto

²¹² O assunto será melhor tratado no último capítulo deste estudo, ao tratar do problema dos destinatários do *efeito profilático*.

maior a proteção proporcionada a um bem jurídico de pouca importância pelo próprio direito material, menor será esse *interesse*.²¹³

Tudo isso indica ser benéfica a preservação de uma pequena zona de vigência da tese da *irrelevância processual da ilicitude material* para casos excepcionais em que a disparidade de importância entre os bens jurídicos que informam os interesses a serem ponderados revele a necessidade de conferir proeminência ao *interesse em proteger os valores em jogo no caso concreto* em detrimento do *interesse em proteger um bem jurídico através da regra de exclusão*.

Se uma *prova ilícita* corresponde a essa *zona de vigência do male captum bene retentum* é algo que só pode ser determinado no caso concreto, através de uma ponderação de interesses que considere todos os fatores necessários para avaliar a conveniência, ou não, de superar a regra constitucional de exclusão de provas.

E somente uma hipótese de significativa disparidade de importância entre os bens jurídicos que definem os interesses a serem ponderados e que faça pender a balança para o lado do *interesse em proteger os valores em jogo no caso concreto* justificar excepcionar-se a aplicação da *regra*.

2.8 CONCLUSÕES

Os debates acerca da necessidade de tornarem-se inadmissíveis os meios de prova, cujo ato de obtenção, formação ou utilização processual implicariam valoração negativa pelo direito material, deram origem à concepção de *prova ilícita* enquanto conceito teórico a que corresponde, atualmente, uma *prova inadmissível* no direito brasileiro.

E, apesar de os fundamentos eminentemente teóricos sustentados a partir do eixo doutrinário alemão terem conduzido à compreensão de que tais provas deveriam ser inadmitidas por contrariarem a unidade do *ordenamento jurídico*, ou, nos mesmos moldes, por estarem em desacordo com preceitos constitucionais, existem bons argumentos que indicam ser em razão de a exclusão de provas ser

²¹³ Perceba-se o quão influente esse fator pode ser diante de casos em que a proteção conferida pelo direito material seja insuficiente para proteger um direito fundamental, como no caso americano, diante da vulnerabilidade da Quarta Emenda, diante da atuação das autoridades policiais.

adequada e necessária à finalidade de conferir-se maior proteção aos *bens jurídicos* (normativamente tutelados) que uma vedação às provas ilícitas figura-se aceitável.

A consecução do propósito protetivo da regra constitucional de exclusão de provas é bem explicado pelo *efeito profilático*, similar ao *deterrent effect* que serve de subsídio teórico à *exclusionary rule*, esta criada e desenvolvida pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana e caracterizada pelas noções de educação e prevenção.

Compreende-se, portanto, que o Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, foi concebido como uma forma de coibir a antijurídica *obtenção, formação* ou *utilização* de provas através de um mecanismo de desestímulo determinado pela consequência jurídica de *ineficácia da prova ilícita*, tudo com vistas a fortalecer a proteção conferida aos bens jurídicos pelo direito material.

Todavia, ao escopo de proteção de bens jurídicos, não corresponde necessariamente que a lesão de *bens jurídicos* através da *obtenção, formação* ou *utilização* de um *meio de prova* signifique, por si só, suposto fático suficiente para caracterizar a ilicitude probatória, seja porque o próprio contexto de regulação jurídica pode cominar exceções que relativizam a proteção normativa conferida a determinados *bens jurídicos* – exemplificado através das ressalvas expressas nos incisos XI e XII do Artigo 5º da Constituição Federal – seja porque a incidência de preceitos permissivos de ordem geral, tal qual o *estado de necessidade* e a *legítima defesa*, podem incidir de forma a determinar a juridicidade da conduta.

No entanto, uma vez preenchido o suporte fático da norma, deve-se considerar que a opção do constituinte por determinar a inadmissibilidade das provas ilícitas por meio de uma verdadeira *regra – estrutura da norma* – implica reconhecer a prevalência, *prima facie*, da proteção por ela conferida aos bens jurídicos frente à *busca da verdade* – o que pode ser prejudicial à justiça da decisão – e ao direito das partes de utilizar todos os meios de prova disponíveis para comprovar suas alegações.

Isso não quer dizer, contudo, que exceções não possam ser estabelecidas ao aplicar-se a regra, desde que atendido o ônus de fundamentação necessário à indicação das razões por que sua aplicação não deve ser feita em um determinado caso.

Partindo de pressupostos compatíveis com a noção de superabilidade de uma *regra*, a *teoria da ponderação de interesses* propõe a realização de uma *segunda*

ponderação, no caso concreto, para determinar os casos em que excepcionar a aplicação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal representa-se benéfico.

Entretanto, é importante ter em consideração que o dimensionamento dos interesses a ser ponderados não prescinde de quatro fatores essenciais: (1) a importância do bem jurídico que determina o *interesse em proteger os valores em jogo no caso concreto*; (2) a importância do bem jurídico que determina o *interesse em proteger um bem jurídico através da regra de exclusão*; (3) o caráter prospectivo da proteção conferida pelo *efeito profilático*; e (4) o caráter complementar da proteção conferida pela *garantia*.

3 OS PRECEDENTES DA *U.S. SUPREME COURT* E OS CARACTERES GERAIS DE APLICAÇÃO DA *EXCLUSIONARY RULE* DA *BILL OF RIGHTS*

Uma vez tendo sido relacionado o “programa de acção”²¹⁴ da *regra constitucional de exclusão de provas* ao fundamento da *exclusionary rule* da *Bill Of Rights*, consagrado pela *U.S. Supreme Court*, na década de 70 do século XX, o *deterrent effect*, torna-se necessário avançar esta análise sobre os seus elementos essenciais de aplicação, em busca de uma verdadeira densificação dogmática do instituto para o direito brasileiro.

Em que pese uma conjugação de razões de ordem geral seja determinante para que essa *exclusionary rule* tenha sua aplicação quase que absolutamente restringida ao âmbito do direito processual penal, muitas são as questões de ordem geral (e, portanto, interessantes ao âmbito do processo civil) que servem para problematizar a aplicação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, sugerindo mudanças quanto ao seu arquétipo de compreensão.

Como será visto nos tópicos que seguem, muitas são as construções teóricas através das quais o direito norte-americano buscou aprimorar a *exclusionary rule*, conformando-a aos preceitos consagrados em seu ordenamento jurídico, mas também muitas foram as construções teóricas adotadas com vistas a acalmar as “vozes dos que reivindicavam a redução do âmbito de vigência e da consistência das *exclusionary rules*,”²¹⁵ muito em razão de pressões da sociedade em ver respostas mais eficazes à repressão da criminalidade.

O instituto foi criado, teve suas bases estatuídas e foi desenvolvido pela Suprema Corte, mas muitos dos delineamentos e exceções à sua aplicação resultam não só de “exigências de justiça”, e sim do impacto que tem sobre a opinião pública o preço que se paga pela existência da *exclusionary rule*, ou seja, o alto “custo” decorrente da provável injustiça da decisão e, em especial, a impunidade dos criminosos.

E nem o fato de alguns desses critérios de aplicação do instituto serem, em certa medida, fruto das pressões políticas exercidas pela sociedade, não exclui a

²¹⁴ A expressão “programa de acção” é empregada por Costa Andrade para designar o aspecto preventivo das *exclusionary rules* norte-americanas e das *Beweisverbote* alemãs. (COSTA ANDRADE, Manoel da. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 135).

²¹⁵ COSTA ANDRADE, Manoel da. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 134.

possibilidade de que os argumentos a eles subjacentes revelem excelentes razões para que a aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas* seja, com base neles, aperfeiçoada, tanto para relativizar como para enrijecer sua aplicação.

Assim, da análise dos caracteres gerais de aplicação da *exclusionary rule* espera-se induzir uma série de questionamentos cujas respostas podem conduzir à sofisticação dos parâmetros de aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas* do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, tornando sua aplicação mais coerente, ou refinada, com relação a seus propósitos.

A análise será feita com vistas a verificarem-se compatibilidades e incompatibilidades entre a regra de exclusão brasileira e a americana, buscando, sobretudo, subsídios teóricos que permitam proporem-se discussões relevantes com relação à aplicação do instituto e à necessidade de excepcionar-se sua aplicação diante de determinadas circunstâncias, ou ainda, de promovê-la diante de outras hipóteses.

Dessa forma, este trabalho seguirá um viés eminentemente descritivo acerca da *exclusionary rule*, buscando-se, antes do que fazer um trabalho crítico e de comparação, analisar alguns precedentes que permitam estabelecerem-se as premissas gerais que não de possibilitar a realização de tais tarefas em um momento próximo.

Ainda, é indispensável salientar-se que apenas os caracteres de aplicação relevantes para o estudo da aplicação do instituto no âmbito do processo civil é que serão objeto de análise.²¹⁶

Nesses termos e em síntese, serão objeto de consideração a íntima relação do instituto com os direitos assegurados pela Quarta, Quinta e Sexta Emendas da *Bill Of Rights*, as bases teóricas para compreensão da *fruits of the poisonous tree doctrine* (que já foi acolhida pelo direito brasileiro) e de sua mitigação, além dos interessantes delineamentos realizados pela Suprema Corte, que não aplica a *exclusionary rule*: em relação a procedimentos de natureza cível; quando a ofensa aos bens jurídicos tutelados pelas normas constitucionais é praticada por particulares; quando quem requer a supressão das provas não é titular do direito

²¹⁶ Em que pese exista uma tendência de aplicar o instituto exclusivamente no âmbito do processo penal, a maioria dos caracteres essenciais de aplicação da *exclusionary rule* é pensada desde a sua finalidade e fundamento ou, ao menos, sobre razões estranhas às peculiaridades íntimas ao processo civil e ao processo penal, motivos pelos quais as construções teóricas podem ser consideradas como verdadeiras categorias de uma teoria geral da *exclusionary rule*, muito além da contraposição enunciada.

ofendido; e quando os agentes estatais a praticaram encontravam-se investidos de boa-fé.

3.1 A VIOLAÇÃO DA BILL OF RIGHTS COMO PRESSUPOSTO PARA A APLICAÇÃO DA EXCLUSIONARY RULE

Assim como a *regra constitucional de exclusão de provas*, a *exclusionary rule* tem sua aplicação relacionada às provas obtidas por meio de condutas antijurídicas.

Entretanto, um aspecto que diferencia a *exclusionary rule* do instituto do direito brasileiro é que, desde sua criação até suas posteriores formulações, a Suprema Corte mantém seu âmbito de proteção restrito aos direitos que conteúdo da Quarta, Quinta e Sexta Emendas da Bill Of Rights.

Ou seja, enquanto o suporte fático da *regra constitucional de exclusão de provas* denuncia uma proteção da generalidade dos bens jurídicos normativamente tutelados, a *exclusionary rule* tem uma área de cobertura restritiva quanto aos direitos que estão sob sua proteção.

Em verdade, a *exclusionary rule* é uma construção pretoriana da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que teve sua criação fortemente ligada à compreensão de que é um instrumento para resguardarem-se os direitos que conteúdo da *Quarta Emenda da Federal Constitution* frente às atividades de persecução criminal empreendidas pelo *Federal Government* através de seus agentes.

Este foi o ponto de partida sobre o qual foram realizados os posteriores aperfeiçoamentos da *exclusionary rule* da *Bill Of Rights*, que, mais tarde, acabou por ganhar aplicação também em decorrência de determinadas violações a direitos que conteúdo da *Quinta e Sexta Emendas*.

Entretanto, antes de o instituto ser pensado nesses termos, a supressão de prova já havia sido objeto de aplicação por parte da Suprema Corte no caso *Boyd versus United States*,²¹⁷ com fundamento na necessidade de dar-se resguardo ao conteúdo tanto da *Quarta* quanto da *Quinta Emendas*.

²¹⁷ Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886).

3.1.1 O caso Boyd e desenvolvimento inicial da exclusionary rule

O precedente Boyd remonta ao ano de 1886 e é a primeira manifestação de exclusão de prova em decorrência de violação a direitos constitucionalmente assegurados na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana.

Tratava-se de um processo para confisco de bens, em virtude de Boyd ter sido acusado de cometer o crime de importar mercadorias sem recolher os impostos devidos pela respectiva operação de internalização.

Durante o julgamento, tendo se tornado importante determinarem-se a quantidade e o valor das mercadorias, o juízo intimou Boyd para exibição da respectiva fatura – a medida encontrava amparo em ato legislativo que confiava poderes para o juízo requerer a exibição dos referidos documentos em processo de natureza não criminal – tendo o réu obedecido à determinação, porém, questionado sua constitucionalidade, sob a alegação de que não poderia ser compelido a produzir prova contra si mesmo em um processo para confisco da mercadoria - *forfeiture*.

A Suprema Corte acolheu a colocação de Boyd, interrelacionando o conteúdo da *Quarta e Quinta Emendas* para concluir que o procedimento de confisco seria cível em forma, contudo, criminal em sua natureza e, nesse aspecto, o uso do poder do Estado para compelir a parte a produzir livros e documentos particulares seria tão reprovável quanto uma busca e apreensão sem uma causa provável, porquanto uma prática despótica.

O seguinte excerto da *prevailing opinion* do caso, redigida pelo Justice Bradley, é elucidativo:

somos da opinião que os procedimentos instituídos para o propósito de declarar a perda de propriedade de um homem em razão de crimes cometidos por ele, embora possam ser cíveis em forma, são criminais em natureza. Nesse caso, os fundamentos do confisco de bens (...) consiste em certos atos fraudulentos cometidos contra a erário público em relação à mercadoria importada, considerados criminosos pela lei, e que determina que o infrator será multado em quantia não superior a 5.000 dólares nem inferior a US \$ 50, ou será preso por tempo não superior a dois anos, ou as duas coisas, e, além de tais estipulações, tal mercadoria será confiscada. Estas são as penalidades cominadas para os atos criminosos, o confisco perseguido por esta ação é uma delas. Se um indiciamento foi apresentado contra os requerentes, após a condenação, o confisco dos bens poderia ter sido incluído no julgamento. Se o procurador do Estado opta por abandonar o indiciamento para iniciar um processo civil contra os requerentes - isto é,

civil em forma - pode ele, por este estratagema, retirar do processo o seu aspecto criminal e privar os requerentes de suas imunidades de cidadãos e extorquir-lhes a produção dos seus documentos particulares, ou, como alternativa, uma confissão de culpa? Isto não pode.²¹⁸

Diante de tais colocações, a Suprema Corte considerou inconstitucional tanto a determinação do juízo, quanto o exame da fatura realizado pelo procurador e sua admissão como prova no processo, determinando sua retirada dos autos, como forma de resguardar o direito de Boyd não produzir prova contra si mesmo.

Anos mais tarde, entretanto, em razão do caso *Weeks versus United States*,²¹⁹ ocorreu mais do que a determinação de supressão das provas do processo, foi estabelecida a base teórica subjacente ao desenvolvimento do instituto, através de uma correlação entre a aplicação da *exclusionary rule* e a necessidade de conferir eficácia aos direitos conteúdo da *Quarta Emenda*²²⁰ da Constituição dos Estados Unidos da América.

3.1.2 O Caso Weeks e a Quarta Emenda

No caso Weeks, a Suprema Corte analisou um pedido para devolução de documentos e para sua supressão enquanto provas incriminadoras, visto que haviam sido obtidos através de busca e apreensão não autorizada, realizada por agentes federais na casa de Fremont Weeks.²²¹

Conforme a *prevailing opinion* do caso, escrita pelo Justice Willian Rufus Day, Weeks foi preso em seu local de trabalho, durante horário de expediente, por um oficial de polícia que não estava munido de um mandado. Ao mesmo tempo em que a prisão era realizada, outros oficiais de polícia foram até a casa de Weeks e, mediante informações obtidas de um vizinho, encontraram o local onde a chave estava guardada e adentraram o local em busca de provas para acusar o investigado. Após vasculhar o quarto de Weeks, os policiais apreenderam diversos documentos os quais foram disponibilizados para um agente federal atuante no distrito. Após analisar os documentos, o agente federal, acompanhado dos policiais,

²¹⁸ Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886), pp. 633-634

²¹⁹ Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).

²²⁰ Esta a redação original da Quarta Emenda: *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon a probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons and things to be seized.*

²²¹ Cfr. Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).

retornou até a casa de Weeks, novamente sem um mandado, em busca de outras provas incriminadoras, tendo vasculhado o quarto de Weeks e apreendido algumas cartas e envelopes lá encontrados, todos utilizados em juízo para embasar a acusação.

A Suprema corte entendeu que a busca e apreensão dos documentos realizada pelo agente federal, uma vez que não autorizada por um mandado, ofendera os direitos constitucionalmente assegurados pela *Quarta Emenda* da *Federal Constitution*.

Entretanto, mais do que constatar a existência da violação nesse caso, a Suprema Corte referiu-se a uma tendência por parte dos órgãos de repressão criminal a praticar apreensões ilegais e obter confissões forçadas, e à inexistência de uma resposta efetiva pelos tribunais para reprimir esse tipo de conduta.²²²

Nesse contexto, a permissão de utilização das provas obtidas através deste tipo de conduta em juízo seria o mesmo que tornar a *Quarta Emenda* um texto sem nenhum valor, algo como uma promessa vazia:

Se cartas e documentos pessoais podem, assim, ser apreendidos e mantidos e utilizados como provas contra um cidadão acusado de um crime, a proteção da Quarta Emenda declarando seu direito de ser protegido contra essas buscas e apreensões é de nenhum valor [...]²²³

E foi para dar uma solução para este problema de desrespeito aos direitos conteúdo da *Quarta Emenda* que, no caso Weeks, foi determinada a exclusão da prova obtida através de diligências de busca e apreensão realizadas por agentes federais os quais não estavam devidamente autorizadas por um mandado judicial.²²⁴

Contudo, em que pese a gênese e o desenvolvimento da *exclusionary rule* ter uma íntima conexão com a proteção do conteúdo da *Quarta Emenda*, é necessário considerar-se que nem só mediante a sua violação tornou-se possível a aplicação do instituto.

Com o passar do tempo, reconheceu-se também que as condutas dos agentes encarregados da investigação e repressão criminal poderiam violar não só o

²²² Weeks v. United States, 232 U.S. 383, (1914). p. 392

²²³ Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914). p. 393

²²⁴ É importante salientar que a decisão ficou restrita às provas obtidas pelos agentes federais, mantendo nos autos as evidências que obtidas pelos policiais do estado do Missouri, vez que não eram considerados destinatários da Quarta Emenda e, portanto, sua conduta não poderia refletir em violação da Quarta Emenda da Constituição Federal. Tem-se, nesse aspecto, a raiz da silver platter doctrine, qual será melhor analisada adiante.

conteúdo da *Quarta Emenda*, mas também a *Quinta* e a *Sexta*²²⁵ *Emendas* da *Federal Constitution*, sendo igualmente recomendável a exclusão dos meios de prova obtidos com violação aos direitos a elas inerentes.

Um caso paradigmático dessa ampliação do espectro de aplicação da *exclusionary rule* é o precedente *Massiah versus United States*.²²⁶

3.1.3 O caso Massiah e a Sexta Emenda

O caso Massiah foi enfrentado em 1964 pela Suprema Corte e versava sobre a obtenção de provas mediante atividade investigativa da polícia que violou a garantia de assistência de um advogado prescrita pela *Sexta Emenda* da *Federal Constitution*.

Massiah havia sido preso por conspiração para o tráfico internacional de drogas. Em vista de sua prisão, ele constituiu um advogado e pagou sua fiança visando à sua soltura. Uma vez livre, e mesmo após iniciada a acusação formal – *indictment* – Massiah foi alvo de uma operação articulada pela polícia, auxiliada por um conhecido de Massiah, para que este fornecesse declarações acerca dos fatos em uma situação informal, em que pareceria que a polícia não teria contato com as informações prestadas.²²⁷

As declarações que Massiah forneceu, durante a conversa com o comparsa, foram ouvidas por um policial através de um rádio transmissor, tendo o policial

²²⁵ “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.”

²²⁶ *Massiah v. United States* 377 U.S. 201 (1964).

²²⁷ Massiah era marinheiro mercante tripulante do navio S.S. Santa Maria, que estava sob investigação pelo FBI, visto que o *bureau* havia recebido informações de que a embarcação traria drogas desde a América do Sul até os EUA. Após o navio ter aportado em Nova York, agentes federais realizaram uma busca e encontraram quantidade significativa de cocaína. Após ser instaurado um inquérito para apuração dos fatos, foi determinada a prisão de Massiah, de um indivíduo chamado Colson e de outros tripulantes suspeitos de envolvimento com o fato. Em virtude de sua prisão, Massiah contratou um advogado, declarou-se inocente e, após pagamento de fiança, foi liberado pelas autoridades, juntamente com Colson. Entretanto, Colson passou a cooperar com as investigações da polícia, deixou que instalassem um rádio transmissor sob o banco do seu carro e chamou Massiah para uma conversa, que foi travada dentro do veículo. Um policial, de nome Murphy, ouviu toda a conversa, sendo utilizado como testemunha das declarações de Massiah durante o julgamento. A exclusão do referido depoimento foi arguida em duas bases distintas, uma referente à *Quarta Emenda*, e outra referente à violação da *Quinta* e da *Sexta Emenda*, já que as declarações foram obtidas após a abertura do inquérito, autoincriminavam Massiah, e foram obtidas sem a presença de seu advogado. *Cfr. Massiah v. United States* 377 U.S. 201 (1964).

prestado testemunho contra Massiah durante o julgamento. Diante das circunstâncias, Massiah requereu a exclusão do testemunho do policial em razão de violação à *Sexta Emenda*, o que foi acolhido pela Suprema Corte.

A linha mestra de argumentação foi a de que o acusado de um crime deve estar acompanhado de um advogado, não só em julgamento, mas em todo o momento após iniciado o *indictment*, conforme as *concurring opinions* do Justices Douglas e Stewart no precedente *Spano versus New York*,²²⁸ e nos argumentos proferidos no precedente *Powell versus Alabama*.²²⁹

Assim, em suma, as autoridades policiais tanto não podem negar ao acusado a presença de um advogado, quanto não devem induzi-lo a prestar-lhes declarações em outras circunstâncias após a acusação já ter sido formalizada, sob pena de a prova ser excluída em virtude de violação de direitos conteúdo da *Sexta Emenda*.

3.1.4 O Caso Miranda e a Quinta Emenda

No que tange à aplicação da *exclusionary rule* para evidências obtidas com violação da Quinta Emenda²³⁰, é paradigmático o caso *Miranda versus Arizona*,²³¹ o qual tinha como pano de fundo a relação entre as técnicas de interrogatório empreendidas pela polícia e o direito a não ser compelido à autoincriminação.

O substrato fático do caso é simples: Miranda foi preso, não foi advertido de seu direito a um advogado e nem do seu direito a permanecer em silêncio, confessou o delito por que era acusado, sendo que tal confissão foi utilizada como prova contra ele durante o julgamento.

²²⁸ *Spano v. New York*, 360 U.S. 315 (1959). Em *Spano*, a *prevailing opinion* considerou haver uma violação do *due process* da Décima-Quarta Emenda em razão de inúmeras circunstâncias irregulares da atuação da polícia que resultaram em uma confissão involuntária, fruto de pressão a que submetido o Réu pela polícia. Por outro lado, as *concurring opinions*, escrita pelos Justices Douglas e Stewart, utilizaram como pano de fundo somente uma das tantas irregularidades evidenciadas, que seria a negativa dos policiais em permitir que Spano contasse com o auxílio de um advogado após o *indictment* e antes do *Trial*.

²²⁹ *Powell v. Alabama* 287 U.S. 45 (1932). A regra insculpida no precedente *Powell v. Alabama* era no sentido de que negar direito a assistência de um advogado consistiria em uma violação do *due process* da Décima Quarta Emenda, mas somente nos casos em que o Réu pode ser condenado à pena de morte – *capital cases*.

²³⁰ “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

²³¹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

Assim como no caso Weeks, no caso Miranda, a decisão da Suprema Corte parte de uma análise geral das condutas empreendidas pela polícia em ofensa à *Bill of Rights*; entretanto, o Justice Earl Warren, quem escreveu a *prevailing opinion* no caso Miranda, tratou especificamente das técnicas de interrogatório da polícia, encaradas como uma forma de induzir o interrogado a pronunciar-se de determinada maneira, valendo-se de artifícios psicológicos mais do que físicos, mas que, em todo caso, poderiam ser considerados como intimidação:

É óbvio que um ambiente de interrogatório não é criado para outra finalidade que não subjugar o indivíduo à vontade de seu examinador. Essa atmosfera carrega seu próprio crachá de intimidação. Esclareça-se que, isso não é intimidação física, mas é igualmente destrutivo da dignidade humana. Esta prática de interrogatório em regime de incomunicabilidade está em contradição com um dos mais queridos da nossa nação em princípios - de que o indivíduo não pode ser compelido a incriminar a si mesmo. A menos que meios de proteção adequados sejam empregados para dissipar a compulsão inerente ambiente de custódia prisional, nenhuma declaração obtida do réu pode realmente ser o produto de sua livre escolha.²³²

Assim, em não poucos casos, o silêncio do réu seria quebrado em virtude de um conjunto de circunstâncias intimidadoras que se sobrepõe à liberdade do indivíduo de decidir por fazer suas declarações, ou de abster-se de fazê-las.

A Suprema Corte, então, entendeu que, “para permitir uma plena oportunidade de exercer o privilégio contra a auto-incriminação, o acusado deve ser adequada e eficazmente colocado a par dos seus direitos, bem como o exercício de tais direitos deve ser plenamente honrado.”²³³

Nessa esteira, a Suprema Corte consagrou a necessidade de informar o acusado de seus direitos a partir do ato de custódia, advertências estas que ficaram conhecidas como *Miranda Warnings*.

Quanto à evidência obtida sem a administração dos *Miranda Warnings*, a Suprema Corte decidiu que a acusação não pode utilizar as declarações dos acusados após sua prisão “a não ser que demonstre o emprego de garantias processuais eficazes para assegurar seu privilégio contra autoincriminação”.²³⁴

²³² Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966), pp. 457 – 458.

²³³ Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966), p. 467

²³⁴ O Justice Warren ainda esclareceu o que *custodial interrogation* deveria ser compreendido como: “os questionamentos feitos pelos policiais após uma pessoa ser tomada em custódia ou de qualquer outra forma privada significativamente de sua liberdade de ação,” *Cfr.* Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966), p. 444.

3.2 OS DESTINATÁRIOS DO DETERRENT EFFECT DA EXCLUSIONARY RULE

Tendo já por premissa a consagração do *deterrent effect* como fundamento maior da regra de exclusão e os direitos consagrados pela Quarta, Quinta e Sexta Emendas da *Federal Constitution* como objeto da proteção por ele proporcionada, poder-se-ia concluir que, qualquer que seja a prova obtida por meio de uma conduta praticada a menoscabo dos bens jurídicos protegidos pelas referidas prescrições constitucionais, deveria sobre ela incidir a medida de exclusão de provas.

No entanto, a referida conclusão pode ser infirmada, porque – até hoje – prepondera no direito norte-americano o entendimento, consagrado através do precedente *Burdeau versus McDowell*,²³⁵ de que as provas obtidas por particulares empenhados em investigar delitos, mesmo que por meio de ofensa aos bens jurídicos tutelados pelas referidas prescrições constitucionais, não seriam alvo de exclusão, mas tão somente as provas que assim obtidas por agentes estatais.

Tal se deve, em primeiro lugar, àquilo que preconiza a chamada *State Action doctrine*, no sentido de que somente o Estado (através de seus agentes) é o destinatário dos direitos fundamentais encartados na *Bill Of Rights*; ideia que vai complementada, em segundo lugar, por entendimentos como o que consagrado em *Arizona versus Evans*²³⁶, no sentido de que, dentre os agentes estatais, somente são alvo do *deterrent effect* aqueles que comprovadamente apresentam uma espécie de inclinação para cometer tais violações: a polícia.²³⁷

Afora essa distinção, que será objeto de análise adiante, é importante considerar-se que nem sempre preponderou o entendimento de que todos os agentes estatais empenhados na repressão e investigação de crimes figuram como destinatários do *deterrent effect*, e de que todas as cortes judiciais norte-americanas seriam destinatárias da *exclusionary rule*.

Os fatores determinantes para essa compreensão seriam (1) que nem sempre se compreendeu que os entes federados (Estados) tinham o dever de respeitar os direitos conteúdo da *Quarta Emenda* da *Federal Constitution*; e (2) que, nem

²³⁵ *Burdeau V. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921).

²³⁶ *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995).

²³⁷ *Cfr. Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995), pp. 8 – 14. No caso, inclusive, a Suprema Corte deixou de reconhecer a necessidade de aplicar a *exclusionary rule* quando a parte interessada na exclusão da prova não comprova que a classe a que pertence o agente tem uma inclinação a praticas que violam a *Quarta Emenda*. Nos termos da prevailing opinion do Justice William Rehnquist restou consolidado o entendimento de que, caso as violações não sejam uma verdadeira epidemia, os custos de aplicação da regra não superariam suas vantagens.

sempre, considerou-se que a *exclusionary rule* seria uma medida indispensável para conferir eficácia à *Quarta Emenda*.

Daí não causar tanta perplexidade a afirmação de que “até 1961 a proteção da Constituição americana contra busca e apreensões infundadas não se estendia para as polícias locais e estaduais, quais representavam mais de 90 % do contingente policial”.²³⁸

Esse panorama, entretanto, sofreu mudanças graduais, cujas razões de fundo merecem ser alvo de abordagem junto com os principais precedentes da Suprema Corte que vieram a alterá-lo em definitivo, os casos *Wolf versus People of the State of Colorado*²³⁹ e *Mapp versus Ohio*.²⁴⁰

Esses casos serão adiante analisados junto ao caso *Elkins versus United States*²⁴¹ e suas implicações frente à curiosa *Silver Platter Doctrine*.

3.2.1 A State Action, o caso McDowell e as provas obtidas por iniciativa exclusiva de particulares

Conforme referido, o paradigma de análise da questão das provas obtidas por particulares é o caso *Burdeau versus McDowell*, em que um particular (Joseph Burdeau) obteve evidências incriminadoras contra outro (J. C. McDowell) mediante invasão domiciliar e subtração de bens, tendo as apresentado para as autoridades federais que as utilizariam em um processo criminal contra J. C. McDowell.²⁴²

No caso, a Suprema Corte, em *prevailing opinion* redigida pelo Justice William Rufus Day, posicionou-se no sentido de que a *Quarta Emenda* não tem os particulares como destinatários de seu conteúdo, mas tão somente o *Federal Government*, razão por que não havia que se falar na existência de violação de qualquer direito conteúdo da *Bill of Rights* através dos atos de obtenção da prova e,

²³⁸ COLE, David. Uncle Sam is Watching You. *The New York Review of Books*, v. 51, n. 18, 2004. p. 56 e ss.

²³⁹ *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

²⁴⁰ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

²⁴¹ *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206. (1960).

²⁴² No caso, Burdeau, assintente de um *district attorney* comandou uma investigação empreendida por particulares para busca de documentos incriminatórios contra McDowell. Em meio a tais investigações, um dos comandados de Burdeau invadiu o local de trabalho de McDowell e arrombou sua mesa de uso particular, de lá extraindo alguns livros, papéis e memorandos de propriedade particular de McDowell. O prejudicado, então, foi até a Suprema Corte buscando a devolução dos documentos e sua inadmissibilidade enquanto prova. *Cfr. Burdeau V. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921).

portanto, não sendo o caso de excluir a prova obtida – embora isso não excluísse a possibilidade de processar-se criminalmente Burdeau pela subtração da propriedade de McDowell. Lê-se da *prevailing opinion* do Justice Day:

A Quarta Emenda dá proteção contra buscas e apreensões ilegais, e [...] a sua proteção aplica-se a ações do *federal government*. Sua origem e história mostram claramente que foi concebida como uma restrição das atividades da autoridade soberana [...] Os documentos vieram ao poder do governo federal sem que violados os direitos do Requerente por uma autoridade governamental, não vemos qualquer justificativa pela qual o fato de os indivíduos, não ligados o governo federal, tê-los pegados antijudicialmente, deveria acarretar em sua exclusão para utilização em uma acusação na qual os documentos tem um caráter incriminatório.²⁴³

O precedente em questão foi referido na fundamentação do caso *United States versus Jacobsen*,²⁴⁴ em que funcionários de uma transportadora identificaram um pacote avariado que continha uma substância muito suspeita - um pó branco armazenado em pequenos sacos plásticos - e, diante disso, imediatamente comunicaram as autoridades policiais, os quais realizaram um exame, identificaram tratar-se de cocaína e, após, obtiveram um mandado para apreender a droga.

A Suprema Corte entendeu, diante do caso *Jacobsen*, que não houve uma violação da *Quarta Emenda* por parte dos policiais ao realizarem o exame da substância, e que qualquer violação da referida emenda só poderia ter ocorrido se a abertura e inspeção do conteúdo do pacote - ação empreendida pelos funcionários da transportadora - tivesse sido realizada pelos policiais, estes, agentes estatais.²⁴⁵

Conforme a *prevailing opinion* do Justice Stevens, seria inclusive irrelevante determinar se a violação do pacote foi realizada deliberadamente pelos funcionários da transportadora ou se a identificação havia sido acidental, conforme seus relatos, porquanto, em um ou outro caso, por tratar-se de particulares, sua conduta não seria ofensiva à *Quarta Emenda*:

Esta Corte também consistentemente interpretado esta proteção como uma proscrição apenas para as ações do Estado, sendo totalmente inaplicável 'a uma busca ou apreensão, mesmo um pouco razoável, levada a efeito por um particular não agindo como um agente do Estado ou com a participação ou o conhecimento de qualquer funcionário estatal.'²⁴⁶

²⁴³ Burdeau V. McDowell, 256 U.S. 465 (1921).

²⁴⁴ United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109 (1984)

²⁴⁵ Cfr. United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109 (1984), pp. 109 e ss.

²⁴⁶ United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109 (1984), p. 113.

Na visão da Suprema Corte, portanto, a premissa fundamental para negar a aplicação da *exclusionary rule* às provas obtidas por particulares e com ofensa aos *bens jurídicos* protegidos pela Quarta Emenda é que, enquanto particulares, estes não podem ser considerados destinatários da *Quarta Emenda*, impossibilitando falar-se em qualquer violação de direito fundamental.

O argumento de fundo está relacionado à predominância da doutrina do *State Action*, segundo a qual o conteúdo dos direitos fundamentais impõe limitações apenas ao poder público e não aos particulares, e que, de acordo com Daniel Sarmento, é quase que universalmente aceita pela doutrina e Jurisprudência norte-americanas:

É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a idéia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Constituição daquele país, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão.²⁴⁷

Diante desse contexto, pode-se dizer que a Suprema Corte vincula a aplicação da *exclusionary rule* a ideia de proteção contra violação de direitos fundamentais, contudo, deixa de promover uma proteção mais eficiente dos bens jurídicos protegidos pela Quarta Emenda (através da *exclusionary rule*), porquanto compreende que, quando violados por um particular, a ofensa a tais bens jurídicos não caracteriza a violação de um direito fundamental, o que se concretiza somente nas relações entre Estado e indivíduo.

Considerações críticas à *state action doctrine* e à própria perspectiva emprestada pela *U.S. Supreme Court* à questão das violações realizadas por particulares serão feitas no próximo capítulo deste estudo; neste momento, no entanto, cabe fazer uma última observação, no sentido de que a Suprema Corte não ignora o fato de que, mesmo que os atos executórios de uma busca e apreensão possam ser realizados por um particular, é possível o policial desenvolver um papel o qual vai desde a sua participação na diligência investigava, em união de esforços com o particular, até a mera forma de instigá-lo a tanto.

²⁴⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 149.

Tal é o que se depreende das colocações do Justice Stevens no caso Jacobsen, o qual considera que a proteção conferida pela Quarta emenda traduz-se na proscrição das condutas dos agentes estatais, sendo inaplicável para buscas e apreensões realizadas por particulares, mesmo sem uma causa provável, conquanto o particular não esteja agindo como um agente estatal, com um agente estatal, com a ajuda de uma agente estatal ou com o simples conhecimento de um agente estatal.²⁴⁸

Assim, para os casos em que o particular diretamente responsável pela obtenção da prova é auxiliado por um *State Actor*, em que pode ser considerado um verdadeiro *longa manus* de um *State Actor*, ou mesmo quando o agente estatal se omite de cumprir com seu dever de barrar a conduta do particular, a aplicação da *exclusionary rule* é imposta porquanto violada a *Quarta Emenda*.

3.2.2 O caso Mapp e a incorporação da *exclusionary rule* pelos Estados

Na esteira do exposto, além dessas considerações acerca das provas obtidas por agentes estatais e por particulares, mostra-se conveniente abordar outra peculiaridade do direito norte-americano o qual, tanto quanto a *state action*, exerce influência sobre a determinação dos destinatários dos direitos fundamentais contido da *Bill Of Rights* e, daí, exerce influência sobre a aplicação da *exclusionary rule*.

A peculiaridade em comento trata-se da distinção entre as condutas adotadas por agentes do governo federal e por agentes dos estados para fins de aplicação da *exclusionary rule*. Essa diferenciação carrega um questionamento de fundo nem tão

²⁴⁸ A Corte de Apelações do Estado da Califórnia tem alguns precedentes interessantes acerca da questão da exclusão de provas em razão de condutas praticadas por particulares. No caso *Raymond*, por exemplo, determinou a exclusão de uma prova que obtida através da instigação de um particular ao cometimento de invasão da privacidade de uma pessoa. No caso, um garoto de 12 anos comunicou a um policial que teria encontrado drogas no quarto de seu pai, ao que lhe foi requerido pelo policial que lhe trouxesse uma amostra da substância. No caso, o agente executor era o menor, mas a operação de obtenção da prova foi determinada pelo policial. *Cfr.* *Raymond v. Superior Court*, 19 Cal. App. 3d 321 (1971). Já no caso *Stapleton*, foi determinada a exclusão de provas obtidas por um particular, contratado por uma companhia de crédito financeiro, que participou de uma operação de busca e apreensão realizada pela polícia para defraudar um esquema de fraude a cartões de crédito. Ou seja, foi excluída a prova de um particular que agia em conjunto com a polícia. *Cfr.* *Stapleton v. Superior Court*, 70 Cal.2d 97 (1985). Por fim, em *People v. De Juan*, foi excluída a prova obtida por iniciativa de um particular e em detrimento da privacidade de um indivíduo porquanto um policial tinha ciência de que a conduta seria adotada e nada fez para impedi-la, deixando de cumprir com seu dever. *Cfr.* *People v. De Juan*, 171 Cal. App. 3d 1110 (1985).

complexo; contudo, é um dos caracteres mais marcantes do desenvolvimento do direito constitucional norte-americano, e que consiste na compreensão de que apenas o *Federal Government* devia respeito aos direitos individuais insculpidos na *Bill Of Rights*.

Sobre esse tema, ilustrativa é a lição de Sérgio Luís Wetzel de Mattos:

A *Bill of Rights* é a Declaração de Direitos da Constituição norte-americana, compondo-se das dez primeiras emendas que, em 1791, foram propostas pelo Congresso e ratificadas pelos legislativos estaduais. [...] Inicialmente, essa declaração outorgava proteção a direitos individuais apenas em face do governo federal. Os governos estaduais, por assim dizer, estavam livres para lidar como bem entendessem com os direitos ali reconhecidos.²⁴⁹

Dentro desse panorama, o destinatário da *Quarta Emenda* e, por decorrência, da *exclusionary rule*, seria única e exclusivamente o *Federal Government*, sendo que somente as provas ilicitamente obtidas pelos agentes federais é que ensejariam a aplicação da *exclusionary rule*.

E foi tão somente em razão de relevantes alterações desse contexto mais amplo que a situação passou a apresentar mudanças significativas e graduais, alargando-se o espectro de incidência da *exclusionary rule* para também considerar as condutas empreendidas pelos agentes dos Estados e, além disso, para tornar obrigatória sua aplicação pelas cortes estaduais.

O marco inicial da mudança foi a promulgação da *Décima Quarta Emenda* à Constituição dos Estados Unidos da América, que, em sua *Section 1*, colocou os governos estaduais como destinatários do *due process of law*.²⁵⁰

Nesse sentido, conforme leciona Sérgio Luís Wetzel Mattos, foi a partir da concepção de uma chamada *função incorporativa do substantive due process of law* da *Décima Quarta Emenda* que a Suprema Corte determinou que os Estados devessem respeitar os direitos da *Bill of Rights*, considerados direitos fundamentais

²⁴⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 50-51.

²⁵⁰ Constitution of the United States of America, 14th Amendment, Section 1: "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

pela Suprema Corte.²⁵¹ Tratava-se de um processo de *incorporação seletiva*, que toma em consideração que nem todos os direitos individuais conteúdo da *Bill of Rights* devem ser respeitados pelos governos estaduais, mas somente aqueles que forem considerados verdadeiros *direitos fundamentais* pela Suprema Corte.²⁵²

Inserida nessa lógica, a aplicabilidade da *exclusionary rule* a provas obtidas por agentes estatais dependeria, sobretudo, da incorporação pelos Estados dos direitos que compõem seu objeto de proteção e da própria *exclusionary rule*, como ver-se-á pela exemplificativa análise dos casos *Wolf v. People of the State of Colorado*²⁵³ e *Mapp v. Ohio*.²⁵⁴

Na *prevailing opinion* do caso *Wolf*, o Justice Felix Frankfurter deixou bem claro que a grande questão objeto de controvérsia era determinar se uma corte estadual poderia fundamentar uma condenação em uma prova que seria considerada inadmissível em uma corte federal em virtude de uma violação à *Quarta Emenda*, conforme a regra instituída através do precedente *Weeks*:

Precisamente, a questão a ser considerada é esta: Uma condenação por uma corte estadual por um crime estadual nega o ‘due process of law’ exigido pela 14ª emenda, unicamente porque as provas que foram admitidas no processo foram obtidas sob circunstâncias quais teriam a tornado inadmissíveis em uma acusação por uma violação de lei federal em uma corte federal por conta de serem consideradas ofensivas à quarta emenda, como aplicado em *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383? [...].²⁵⁵

Em resposta à questão assinalada, a Suprema Corte concluiu que a “segurança da privacidade contra intrusões arbitrárias pela polícia – que é o escopo da Quarta Emenda – é de algo básico para uma sociedade livre”,²⁵⁶ mas que ainda restavam dúvidas sobre se esse direito, naquele momento declarado fundamental, exigiria a exclusão de provas logicamente relevantes obtidas com violação da

²⁵¹ Cfr. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 54–55. Salienta o autor que a incorporação de um direito da *Bill of Rights* pelos Estados teve sua primeira manifestação no caso *Chicago, B & Q. R. Co. v. City of Chicago*²⁵¹, no qual “a Corte deu aplicação à garantia de desapropriação por utilidade pública mediante justa indenização, prevista na Quinta Emenda”.

²⁵² Cfr. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 56-58. De acordo com Sérgio Mattos, a incorporação total da *Bill of Rights* foi defendida pelo Justice Black durante o julgamento do caso *Adamson versus People of the state of Califórnia*, mas não foi adotada pela Suprema Corte.

²⁵³ *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

²⁵⁴ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

²⁵⁵ *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), p. 25–26.

²⁵⁶ *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), p. 28.

Quarta Emenda, ou se a medida de exclusão dessas provas não seria algo necessariamente inerente ao direito em questão.

Dito de outra forma, através do precedente *Wolf*, a Suprema corte, de um lado, determinou a incorporação pelos Estados da proteção contra buscas e apreensões abusivas, bem como a proibição contra mandados gerais, ambos da *Quarta Emenda*;²⁵⁷ todavia, de outro, consignou ser necessário determinar se a *exclusionary rule* seria algo inerente aos direitos da *Quarta Emenda*, ou, apenas uma solução conferida pelas cortes federais e que poderia ser incorporada, ou não, pelos Estados.

Na época, diante da colocação desse novo problema e conforme a *prevailing opinion* do Justice Frankfurter, a Suprema Corte posicionou-se no sentido de que a *exclusionary rule* não seria um mecanismo inerente aos direitos conteúdo da *Quarta Emenda*, visto que o estabelecimento de uma regra que não tem cunho necessariamente disciplinar, mas que age diretamente sobre as provas, só tem sentido quando as violações de direitos por parte da polícia são graves e corriqueiras (uma endemia), não sendo necessário, ao contrário, quando ocorridas em casos isolados, caractere que poderia variar de Estado para Estado. Além disso, ainda conforme J. Frankfurter, existiriam razões específicas para a aplicação de um *deterrent effect* na esfera federal e, não necessariamente, na estadual, visto que, na esfera estadual, a comunidade local pode organizar-se para protestar e combater a truculência da polícia, ao passo que, na esfera federal, isso seria mais difícil de ocorrer.²⁵⁸

Assim sendo, em que pesem incorporados os direitos da *Quarta Emenda*, a Suprema Corte em nada alterou a concepção da *exclusionary rule* como uma criação pretoriana aplicável tão somente nas cortes federais e que não pode ser imposta aos estados, porquanto não se trata de um comando direto da *Quarta Emenda*, sendo facultado aos Estados adotar, ou não, o instituto.²⁵⁹

²⁵⁷ Cfr. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59.

²⁵⁸ Cfr. *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), p. 25-33

²⁵⁹ No mesmo sentido, asseveram Robert Bloom e David Fentin que “Em *Wolf*, A *Quarta Emenda* foi feita aplicável aos estados através da *Décima-quarta Emenda*. Entretanto, a aplicação da *exclusionary rule* ficou limitada às acusações federais,” Cfr. BLOOM, Robert M.; FENTIN, David H. A more majestic conception: the importance of judicial integrity in preserving the exclusionary rule. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, p. 47-80, 2010. p. 51. A conclusão é elaborada de uma forma concisa também pelo Justice Black, em sua *concurring opinion*, no caso *Wolf*. Os Justices Murphy e Ruthledge se opuseram à conclusão, afirmando que a imposição da

E essa compreensão acerca da obrigatoriedade de aplicação da *exclusionary rule* por parte das cortes estaduais perdurou, exceto parca mitigação,²⁶⁰ até o advento do precedente *Mapp*, que implicou um novo enfrentamento da questão e em uma mudança de postura da *U.S. Supreme Court* diante da questão da incorporação da *exclusionary rule* da *Quarta Emenda*.

Em *Mapp*,²⁶¹ ao abordar novamente um caso de violação dos direitos conteúdo da *Quarta Emenda*, a Suprema Corte optou por alterar seu entendimento,

exclusionary rule aos estados era um meio eficaz de proteger a quarta emenda, se não um dos poucos meios disponíveis para tanto.

²⁶⁰ Uma exceção à essa regra foi instituída através do precedente *Rochin versus California*, através do qual instituiu-se um critério de *abalo de consciência* para aplicação do instituto. No caso, Tendo recebido informações de que Rochin seria um traficante de narcóticos, três deputy sheriffs de Los Angeles arrombaram e invadiram sua casa e seu quarto, onde Rochin e sua esposa encontravam-se na cama. Os policiais interpelaram Rochin sobre dois comprimidos que estavam sobre o criado mudo do quarto, mas ao invés de lhes responder, Rochin simplesmente pegou os comprimidos e os engoliu. Os policiais tentaram retirar os comprimidos de sua boca à força, mas diante do fracasso da empreitada, levaram Rochin até um Hospital e lá, contra a sua vontade e com o auxílio de um médico, administraram-lhe uma substância que o induziu ao vômito, revelando as duas cápsulas que continham vestígios de morfina. Rochin foi processado e condenado por violação ao *California Health and Safety Code* a uma pena de 60 dias de prisão. Justice Frankfurter embasou sua *opinion* desde uma interpretação do *due process of law* contido na Décima Quarta Emenda, qual, segundo o Justice, impõe que “decisões não podem ser obtidas através de métodos que ofendem o “senso de justiça”, como os adotados contra Rochin, que estão muito próximos a métodos de tortura com a finalidade de obter provas, o que definitivamente causa um abalo de consciência – *shock the conscience*. Assim, mesmo que os responsáveis pela obtenção ilegal de provas tenham sido policiais estaduais, seria aplicável a *exclusionary rule* em virtude da gravidade das violações por eles empreendidas, à medida que não poderia o poder judiciário corroborar esse tipo de conduta ofensiva ao ponto de causar um abalo de consciência, por imposição direta do *due process of law* da Décima Quarta Emenda. O Justice Black manifestou-se contrariamente ao subjetivo e imprecisão do critério de abalo de consciência, referindo que uma interpretação do *due process of law* nesses termos acabaria por investir a Suprema corte de poderes ilimitados para invalidação de direitos. Entretanto, seu voto é concorrente porquanto entende que a *exclusionary rule* deve ser aplicada no caso, mas em virtude de violação da Quinta Emenda, já que os métodos empregados foram nada mais do que um meio forçoso de fazer com que Rochin produzisse provas contra si mesmo. *Cfr. Rochin v. California* 342 U.S. 165 (1952), p. 165 e ss.

²⁶¹ Conforme a *prevailing opinion* do caso, em 23 de maio de 1957, três oficiais de polícia de Cleveland foram até a casa da Sra. Dolly Mapp, naquele município, a fim de verificar a informação de que uma pessoa lá se escondia e era suspeita de um atentado à bomba e de manter material de jogatina. Os policiais bateram na porta e solicitaram permissão para entrar, mas a Dolly Mapp, que lá residia, recusou-se a recebê-los sem a apresentação de um mandado de busca. Os policiais mantiveram vigilância sobre a casa e, horas depois, com a chegada de mais quatro policiais, novamente solicitaram que a porta fosse aberta. Entretanto, em virtude de Dolly Mapp não ter respondido imediatamente, os oficiais forçaram a entrada e adentraram o imóvel. Em virtude da invasão, Dolly Mapp solicitou fosse-lhe apresentado um mandado de busca, ao que recebeu um documento nitidamente forjado, do qual foi solicitada a devolução pelos policiais. Entretanto, a Sra. Mapp recusou-se a devolvê-lo, guardando o documento no decote de seu vestido. Em virtude da atitude de Dolly Mapp, os policiais empregaram força física para recuperar o mandado, algemaram Dolly e iniciaram uma busca por provas. Nenhum material relacionável com jogo ilegal ou com atentados à bomba foi encontrado, entretanto foram apreendidos materiais obscenos, cuja posse era considerada crime no estado de Ohio. Durante o julgamento não foi produzida qualquer prova referente ao mandado apresentado pelos policiais para Dolly, mesmo assim, ela foi condenada. A acusação sustentou a manutenção das evidências no precedente *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25. *Cfr. Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), p. 643 e ss.

afirmando que “desde que o direito à Privacidade da Quarta Emenda foi declarado exigível dos Estados através da *due process clause* da 14ª Emenda, é também exigível através da sanção de exclusão, como utilizada contra o Governo Federal.”²⁶²

Os argumentos que sustentam *Mapp* se chocam com o disposto no precedente *Wolf* quanto à imanência da *exclusionary rule* em relação às garantias da *Quarta Emenda*. O caráter intrínseco da *exclusionary rule* é afirmado em *Mapp*, porque considerado o único meio disponível de garantir eficácia para as disposições da *Quarta Emenda*. Conforme se depreende da *prevailing opinion* do Justice Tom Clark, pensar diferente disso seria algo como fazer uma promessa vazia aos indivíduos, afirmando um direito, contudo, ao mesmo tempo, não instituindo os instrumentais necessários à sua realização. Além disso, não exigir a incorporação da *exclusionary rule* também seria o mesmo que manter uma situação de todo incoerente entre as cortes estatais e federais, mesmo que, tanto os agentes estatais federais como estaduais, tenham a obrigação de respeitar a *Quarta Emenda*. Referiu J. Clark em sua *opinion*:

O atalho desprezível para a condenação deixado aberto para o Estado tende a destruir todo o sistema de restrições constitucionais em que as liberdades do povo sobrejuz. Tendo uma vez reconhecido que o direito à privacidade consagrado na Quarta Emenda é oponível a os Estados, e que o direito a ser protegido contra invasões rudes de privacidade por agentes estatais é, portanto, de origem constitucional, não podemos mais permitir que esse direito permaneça uma promessa vazia.²⁶³

O precedente *Mapp*, portanto, revogou o precedente *Wolf* na parte em que dispõe sobre a negativa de *incorporação seletiva* da *exclusionary rule* juntamente com a *Quarta Emenda*, reconhecendo-se, assim, o caráter fundamental da *exclusionary rule*, porquanto essencial à realização das garantias da *Quarta Emenda*.²⁶⁴

²⁶² *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), p. 655.

²⁶³ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 660 (1961).

²⁶⁴ Saliente-se, entretanto, que também aqui a Suprema Corte estava dividida quanto a questão de ser exigível aos estados a aplicação da regra de exclusão. Justice Harlan, por exemplo, em sua *dissenting opinion*, entendeu que não havia qualquer razão para superação da regra geral insculpida pelo precedente *Wolf* no sentido de que os States deveriam manter-se livres para decidir acerca de sua adoção ou rejeição da *exclusionary rule*. Em realidade, a primeira linha de argumentação do Justice Harlan foi a de que a Suprema Corte havia admitido a revisão do caso *Mapp* em virtude de alegação da inconstitucionalidade da legislação do estado de Ohio ao determinar punições para a mera posse de materiais obscenos, devendo este ser o enfoque de

A superação do precedente *Wolf v. Colorado* e a consolidação de um novo paradigma, o de que a *exclusionary rule* seria aplicável também aos Estados (e, portanto, a generalidade dos agentes estatais), independentemente de sua expressa anuência ou recusa de incorporá-la a seus próprios *statutes*.

Aqui vai representado o ponto máximo de exasperação do âmbito de aplicação da *exclusionary rule* quanto a seus destinatários no direito norte-americano.

3.2.2 (Segue) A silver platter doctrine e o caso Elkins

Em meio à análise aqui procedida acerca da incorporação da *exclusionary rule* aos Estados, cumpre fazer um breve parêntese acerca da chamada *silver platter doctrine*, uma peculiar construção teórica que remonta ao intervalo compreendido entre o caso *Weeks* e o caso *Mapp*.

Essa *doutrina da bandeja de prata* remete a determinação de inaplicabilidade da *exclusionary rule* em casos nos quais agentes dos Estados eram responsáveis por atos ofensivos aos bens jurídicos protegidos pela *Quarta Emenda*, através dos quais obtinham meios de comprovação os quais eram alcançados para agentes federais utilizá-los em cortes federais.

A situação era similar àquela que ainda se evidencia com relação aos particulares que agem de forma independente, pelo que se mostrava necessário considerar – conforme regra nascida no caso *Lustig*²⁶⁵ – que “uma busca é uma busca realizada por um agente federal se ele tem participação nela; e não é uma busca por um agente federal se provas obtidas por autoridades estaduais são entregues aos agentes federais em uma bandeja de prata”.²⁶⁶

Ou seja, se policiais federais tivessem qualquer nível de envolvimento com a conduta empreendida em violação aos direitos da *Quarta Emenda*, seria caso de aplicar a *exclusionary rule*, mas se a prova chega às mãos dos agentes federais sem que sua atuação tenha sido de alguma forma determinante para a sua ocorrência, a

apreciação da causa. A *dissenting opinion* foi encampada pelos Justices Frankfurter e Whittaker, o primeiro deles idealizador da solução conferida pelo precedente *Wolf*.

²⁶⁵ *Lustig v. United States*, 338 U.S. 74 (1949).

²⁶⁶ *Lustig v. United States*, 338 U.S. 74 (1949), pp. 78-79. A expressão *Bandeja de Prata* foi empregada pela primeira vez no caso *Lustig*, mas o critério de participação do agente federal foi consagrado no caso *Byars versus United States*, *Cfr. Byars v. United States* 273 U. S. 28 (1929).

exclusionary rule não seria aplicável, visto que as autoridades estaduais não figuravam como destinatárias do seu conteúdo.

A *silver platter doctrine*, entretanto, não teve seu fim decretado em decorrência do advento do precedente *Mapp*, mas, sim, em razão de uma pronúncia da Suprema Corte de alguns anos antes, referente ao caso *Elkins versus United States*.²⁶⁷

Não é exagero dizer que a vigência da *silver platter doctrine* foi questão central no julgamento do caso *Elkins*. As colocações iniciais da *prevailing opinion* do Justice Potter Stewart não deixa qualquer dúvida a este respeito:

A questão é esta: podem provas obtidas como resultado de uma infundada busca e apreensão por agentes do estado, sem envolvimento de agentes federais, compor o conjunto de provas contra um réu, apesar de sua tempestiva objeção, em um processo criminal federal? Em uma palavra, reexaminaremos aqui a validade daquilo que veio a ficar conhecido como “*silver platter*” doctrine. Pelas razões que seguem, concluímos que a referida doutrina não pode mais ser aceita.²⁶⁸

Após revisitar os fundamentos da decisão *Weeks* que remontavam à *Silver Platter Doctrine*, J. Stewart advertiu que, ao tempo em que foi estipulada a regra, talvez não fosse possível prever que os agentes federais e estaduais, por necessidade e por louvável iniciativa, começariam a cooperar uns com os outros na investigação e detecção de atividades criminosas e, assim, ensejar em dificuldades para sua aplicação. Tais dificuldades remontariam à necessidade de apurar-se, caso a caso, se agentes federais teriam participado, ou não, das atividades desempenhadas pela polícia dos estados, ou, mais ainda, se tais atividades não teriam sido desempenhadas unicamente para apurar delitos de competência das autoridades federais. Além disso, isso tudo acabaria por encorajar os agentes federais a utilizarem os agentes estaduais como verdadeiras marionetes para ações lesivas a direitos constitucionais.

²⁶⁷ Conforme a *prevailing opinion* do caso, *Elkins* e *Clark* eram suspeitos de distribuir pornografia. Agentes da polícia do Estado do Óregon, munidos de um mandado de busca inválido, procederam uma busca por materiais pornográficos na casa de *Clark*, mas lá encontraram tão somente materiais para confecção de escutas telefônicas, quais foram apreendidas. *Elkins* acabou por ser acusado em âmbito federal por interceptação e divulgação de comunicações telefônicas. Diante da moção para suprimir as provas ilicitamente obtidas, foi reconhecida a existência de violação dos direitos oriundos da *Quarta Emenda*, mas as provas foram admitidas em razão de nenhum agente federal ter participado da operação de busca e apreensão. Daí então o caso ser admitido pela Suprema Corte para apreciação. *Cfr. Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960) p. 206 e ss.

²⁶⁸ *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960), p. 208.

No entanto, a perspectiva adotada pela *decisão Weeks* era a de que os Estados, através das condutas de seus agentes, não eram destinatários das disposições das emendas constitucionais, cenário este revertido em *Wolf versus Colorado*, ante o reconhecimento de que as buscas sem fundamento ou desautorizadas, mesmo que praticadas pelos Estados, também violam a *Quarta Emenda*. Ou seja, a regra insculpida em *Weeks* não estava considerando a incorporação da *Quarta Emenda* pelos Estados, o que só aconteceria anos mais tarde, no caso *Wolf*.

Tomando por base essas colocações, a Suprema Corte pôs fim à *silver platter doctrine* através de uma argumentação que implica a adoção da *judicial integrity* como fundamento da *exclusionary rule*, salientando a necessidade de não colocar o *Estado Juiz (government as judge)* em cumplicidade com o *Estado Acusador (government as prosecutor)*, sendo necessário e indispensável que o poder judiciário não corrobore condutas ofensivas de direitos constitucionalmente assegurados, adotadas pelos agentes estaduais, mesmo que independentemente da atuação de agentes federais.²⁶⁹

Esse parêntese acerca da *silver platter doctrine*, que agora se fecha, é tanto necessário para compreender-se a aplicação da *exclusionary rule* nos casos que precederam o precedente *Mapp*, quanto importante para evidenciar que, até o caso *Calandra*, havia certa inclinação da Suprema Corte em dar significativa expressão para o fundamento da *judicial integrity*.

3.3 A EXCLUSIONARY RULE E OS PROCESSOS DE NATUREZA CÍVEL

Como visto até este momento, a Suprema Corte expressamente enunciou como fundamento precípua da *exclusionary rule* a sua capacidade de coibir a adoção de condutas antijurídicas por parte dos agentes estatais encarregados da persecução e investigação criminal – a polícia – e colocando sob seu âmbito protetivo exclusivamente direitos fundamentais que, determinadamente, estão relacionados às atividades desempenhadas pela polícia.

²⁶⁹ Cfr. *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960), p. 222-223. É evidente que os argumentos lançados pelo Justice Stewart para destruição da *silver platter doctrine*, valeram-se da invocação da *judicial integrity* como fundamento da *exclusionary rule*. O raciocínio expresso na *prevailing opinion* do caso *Elkins* chega a parafrasear a *dissenting opinion* dos Justices Holmes e Brandeis no caso *Olmstead v. United States*, já referido, *supra*, neste estudo.

Em meio a essa impositação, a aplicação da *exclusionary rule* aparece como algo relativamente tranquilo no que tange aos processos em que são debatidas questões de natureza penal.

Todavia, casos há em que as provas fruto das ações policiais acabam por ser utilizadas em procedimentos de natureza cível. Diante desses casos, revela-se uma peculiaridade do tratamento que a Suprema Corte confere à *exclusionary rule*: uma aparente restrição de sua aplicabilidade aos processos que têm por objeto questões de natureza criminal.

Como será visto, no entanto, essa seletividade não se dá com base em um único fundamento, mas sim, casuisticamente, com base em análises de custo-benefício cujos parâmetros são determinados no próprio caso concreto, conforme será demonstrado pela abordagem dos casos *United States versus Janis*,²⁷⁰ e *United States versus Jacobsen*.

Após essa análise, cabe ainda avançar sobre uma abordagem do caso *One 1958 Plymouth Sedan versus Commonwealth of Pennsylvania*,²⁷¹ a fim de esclarecer que, quando o procedimento for cível em forma (procedimento), mas a questão nele discutida tiver natureza criminal, a Suprema Corte compreende que a *exclusionary rule* deve ser aplicada de qualquer maneira.

3.3.1 O caso Janis e a inaplicabilidade da *exclusionary rule* aos processos de natureza cível

Conforme a *prevailing opinion* do caso Janis, conferida pelo Justice Harry Blackmun, Max Janis e Morris Levine foram presos por promover apostas ilegais. Por ocasião de sua prisão, policiais munidos de um mandado adentraram nos apartamentos dos respectivos acusados e lá apreenderam U\$ 4.940,00 (quarto mil e novecentos e quarenta dólares) e mais alguns livros contendo registros de apostas.²⁷²

O mandado, após a realização da diligência, foi considerado inválido, comprometendo, dessa forma, a integridade da prova obtida através da diligência empreendida pela polícia.

²⁷⁰ *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976).

²⁷¹ *One 1958 Plymouth Sedan v. Commonwealth of Pennsylvania*, 380 U.S. 693 (1965).

²⁷² *Cfr. United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976), p. 433 e ss.

Não obstante, independentemente da questão criminal, Max e Morris tiraram proveito econômico da atividade criminosa por eles desempenhada, razão por que agentes fiscais do governo federal calcularam, com base nos registros ilegalmente obtidos pela polícia, que ambos seriam devedores de aproximadamente 90 mil dólares em impostos.

A Suprema Corte abordou o caso como um problema de determinar se a prova obtida pela polícia do estado poderia ser utilizada por um departamento federal em um processo civil envolvendo cobrança de impostos, considerando-se, ainda, que “na história complexa e turbulenta da regra, nunca a Corte a aplicou para excluir provas de um processo civil, federal ou estadual.”²⁷³

Inserido nessa problemática, foi considerada a perspectiva colocada pelo precedente *Calandra*, no sentido de que a regra de exclusão, em vez de um direito da parte, trata-se de uma maneira de desencorajarem-se os comportamentos adotados pela polícia, concluindo-se assim que, “ao avaliar a necessidade de uma sanção de dissuasão, é preciso primeiro identificar aqueles que devem ser dissuadidos.”²⁷⁴

Em vista disso, conforme J. Blackmun, em relação aos agentes estatais destinatários do *deterrent effect* da *exclusionary rule*, já havia sido aplicada a sanção no respectivo processo criminal, não havendo por que impor uma dissuasão adicional através da aplicação da regra a processos de natureza cível, porquanto nem de longe isso significaria uma sábia escolha do ponto de vista do custo-benefício. O custo seria a impossibilidade de utilizar-se a prova em um procedimento cível promovido por um órgão independente da polícia; o benefício, por sua vez, seria uma alegada dissuasão extra dos policiais para que não produzam provas para os processos cíveis, o que sequer é sua atribuição.

Desse modo, a partir dessa relação de custo-benefício, a qual considera que a regra de exclusão já é aplicável aos processos de natureza criminal e que os policiais não têm por propósito coligir elementos de prova para os processos de

²⁷³ United States v. Janis, 428 U.S. 433 (1976), p. 447. O Justice Harry Blackmun, quem escreveu a *prevailing opinion* do caso, refere em uma nota de rodapé (n. 16) que sua afirmação quanto ao ineditismo do caso toma em consideração o fato de que no precedente *One 1958 Plymouth Sedan*, do ano de 1965, considerou-se que o procedimento de confisco, embora cível em forma, tinha natureza criminal. Esse aspecto será analisado adiante, ao tratarmos dos *quasi-criminal proceedings*.

²⁷⁴ United States v. Janis, 428 U.S. 433 (1976), p. 448.

natureza cível, não haveria significativo benefício em aplicar-se a *exclusionary rule* em processos de natureza cível, sendo um custo que não deveria ser suportado.

Ou seja, diante do rigor dos efeitos decorrentes da aplicação do instituto, a medida não estaria a “compensar” seu custo frente à justiça da decisão.

O precedente *Janis* foi reafirmado no caso *INS v. Lopez-Mendoza*²⁷⁵, em que se debatia a possibilidade de exclusão de provas contra um imigrante ilegal em seu processo de deportação.

Em decisão, a Suprema Corte se baseou na natureza cível e no propósito não punitivo do processo de Deportação, concluindo que diversas proteções inerentes a processos de natureza criminal não são aplicáveis ao réu no processo de deportação, mas não somente por conta de que uma “segunda repreensão” não representaria um *custo-benefício* aceitável, nos moldes do precedente *Janis*.

Conforme pode ser lido da *prevailing opinion* do caso, escrita pela Justice Sandra Day O’Connor, a ausência de custo-benefício na incidência de um *deterrent effect* para casos de deportação poderia ser evidenciada por uma conjugação de fatores. O primeiro desses fatores seria que, usualmente, outras provas (não ilícitas) são suficientes para realizar a deportação; o segundo motivo, de cunho estatístico, seria o de que 97,7% dos estrangeiros concordam voluntariamente com a deportação, sem uma audiência formal, sendo que os agentes da *Immigration and Naturalization Service (INS)* sabem que raramente uma audiência acontece, e, por fim, conjugam-se dois outros fatores: (1) a INS tem um esquema próprio para dissuadir (*to deter*) violações da Quarta Emenda e, também, (2) remédios próprios para esses casos, tudo a sugerir que a aplicação da medida de exclusão repercutiria em um excesso.²⁷⁶

Nota-se, do exposto, que a verdadeira razão por que a *exclusionary rule* não é aplicada às causas de natureza cível se reduz à ideia de que não há um benefício significativo em aplicar-se a medida nessa esfera, em face de um custo excessivo de aplicação e um reduzido benefício em termos de capacidade de coibir.

Entretanto, é imprescindível ter em consideração que a própria conjuntura sobre a qual é realizada essa análise de custo-benefício é determinada pelo *âmbito de proteção* – restrito a direitos fundamentais que geralmente são violados pelos órgãos encarregados pela persecução penal durante a essa atividade - e pelos

²⁷⁵ *INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032 (1984).

²⁷⁶ *INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032 (1984).

destinatários do *deterrent effect* – que, conforme o caso *Evans*, são por excelência aqueles que revelam uma tendência a violar esses direitos e, ainda, de acordo com o *Caso McDowell* (e a *State Action doctrine*), apenas os agentes estatais.

Esse contexto é, sem dúvida, determinante para restringir a aplicação do instituto ao âmbito criminal, com raras exceções, conforme os termos do caso *One 1958 Plymouth Sedan*.

3.3.2 *One 1958 Plymouth Sedan* e os quasi-criminal proceedings

Outro é o viés conferido pela Suprema corte no caso *One 1958 Plymouth Sedan*. Conforme a *prevailing opinion* do Justice Arthur Goldberg, em 16 de dezembro de 1960, dois policiais da Pensilvânia abordaram um veículo unicamente em razão de estar sendo conduzido vagarosamente e, aparentemente, com o porta-malas cheio. Durante a abordagem, os policiais abriram o porta-malas do automóvel e lá localizaram três caixas de bebidas que não continham os selos de impostos da Pensilvânia. Diante disso, o proprietário do veículo foi preso, e o automóvel, apreendido junto com as bebidas. Os policiais não possuíam mandado, nem um motivo razoável para fazer a abordagem.²⁷⁷

Uma das iniciativas do Estado da Pensilvânia foi requerer o confisco – *forfeiture* – do automóvel. O proprietário do veículo, entretanto, se opôs, argumentando que, para confiscá-lo, a corte teria que basear-se em prova obtida com violação à *Quarta Emenda*, porquanto a abordagem dos policiais não havia sido motivada por uma causa provável.²⁷⁸

A resposta ao problema desenvolveu-se sob influência da fundamentação do caso *Boyd*. O Justice Arthur Goldberg, em sua *prevailing opinion*, expressamente se mostrou concordante com a manifestação do Justice Bradley – responsável pela *prevailing opinion* do caso *Boyd* – quanto à natureza criminal do procedimento de confisco, tendo em vista que “seu objeto, assim como um processo criminal, é penalizar pelo cometimento de uma ofensa ao direito.”²⁷⁹

²⁷⁷ Cfr. *One 1958 Plymouth Sedan v. Commonwealth of Pennsylvania*, 380 U.S. 693 (1965), p. 693 e ss.

²⁷⁸ Cfr. *One 1958 Plymouth Sedan v. Commonwealth of Pennsylvania*, 380 U.S. 693 (1965), p. 693 e ss.

²⁷⁹ *One 1958 Plymouth Sedan v. Commonwealth of Pennsylvania*, 380 U.S. 693 (1965), p. 700. Mr. Justice Black, em sua *concurring opinion* salientou que a Suprema Corte havia sustentado, no caso

Em apoio à conclusão de que se tratava de um processo de natureza criminal, foi conferida relevância ao fato de que a apreensão do veículo, por si só, poderia ser mais grave do que a própria pena imposta pela lei da Pensilvânia para aquele crime, que poderia resolver-se em multa.

Ou seja, considerando-se a gravidade da punição imposta pelo processo de confisco (*forfeiture proceeding*), este teve natureza equiparada a de um processo criminal (*quasi-criminal character*²⁸⁰) e, portanto, a *exclusionary rule* foi considerada um remédio necessário.

É importante ressaltar-se que os casos *Janis*, *INS v. Lopez Mendoza* e *One 1958 Plymouth Sedan* não revelam bons motivos para aplicar-se a *exclusionary rule* somente a processos de natureza criminal, excluindo-se aqueles de natureza cível, mas apenas revelam que, diante de certas peculiaridades, a Suprema Corte tende a realizar uma interpretação caso a caso que acaba por eliminar essa possibilidade.

Mesmo assim, no próximo capítulo, a distinção entre a aplicabilidade da regra constitucional de exclusão de provas, no âmbito do processo penal e do processo civil, será objeto de considerações.

3.4 A LEGITIMIDADE PARA REQUERER A APLICAÇÃO DA EXCLUSIONARY RULE E APROVEITAR SEUS EFEITOS

Grosso modo, pode-se afirmar que, neste ponto, já estão determinadas as condutas praticadas *por quem* e contra *quais* direitos dão azo à aplicação da *exclusionary rule*, sem deixar de lado os fatores determinantes para a tendência de a Suprema Corte não aplicá-la no âmbito dos processos em que são discutidas questões de natureza não criminal.

O enfoque, neste momento, recairá em outro aspecto, que diz respeito à determinação de *contra quem* a conduta deve ser praticada para que a parte tenha legitimidade para requerer a exclusão de provas e “aproveitar” os efeitos da aplicação do instituto.

Sobre isso, é necessário enfatizar que a Suprema Corte erigiu como finalidade do instituto coibir a adoção de condutas lesivas a direitos constitucionalmente assegurados aos indivíduos pela *Bill Of Rights*, de forma a zelar

Boyd, a aplicação da *exclusionary rule* com base em uma interrelação entre a Quarta e a Quinta Emendas, sendo exatamente este o melhor fundamento para o caso *Plymouth*.

²⁸⁰ *One 1958 Plymouth Sedan v. Commonwealth of Pennsylvania*, 380 U.S. 693 (1965), p. 700.

por sua eficácia. A premissa induz à conclusão de que, caso os destinatários do *deterrent effect* incorram em desvio de conduta que repercuta em violação aos direitos protegidos pela *exclusionary rule*, sua aplicação deveria impor-se de forma automática.

Entretanto, essa conclusão não tem lugar no direito norte-americano desde o julgamento do caso *Jones versus United States*,²⁸¹ precedente através do qual a Suprema Corte instituiu um verdadeiro requisito para exigir-se a aplicação da *exclusionary rule*: o *standing for motion to suppress*.

Esse requisito pode ser compreendido como uma exigência de uma *legitimidade para requerer a supressão da prova*, a qual estará configurada somente quando o requerente seja o titular dos direitos violados pela conduta empreendida para obtenção da prova.

A figura do *stand*, todavia – e conforme será visto pela análise dos casos *Alderman versus United States*²⁸² e *United States versus Padilla*²⁸³ – não acaba por condicionar tão somente a legitimidade para fazer o requerimento de supressão da prova, mas também serve para restringir o alcance de seus efeitos, os quais se projetam somente em relação à parte que, ao mesmo tempo, seja titular do direito violado.

3.4.1 Os casos Jones e a *standing for motion to suppress*

Conforme a *prevailing opinion* do caso *Jones*, redigida pelo Justice Felix Frankfurter, Cecil Jones foi preso em um apartamento que ocupava no Distrito de Columbia, por agentes federais que cumpriam, no local, um mandado de busca por narcóticos. Após terem sido encontradas substâncias entorpecentes no local, Jones confessou que parte das drogas era sua e que estava vivendo temporariamente no apartamento, mas que o imóvel era de propriedade de um amigo.²⁸⁴

Durante a tramitação do processo, Jones sustentou que o mandado não tinha por motivação uma causa provável e que, portanto, as provas apreendidas por ocasião da diligência haviam sido obtidas com violação de direitos consagrados pela

²⁸¹ Jones v. United States, 362 U.S. 257 (1960).

²⁸² Alderman v. United States, 394 U.S. 165 (1969).

²⁸³ United States v. Padilla, 508 U.S. 77 (1993).

²⁸⁴ Cfr. Jones v. United States, 362 U.S. 257 (1960), p. 257 e ss.

Quarta Emenda. Entretanto, as instâncias ordinárias consideraram que ele não teria legitimidade – *stand* – para requerer a supressão da prova.²⁸⁵

Segundo o informado pelo próprio J. Frankfurter, o requisito da legitimidade, até então, já era aplicado pelas cortes de apelação com base no texto do artigo 41(e) do *Federal Rules of Criminal Procedure*, que determina as medidas que podem ser adotadas pela pessoa prejudicada por uma busca e apreensão ilegal.²⁸⁶ Todavia, o próprio J. Frankfurter faz menção a um outro fundamento (que não o meramente legal) para exigir-se um requisito como o *stand*, fazendo alusão a um “princípio geral de que não será conhecido o pedido da parte de proteção constitucional a não ser que a parte ‘pertença à classe em razão da qual a proteção constitucional foi concedida’”²⁸⁷, esclarecendo, ainda, que as restrições acerca das buscas e apreensões foram designadas com o escopo de proteger contra ações do Estado invasivas de privacidade e que comprometam a segurança da propriedade.

Nesses termos, em razão da própria finalidade do direito afetado, a proteção conferida pela *exclusionary rule* da *Quarta Emenda* só poderia ser invocada pelo acusado caso este fosse detentor dos direitos violados pela diligência ilegal.

E, para os casos como o de Jones, que habitava um imóvel a ele temporariamente emprestado e sobre o qual não detinha direitos de propriedade, a resposta para determinar se o acusado detém *legitimidade para arguição da supressão de prova* estaria vinculada a decidir se a diligência teria implicado, sob qualquer aspecto, violação de seus direitos constitucionalmente assegurados pela *Quarta Emenda*.

O tema nunca havia sido objeto de apreciação pela Suprema Corte até então, decidindo-se que não era necessário deter a propriedade das instalações onde foram realizadas as buscas para ter-se a legitimidade para requerer a aplicação da *exclusionary rule*, visto que o fato de ter-lhe sido emprestado o imóvel conferia ao réu o interesse suficiente para qualificá-lo como uma pessoa prejudicada pela *busca e apreensão*.²⁸⁸

²⁸⁵ Cfr. Jones v. United States, 362 U.S. 257 (1960), p. 257 e ss.

²⁸⁶ Cfr. Jones v. United States, 362 U.S. 257 (1960), p. 261. Referiu expresamente o Justice Felix Frankfurter que “as cortes de apelação requerem, geralmente, que o autor da moção ou tenha propriedade ou posse da propriedade procurada ou tenha um interesse substancial nas instalações pesquisadas”.

²⁸⁷ Jones v. United States, 362 U.S. 257 (1960), p. 261.

²⁸⁸ Cfr. Jones v. United States, 362 U.S. 257 (1960), p. 265.

Esse parâmetro utilizado para averiguar-se a violação de direitos, que tinha por critério um *interesse sobre as instalações*, foi entalhado pela Suprema Corte durante o julgamento do caso *Rakas versus Illinois*,²⁸⁹ precedente através do qual determinou-se que uma *expectativa de privacidade* seria o suficiente para considerar que uma pessoa teve seus direitos da *Quarta Emenda* violados por uma ação ilegal da polícia.

No caso *Rakas*, conforme a *prevailing opinion* do Justice William Rehnquist, três pessoas que tripulavam um veículo foram abordadas por uma viatura da polícia e, durante uma busca desautorizada, a polícia encontrou, no porta-luvas, uma caixa de munição e, sob o assento do motorista, um rifle de cano serrado. Os três foram acusados por um assalto à mão armada e os objetos foram utilizados como provas. O motorista era proprietário da arma e do veículo, sendo-lhe reconhecido o *stand*, mas os demais não eram titulares de direitos de propriedade sobre o automóvel, nem dos objetos apreendidos, razão por que as instâncias ordinárias consideraram que, em relação aos passageiros, não poderia ser reconhecido o *stand* e nem excluída a prova.

A Suprema Corte, contudo, modificou o critério de verificação do *stand*, aduzindo que não se deveria perquirir a existência de um *interesse sobre as instalações* (nos termos do caso *Jones*), mas sim de uma *expectativa de privacidade*.

Diante do caso concreto, entretanto, mesmo com a alteração do critério, não foi reconhecido o *stand* aos passageiros, porquanto como meros “caronas” não possuíam qualquer *expectativa de privacidade* quanto ao conteúdo do porta-luvas e no que se refere à parte inferior do banco do motorista, onde haviam sido encontradas a arma e a munição.

A *expectativa de privacidade*, então, tornou-se o grande paradigma para verificar-se quando uma conduta violava os direitos assegurados pela *Quarta Emenda* de um não proprietário, o que seria necessário, por sua vez, para verificar se o indivíduo possuía legitimidade para requerer a exclusão da prova.

²⁸⁹ Rakas v. Illinois - 439 U.S. 128 (1978). O Justice Rehnquist em sua *prevailing opinion* no caso Rakas afirmou que “os fundamentos em Jones podem ser melhor explicados pelo fato de que Jones tinha uma legítima expectativa legítima de privacidade no local que ele estava usando, e, portanto, poderia reivindicar a proteção da Quarta Emenda.”

3.4.2 O caso Alderman e a incomunicabilidade da legitimidade para requerer a exclusão da prova e aproveitar seus efeitos

Se, de um lado, surgiram controvérsias acerca de qual deveria ser o critério para aferirem-se os casos em que o acusado teria seus direitos violados, de outro, discutiu-se tanto acerca da (in)comunicabilidade da legitimidade para requerer a aplicação da *exclusionary rule* e, da possibilidade de terceiros aproveitarem-se dos seus efeitos.

Sobre isso, merecem ser alvo de consideração as manifestações da Suprema Corte nos casos *Alderman versus United States*²⁹⁰ e *United States versus Padilla*.²⁹¹

Sobre a conjuntura fática do primeiro desses casos, de forma sintética e conforme a *prevailing opinion* do Justice Byron Raymond White, deve-se considerar que Alderman e Alderísio foram condenados por “conspirar para fazer ameaças de morte no comércio interestadual” e que, após a confirmação da decisão em segunda instância, os réus descobriram que a sede onde Alderísio promovia seus negócios havia sido alvo de vigilância eletrônica não autorizada por um órgão judicial – em violação à Quarta Emenda – e através da qual foram obtidas provas incriminadoras contra ambos os réus, embora nenhuma conversa de Alderman tenha sido gravada.²⁹²

Diante disso, Alderman requereu a exclusão da prova do processo, sustentando que a operação da polícia indubitavelmente atingia os direitos de privacidade de Alderísio, garantidos pela *Quarta Emenda*, em que pese não os seus próprios.²⁹³

A Suprema Corte, em resposta aos fundamentos sustentados por Alderman, no entanto, considerou que mesmo o propósito da regra, de coibir a adoção de condutas, não indicava uma boa relação de custo-benefício quando se tratava de excluírem-se provas cuja obtenção não havia implicado violação dos direitos do próprio acusado:

²⁹⁰ Alderman v. United States, 394 U.S. 165 (1969).

²⁹¹ United States v. Padilla, 508 U.S. 77 (1993).

²⁹² Cfr. Alderman v. United States, 394 U.S. 165 (1969), p. 165 e ss.

²⁹³ Cfr. Alderman v. United States, 394 U.S. 165 (1969), p. 165 e ss.

[...] Nós não estamos convencidos de que os benefícios adicionais em estender a *exclusionary rule* em favor dos outros réus justificaria uma maior interferência por sobre o interesse público em processar os acusados de um crime e vê-los absolvidos e condenados com base em todas as evidências que expõe a verdade.²⁹⁴

Tal análise de custo-benefício entre a extensão dos efeitos da *exclusionary rule* para os demais réus e a necessidade de preservação da verdade para o julgamento dos réus foi vital para as conclusões obtidas no caso, que reafirmaram o precedente Jones e consolidaram o entendimento de que a legitimidade se liga à titularidade do direito afetado, e não com o prejuízo experimentado pelo réu devido a uma alteração na disponibilidade de provas em favor da acusação decorrente de uma ação ilegal da polícia:

A supressão do resultado de uma violação da Quarta Emenda pode ser arguida apenas por aqueles cujos direitos foram violados pela busca em si, e não por aqueles que são prejudicados apenas pela utilização da prova causadora de dano. Assim, co-réus e conspiradores não detêm posição especial, e não podem impedir a admissão de informações contra seus interesses que tenham sido obtidas por meio de vigilância eletrônica contra outras pessoas.²⁹⁵

Em vista disso, além de afirmar a legitimidade para requerer-se a supressão da prova, o precedente *Alderman* acabou por determinar que os efeitos da exclusão da prova (sua ineficácia) fiquem restritos ao titular do direito ofendido, impossibilitando, por exemplo, que o legitimado possa requerer a exclusão da prova em favor de terceiros.

Uma posição como essa facilmente remete à conclusão de que, menos do que uma garantia dos direitos da Quarta Emenda, a *exclusionary rule* não passaria de um direito pessoal do acusado, contrariando aquilo que sustentado no Caso *Calandra* e reiterado no precedente *Janis*, no sentido de que “a regra é uma criação pretoriana projetada para salvaguardar os direitos da Quarta Emenda [...] em não um direito pessoal constitucional da parte prejudicada.”²⁹⁶

²⁹⁴ Alderman v. United States, 394 U.S. 165 (1969), p. 174-175.

²⁹⁵ Alderman v. United States, 394 U.S. 165 (1969). Vale dizer, quanto a questão substancial de violação dos direitos constitucionais, que a Suprema Corte manifestou-se no sentido de que haveria tão somente uma lesão à privacidade de Alderman caso uma de suas conversas tivesse sido gravadas, ou caso as gravações tivessem sido realizadas em instalações suas, ou seja, utilizando-se do parâmetro inculcado em Jones, visto que o critério de expectativa de privacidade só seria criado mais tarde, em Rakas.

²⁹⁶ United States v. Calandra 414 U.S. 338 (1974), p. 348.

Entretanto, deve-se atentar para o fato de que o real fundamento da decisão não está, propriamente, na diferenciação entre um direito e uma garantia, mas sim relacionado à referida análise de custo-benefício em coibir determinadas condutas.

Anos mais tarde, durante o julgamento do caso Padilla²⁹⁷, a Suprema Corte viu-se diante de uma situação semelhante.

De acordo com a *opinion per curiam*, ratificada pela Suprema Corte, Padilla tinha o controle de uma operação de transporte e distribuição de cocaína, a que estavam associadas diversas pessoas. Uma delas, Luis Arcinega, foi encontrado dirigindo um carro com que transportava a droga, tendo a polícia realizado sua prisão e, subsequentemente, dos demais associados ao fato.

Todos sendo acusados, requereram a aplicação da *exclusionary rule* em virtude de a abordagem e busca no veículo terem sido realizadas sem uma causa provável.

De acordo com a decisão do caso Padilla, uma das cortes de apelação (*The United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*) havia adotado o que chamava de *co-conspirator exception*, uma exceção à regra sobre quem teria legitimidade para arguir a inconstitucionalidade de uma *busca e apreensão* que se baseava justamente no parâmetro de *expectativa de privacidade* entalhado no caso *Rakas*. De acordo com a exceção “um co-conspirador obtém uma expectativa legítima de privacidade para fins da Quarta Emenda, se ele tem um papel de supervisão ou na conspiração ou controle conjunto sobre o local ou bens envolvidos na busca ou apreensão.”²⁹⁸ Na *opinion per curiam* faz-se menção a um trecho da decisão da corte de apelação:

Baseando-se em uma linha de casos do Nono Circuito, a Corte entende que ‘por Xavier Padilla e Donald e Maria Simpson terem demonstrado controle conjunto e supervisão sobre as drogas e veículos e se desempenhado uma participação ativa em um negócio formalizado, têm *standing* para reivindicar uma expectativa legítima de privacidade quanto a propriedade alvo da busca e em relação aos itens apreendidos. [...]. Donald Simpson criou uma expectativa de privacidade ‘não simplesmente porque é proprietário do carro’, mas também porque ‘ele teve um papel de coordenação e de supervisão na operação. Ele era um jogador fundamental no esquema de transporte que foi essencial na obtenção dos medicamentos na fronteira. [...] Maria Simpson estabeleceu um interesse de privacidade porque ela ‘forneceu uma conexão de comunicação’ entre o marido, Xavier Padilla, e outros membros da conspiração, e ‘desenvolveu um papel de supervisão relacionando a todos e supervisionando a operação.’ [...] Xavier Padilla

²⁹⁷ United States v. Padilla, 508 U.S. 77 (1993), pp. 171 - 172.

²⁹⁸ United States v. Padilla, 508 U.S. 77 (1993), p. 78.

estabelecida uma expectativa de privacidade, porque ele 'exibiu controle e fiscalização substanciais com relação à compra e o transporte através do Arizona.' A corte declarou expressamente que não tinha relevância o fato de Padilla não estar presente durante a abordagem, ou que ele não poderia impedir terceiros de realizar buscas no Cadillac.²⁹⁹

As conclusões da Corte de Apelação foram prontamente afastadas pela Suprema Corte, segundo a qual, embora as expectativas de privacidade e interesses de propriedade fossem as balizas para analisarem-se arguições de violação para a Quarta Emenda, e que sua observância pode se dar mesmo em meio a uma organização criminosa, isso não quer dizer que o simples desempenho de um papel dentro da organização criminosa faria comunicar entre as partes os direitos inerentes à *Quarta Emenda*.

Ou seja, o caso Padilla reafirmou tanto o precedente *Alderman*, quanto a não comunicação da legitimidade, quanto *Rakas*, no que tange ao parâmetro de *expectativa de privacidade* em caso de buscas pela polícia, esclarecendo, ainda, que a mera participação em um esquema criminoso não cria um *legítimo interesse de privacidade* para todo o grupo associado na atividade e que, portanto, seria dessa forma incomunicável a legitimidade para requerer-se a exclusão de prova e “aproveitarem-se” os efeitos da exclusão no que concerne ao titular do direito afetado.

3.5 OS CASOS LEON E HERRING E A GOOD FAITH EXCEPTION

Afora os caracteres de aplicação da *exclusionary rule* já examinados, mostra-se indispensável analisar-se a chamada *good faith exception*, que também culmina na relativização da aplicação do instituto em relação ao arquétipo de compreensão da regra de exclusão nos termos propostos no precedente *Weeks*.

Sobre o assunto, em linhas gerais, pode-se dizer que, desde meados da década de 80 do século XX, a Suprema Corte preconiza a inaplicabilidade da *exclusionary rule* às provas que, embora obtidas mediante violação dos direitos protegidos pelo instituto, o tenham sido por um agente que tinha razoáveis motivos para acreditar na juridicidade da conduta empreendida.

²⁹⁹ United States v. Padilla - 508 U.S. 77 (1993), p. 80-81.

Mais especificamente, a incorporação da *good faith exception* pela Suprema Corte foi questão central no julgamento do caso *United States versus Leon*,³⁰⁰ cuja análise favorece a sua compreensão, podendo o mesmo ser dito em relação ao caso *Herring versus United States*, que ainda traz outros elementos à equação da *good faith exception*.³⁰¹

No caso *Leon*, conforme a *prevailing opinion* escrita pelo Justice Byron R. White, travou-se controvérsia acerca da necessidade de excluírem-se provas obtidas através de uma diligência de busca e apreensão autorizada judicialmente, mas cuja autorização foi considerada inválida posteriormente, revelando-se, assim, uma violação da Quarta Emenda.

Mais especificamente, versa o caso sobre a realização de uma investigação por parte da polícia, que reuniu elementos para demonstrar a existência de uma causa provável para realização de uma busca e apreensão em determinados locais e solicitou autorização judicial para tanto. Tendo o órgão judicial compreendido existir uma causa provável para realização da diligência, foi expedido mandado e, em seguida, realizadas as diligências, através das quais foram apreendidas provas que incriminavam Alberto Leon e outros.³⁰² Contudo, durante a tramitação do processo criminal, Leon e os demais arguíram a inexistência de causa provável para realização da diligência investigativa e, em decorrência disso, também a necessidade de suprimirem-se as provas obtidas.

Diante da moção para eliminarem-se as provas, as cortes ordinárias reconheceram a violação da Quarta Emenda e determinaram a exclusão das provas obtidas através da diligência, porém a questão foi objeto de recurso até chegar à *U.S. Supreme Court*, a qual reconheceu que, em que pese inexistente uma causa provável para a expedição do mandado – e, portanto, configurada uma violação da Quarta Emenda – as provas não deveriam ser excluídas, já que os policiais tinham

³⁰⁰ *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

³⁰¹ *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009).

³⁰² Cfr. *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984), p. 897 e ss. Mais especificamente, um informante anônimo comunicou ao Departamento de Polícia de Burbank que duas pessoas por ele conhecidas como Armando e Patsy estariam traficando entorpecentes no local onde residiam. Uma investigação foi iniciada por agentes policiais, quais, após obterem informações que não necessariamente corroboravam a informação do informante, requereram um mandado para fazer uma busca na casa de Armando e Patsy, em carros de frequentadores da casa deles e, também, na casa de Alberto Leon, quem era empregador de um dos frequentadores da casa. O Mandado foi expedido e as buscas foram realizadas, tendo sido apreendidas grandes quantidades de substâncias entorpecentes na casa de Alberto Leon.

uma confiança razoável de que a conduta por eles empreendida estava em conformidade com o disposto na *Bill Of Rights*.

A decisão é considerada um marco, visto que, até então – ressalvadas as peculiaridades já analisadas nos itens precedentes deste estudo – a *exclusionary rule* era aplicada automaticamente nos casos em que era reconhecida a violação dos direitos por ela protegidos, mais ou menos como propõe o suporte fático da *regra constitucional de exclusão de provas*.

Uma vez adotado esse novo parâmetro (de boa-fé), entretanto, essa correspondência automática entre a violação de um direito e aplicação do instituto chegou ao fim, passando a importar também que o agente não esteja de boa-fé ao empregar a conduta.

Ao fundamentar a decisão do caso *Leon*, J. White partiu da premissa de que “a *exclusionary rule* pode sofrer poucas modificações sem comprometer a capacidade de desempenhar as funções para as quais foi projetada”,³⁰³ assim propondo que o problema deveria ser pensado desde a finalidade e fundamento do instituto, tomando em consideração os benefícios de sua aplicação e os custos a ela correspondentes.³⁰⁴

Uma vez pensada a partir da sua finalidade, considerou a Suprema Corte que os exíguos, ou até inexistentes benefícios para a exclusão das provas obtidas por um agente que confiava na validade da autorização concedida por um juiz, mesmo que posteriormente anulada, não compensavam os custos da aplicação do instituto.

Ou seja, a conclusão da Suprema Corte foi a de que, nos casos em que é expedido um mandado para realizar uma diligência investigativa e, somente depois de realizada, ele é considerado inválido, o *deterrent effect* terá pouco, ou nenhum, efeito prático sobre a conduta empreendida pelo agente estatal, ou seja, pouco ou nenhum benefício.³⁰⁵

³⁰³ United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984), p. 905.

³⁰⁴ Referiu J. White em sua *prevailing opinion*: “Este caso apresenta a questão acerca de se a *exclusionary rule* da *Quarta Emenda* deve ser modificada de modo a não impedir a acusação de utilizar, para desincumbir-se de seu ônus, de provas obtidas por policiais atuando com razoável confiança em um mandado de busca emitido por um juiz imparcial e neutro, mas que, depois, foi considerado sem motivos para uma causa provável. Para resolver esta questão, devemos considerar mais uma vez a tensão entre os objetivos por vezes conflitantes de, por um lado, desencorajar a improbidade e remover os estímulos para invasões de privacidade sem base racional e, de outro, estabelecer procedimentos nos quais réus são absolvidos ou condenados com base em todas as provas que expõem a verdade.” *Cfr.* United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984), p. 900 – 901.

³⁰⁵ *Cfr.* United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984), p. 922.

Assim, a partir de Leon, quando o agente estatal agir com a crença razoável de que possui uma autorização válida para empreender determinada conduta, será aplicável a *good faith exception*, porquanto, nesses casos, não se pode esperar que o *deterrent effect* surta qualquer influência na conduta do policial.

Trata-se, em verdade, de uma espécie de limitação funcional da proteção conferida pelo instituto, que não detém o condão de impedir a adoção de determinadas condutas por um agente que, de boa-fé, pensa não estar violando qualquer direito constitucionalmente assegurado.

Uma ressalva importante, feita ainda no caso Leon, é que não é a simples expedição de um mandado que possibilita compreender que uma conduta foi adotada com crença em sua juridicidade, de modo que a regra de exclusão também deveria ser aplicada quando o mandado nitidamente possui uma fundamentação deficiente ou quando os agentes policiais que reuniram as informações sobre as quais a ordem é motivada sabem de sua falsidade.³⁰⁶

A determinação nascida em Leon foi reiterada no caso *Herring*, em que também foi aplicada a *good faith exception* em virtude de um policial ter empreendido uma busca e apreensão acreditando que sua conduta estaria dotada de juridicidade, quando, em verdade, não estava, tendo implicado violação de direitos assegurados pela *Quarta Emenda*.

Algumas peculiaridades dos fatos correlatos ao caso *Herring*, todavia, deram lugar a significativa divisão de opiniões quanto ao espectro de aplicação da *good faith exception*.

No caso *Herring* discutia-se a possibilidade de serem excluídas provas apreendidas em revista subsequente a uma prisão ilegal – que culminou em violação ao disposto na *Quarta Emenda* – feita por um policial que tinha razoáveis motivos para acreditar que estava cumprindo um mandado de prisão válido, quando, na realidade, não estava, tendo esse erro de avaliação das circunstâncias decorrido de conduta negligente de outros agentes da polícia.³⁰⁷

Os requisitos traçados pelo Caso *Leon* estavam preenchidos, mas alguns dos Justices que participaram do julgamento não puderam deixar de notar que uma série de erros, decorrentes de conduta negligente de outros membros da corporação policial, fora determinante para que o oficial responsável pela *busca e apreensão*

³⁰⁶ Cfr. United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984), p. 923.

³⁰⁷ Cfr. Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009), p. 135 e ss.

acreditasse na validade da autorização judicial, agregando novos elementos para a discussão, conforme pode ser lido da *prevailing opinion* do Justice John Glover Roberts Jr.:

A quarta emenda proíbe "buscas e apreensões desarrazoadas", e isso geralmente exige que a polícia tenha uma causa provável ou um mandado antes de fazer uma prisão. E se um policial razoavelmente crê haver um mandado de prisão em aberto, mas tal crença mostra-se equivocada em virtude de um erro negligente de escrituração de outro funcionário da polícia? As partes aqui concordam que a prisão resultante é uma violação da Quarta Emenda, mas discutem se o contrabando encontrado durante busca incidente à prisão deve ser excluída no processo judicial subsequente.³⁰⁸

A questão era se a negligência dos policiais seria determinante para determinar a incidência, ou não da *good faith exception*, tendo a maioria dos Justices compreendido que, diante do caso concreto, os benefícios de excluir-se a prova não compensariam os custos decorrentes da medida, nos termos do caso Leon.

No entanto, a *prevailing opinion* não escapou da crítica da Justice Ruth Joan Bader Ginsburg que, em sua *dissenting opinion*, apoiada pelos Justices Stevens, Souter e Breyer, criticou o fato de o *deterrent effect* não ter sido estendido sobre o comportamento negligente dos funcionários da polícia que deveriam saber que havia uma determinação para recolhimento do mandado e, assim, que a prisão não deveria ser realizada.³⁰⁹

Ou seja, houve divergência para determinar se as condutas negligentes de outros membros da polícia, determinantes para o erro de apreciação das circunstâncias feito pelo agente que praticou a conduta, deveriam dar lugar à aplicação do instituto porque precisam ser desencorajadas.

Assim, o precedente *Leon* contribuiu para a conformação da *good faith exception* pela *U.S. Supreme Court*, revelando uma interessante limitação funcional da regra, que aparentemente não exerce qualquer proteção nas situações em que o agente responsável pela conduta crê na sua juridicidade; e, ainda, revela que, em certas situações, aquele que pratica a conduta o faz com base em informações

³⁰⁸ Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009).

³⁰⁹ É importante esclarecer que, em Herring, optou-se por não aplicar a exclusionary rule em casos de negligência policial, mas sustentou-se que seria aplicável caso o erro fosse determinado por um comportamento que cria um risco injustificado de causar um dano – trata-se da diferença entre situações de *negligence* e de *recklessness*, figuras que, *grosso modo*, podem ser associadas, respectivamente, às noções de *culpa* e *dolo eventual*.

fornecidas por terceiros que compartilham de seu desígnio de investigar e comprovar fatos, mas que podem estar agindo de forma dolosa (v.g., ao mentir acerca de certas circunstâncias para obter um mandado); ao mesmo tempo em que, em *Herring*, discutiu-se se o comportamento negligente (não doloso) que induz ao erro também deveria ser coibido pela regra constitucional de exclusão de provas.

Todas essas discussões parecem ser relevantes para analisar se, e em que medida, essa limitação funcional pode ser considerada um bom argumento para excepcionar a *aplicação da regra constitucional de exclusão de provas*.

3.6 A FRUITS OF THE POISONOUS TREE DOCTRINE E SUAS LIMITAÇÕES

O último dos caracteres essenciais de aplicação da *exclusionary rule* diz respeito à *prova ilícita por derivação*, ou, mais especificamente, à *fruits of the poisonous tree* doctrine.

De acordo com o exposto – e novamente considerando-se as muitas ressalvas já analisadas – o arquétipo da determinação nascida do caso *Weeks* seria simplesmente o de excluírem-se as provas obtidas ou formadas através das condutas antijurídicas.

Entretanto, é indispensável referir que a *exclusionary rule* desenvolveu-se de forma que seus efeitos incidam também sobre provas cuja existência seja consequência indireta de uma conduta antijurídica, com ela guardando nexos de causalidade na medida em que a conduta antijurídica praticada seja um pressuposto sem o qual a prova não existiria.

Ou seja, para a Suprema Corte não só a prova diretamente obtida por meio de uma conduta antijurídica deve ser considerada uma *prova ilícita*, mas também todas aquelas que, embora não tenham sido antijuridicamente formadas ou obtidas, somente puderam ser realizadas em razão da antijuridicidade.

Conforme será visto à seguir, a extensão desses efeitos não deve ser encarada como uma medida em prol da intensificação da força protetiva do instituto, mas, antes de tudo, como uma solução para não permitir que sua *capacidade de coibir* seja comprometida.

A correta compreensão da *fruits of the poisonous tree doctrine*, e também de algumas exceções a ela impostas pela Suprema Corte, depende da análise de alguns precedentes paradigmáticos em específico, conforme será visto adiante.

3.6.1 O caso Silverthorne e a contaminação das provas derivadas de conhecimentos ilicitamente adquiridos

O precedente *Silverthorne Lumber Co v. United States*³¹⁰ foi a centelha criativa do desenvolvimento da *fruits of the poisonous tree doctrine*, teoria que preconiza a contaminação de elementos de prova *prima facie* lícitos, mas que tem sua realização condicionada pela prática de uma conduta antijurídica.³¹¹

A análise dessa doutrina é de especial importância não só por consistir em um dos mais marcantes aspectos da aplicação da *exclusionary rule*, mas, principalmente, em razão de ter sido assimilada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro e, ainda, incorporada à legislação processual penal, conforme abordagem que se realizará adiante.

Os fatos analisados no caso Silverthorne diziam respeito a uma diligência de *busca e apreensão*, não autorizada judicialmente, realizada na sede da companhia Silverthorne Lumber Co., da qual resultou a apreensão de livros comerciais e outros documentos.

Mais especificamente, conforme a *prevailing opinion* redigida pelo Justice Oliver Wendell Holmes, o administrador da empresa, Frederick Silverthorne, estava sendo investigado por sonegação fiscal, razão por que foi detido junto com seu pai (também administrador) e ficou sob custódia das autoridades por algumas horas. “Enquanto eles estavam detidos, membros do *Department of justice* e o *United States Marshal*, sem qualquer sombra de autorização, foram até o escritório de sua companhia e fizeram uma ‘limpa’ nos livros, papéis e documentos lá encontrados.”³¹²

Em razão da violação à Quarta Emenda, imediatamente os réus requereram a devolução dos documentos para a sede da Cia., o que lhes foi deferido.

Contudo, antes de devolvê-los, o *District Attorney* analisou os materiais indevidamente apreendidos e deles obteve informações até então desconhecidas, das quais, inclusive, tirou fotografias.

³¹⁰ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

³¹¹ A informação é ratificada pela *prevailing opinion* de Justice Warren Earl Burger durante o julgamento do caso *Nix v. Williams*, 467 U.S. 441 (1984): “A doutrina que exige dos tribunais a supressão de provas como a “fruta” contaminada por condutas antijurídicas do Estado teve sua gênese em *Silverthorne Lumber Co. v. Estados Unidos*, 251 EUA 385 (1920); na ocasião, a Corte considerou que a regra de exclusão não se aplica apenas à prova obtida ilegalmente em si, mas também às outras provas incriminadoras derivadas da prova primária.”

³¹² *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920), p. 390.

Após a devolução dos bens apreendidos, os conhecimentos referentes às informações contidas nos referidos documentos foram utilizados para reunir provas e determinar algumas medidas específicas em um novo processo criminal contra os Silverthornes, administradores da *company*. Dentre tais medidas, foi expedida uma intimação para um deles – instruída com as cópias dos documentos –, para que apresentasse em juízo os documentos anteriormente apreendidos irregularmente. A determinação foi desobedecida pelo administrador da *company* e ele acabou sofrendo consequências pelo “desacato” da ordem judicial (*contempt of court*), dentre elas a determinação de pagar uma multa e de ser mantido confinado até purgar o “desacato” cometido, mediante o cumprimento da determinação de entrega dos documentos.³¹³

A Suprema Corte, entretanto, determinou a reversão das consequências impostas pelas cortes originárias em razão do *contempt of court*, em vista de as intimações terem sido elaboradas com base em informações obtidas com violação das garantias da *Quarta Emenda*.

A Suprema Corte entendeu que admitir a possibilidade de utilização dos conhecimentos derivados das provas ilicitamente obtidas seria algo como reduzir a *Quarta Emenda* a um mero conjunto de palavras, negando-lhe eficácia, já que o resultado pretendido com a violação não poderia ser alcançado diretamente (conforme Weeks), mas possibilitava que fosse alcançado através de dois passos, o primeiro, a própria violação e obtenção dos conhecimentos, e o segundo, a obtenção da prova através de meios juridicamente aceitáveis, mas com base em informações obtidas através do primeiro passo.³¹⁴

Daí concluir a Suprema Corte, no caso, que “os conhecimentos adquiridos através dos próprios erros do Estado não podem ser por ele utilizados na forma proposta”.³¹⁵

Assim, o precedente Silverthorne deixou consignado que, mais do que restringir a utilização do meio de prova apreendido em juízo, a *exclusionary rule* deveria impedir que qualquer conhecimento obtido através de práticas que violavam a Quarta Emenda fosse utilizado com o propósito de fazer prova.

³¹³ Cfr. Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920).

³¹⁴ Cfr. Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920).

³¹⁵ Silverthorne Lumber Co.. v. United States, 251 U.S. 385 (1920), p. 392.

A ideia foi reiterada no precedente *Nardone v. United States*,³¹⁶ caso em que a decisão pela exclusão da prova indiretamente derivada da conduta antijurídica foi assentada sobre fundamentos relacionáveis ao *deterrent effect*, conforme depreende-se da colocação do J. Felix Frankfurter que, ao dar a *prevailing opinion* do caso, referiu que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com os padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal.”³¹⁷

Além de reiterar as implicações decorrentes do não reconhecimento da *ilicitude por derivação*, o caso *Nardone* deixou sua marca com a consagração da terminologia pela qual a contaminação das provas seria tratada no direito norte-americano: *A doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa – The fruits of the poisonous tree doctrine*.

Através desses dois casos, a Suprema Corte consolidou o entendimento de que não só o meio de prova diretamente obtido através da conduta lesiva de direitos fundamentais deveria ser excluído do processo, mas também todos aqueles que possam ser considerados frutos da conduta, ou melhor, das informações obtidas através dela.³¹⁸

Além de consolidar essa ideia, Justice Holmes esclareceu, ainda por ocasião do julgamento *Silverthorne*, que a aplicação da *exclusionary rule* em decorrência de contaminação das provas, não implica a impossibilidade de comprovarem-se os fatos que correspondem à hipótese em que se baseia a acusação, já que tais fatos “não se tornam sagrados e inacessíveis. Se o conhecimento deles é adquirido de uma fonte independente eles podem ser provados como qualquer outro.”³¹⁹

³¹⁶ *Nardone v. United States* 302 U.S. 379 (1937).

³¹⁷ *Nardone v. United States* 302 U.S. 379 (1937). Mais especificamente, a questão referia-se a escutas telefônicas ilegalmente instaladas e as informações através delas obtidas, pelo que concluiu o Justice Felix Frankfurter que “a evidência adquiridos através de escutas telefônicas é inadmissível [...] Isso se aplica não só para as conversas interceptadas em si, mas também, por implicação, a prova obtida por meio da utilização dos conhecimentos adquiridos a partir de tais conversas.”

³¹⁸ A regra pode ser compreendida a partir da premissa estabelecida pelo Justice Antonin Scalia no quando do julgamento do caso *Murray versus United States*, no ano de 1988: “A exclusionary rule proíbe a admissão como prova de materiais tangíveis apreendidos durante uma busca ilegal [...] e testemunhos correlatos a conhecimentos adquiridos durante uma busca ilegal [...]. Além disso, a exclusionary rule também proíbe a admissão de prova derivada, tanto tangível quanto testemunhal, que são produto da prova originária, ou que é de outra forma adquirida como um resultado indireto de uma busca ilegal.” *Cfr. Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988), p. 536–537.

³¹⁹ *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States* - 251 U.S. 385 (1920), p. 392.

Ou seja, desde a concepção da *fruits of the poisonous tree doctrine*, deixou-se claro que a aplicação da *exclusionary rule* não repercute na impossibilidade de que a prova de um determinado fato alegado em juízo torne-se impossível ou inviável, mas apenas na ineficácia dos meios de prova obtidos através de violação da Quarta Emenda e das informações obtidas mediante tais violações e que podem ser utilizadas para obterem-se outros meios de comprovação.

Ou seja, não é o *objeto da prova* – fato alegado pela parte e relevante para o processo – que é atingido pela aplicação da *exclusionary rule*, mas sim a eficácia do meio de prova originário e daqueles derivados dos conhecimentos adquiridos através da conduta antijurídica empreendida.

Isso implica afirmar que, havendo outros meios para comprovar o mesmo fato que pretendia-se provar com o meio de prova excluído, a simples aplicação da *exclusionary rule* em relação a este não repercute na ineficácia de meio de prova idôneo para a comprovação do fato, por tratar-se de uma *fonte independente*.

Há certa simplicidade no raciocínio, que não significa outra coisa que não a afirmação de que, diante da existência de uma *fonte independente* (uma prova independente da conduta antijurídica), a esta não pode ser negada eficácia probatória.

Esse raciocínio, entretanto, ganha uma certa sofisticação diante de algumas construções teóricas que podem ser compreendidas como verdadeiros limites à ilicitude por derivação: (a) a *independent source doctrine*; (b) a *purged taint exception*; e (c) a *inevitable discovery exception* e que passam, neste momento, a ser alvo de abordagem.

3.6.2 Os casos *Segura* e *Murray* e a *independent source doctrine*

Os casos *Segura v. United States*³²⁰ e *Murray v. United States*³²¹ são precedentes importantes para a compreensão da *independent source doctrine*.

No caso *Segura*, em síntese – e conforme a *prevailing opinion* redigida pelo Chief Justice Warren Earl Burger –, a Suprema Corte admitiu provas obtidas em situação na qual toda uma investigação havia sido desenvolvida e reunidos elementos de informação suficientes para motivar a expedição de um mandado de

³²⁰ *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984).

³²¹ *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988)

busca e apreensão válido, mas que, em razão de determinadas circunstâncias, entre o ato de requerimento do mandado e sua expedição, policiais teriam adentrado no local onde ele deveria ser cumprido, sem uma justificativa que autorizasse a ação, e efetuaram prisão de uma das ocupantes do imóvel.³²²

Em suma, um ato antijurídico foi praticado – a invasão de domicílio – e, através dele, os policiais mantiveram contato visual com as provas que seriam posteriormente apreendidas, o que caracteriza o conhecimento obtido ilicitamente.

Contudo, a busca e apreensão só foi efetivamente realizada após a chegada do mandado que já havia, anteriormente, sido requerido exclusivamente com base nas informações obtidas previamente à invasão do domicílio.

A peculiaridade do caso, assim, é que os conhecimentos adquiridos pelos policiais em razão da invasão ilegal não foram determinantes – ou estritamente necessários – para obtenção das provas apreendidas, vez que, mesmo antes de entrar no local, já tinham requerido a expedição de um mandado com base nas informações que possuíam até então.

Assim, embora se considere que somente após ter adentrado o local os policiais adquiriram determinados conhecimentos relativos à presença de provas incriminadoras contra os suspeitos, nenhum desses conhecimentos foi utilizado ou era necessário para a expedição do mandado de busca e apreensão, já que os conhecimentos preteritamente adquiridos no curso das investigações caracterizavam uma *fonte independente*, o suficiente para a realização da diligência sem qualquer ofensa à *Quarta Emenda*.

Decisão similar foi adotada no *caso Murray*, no qual – conforme a *prevailing opinion* redigida pelo Justice Antonin Scalia – agentes federais, em que pese já

³²² Segura v. United States, 468 U.S. 796 (1984) p. 796 - 800. Mais especificamente, agentes federais investigavam um grupo de pessoas suspeitas de envolvimento com o tráfico de drogas. Estabelecida a vigilância dos suspeitos, descobriu-se que uma pequena transação aconteceria em um restaurante da cidade. A entrega da mercadoria ilícita foi acompanhada pelos policiais, quais fizeram a abordagem e prisão dos adquirentes da droga após eles terem deixado o local e se dirigido para o apartamento de um deles. Um dos compradores optou por cooperar com a polícia e referiu que Segura, fornecedor da droga, iria aparecer em seu apartamento mais tarde para saber se a droga já tinha sido vendida e para entregar uma quantidade extra de drogas. Os policiais então conseguiram um mandado para efetuar a prisão de Segura e de sua companheira, mas o tempo não recomendava aguardar a expedição de um mandado de busca e apreensão, pois a segunda autorização demoraria para ser concedida. Assim, um grupo de policiais prenderam Segura quando este chegava no prédio onde residia, enquanto sua companheira foi presa dentro do apartamento de ambos, invadido pela polícia para tanto. Concomitantemente, após ter sido invadido o recinto e efetuada a prisão, os demais policiais chegaram até o local munidos do mandado de busca e apreensão, ocasião em que foram apreendidas drogas no apartamento, quais foram utilizadas como prova em um processo contra Segura e sua companheira.

houvessem requerido a expedição de um mandado para realizar uma busca e apreensão em um depósito onde provavelmente estavam armazenadas drogas, invadiram o local antes da chegada da autorização com o fito de verificar se estava ocupado por alguém que pudesse suprimir as provas ou prejudicar as investigações enquanto a autorização não era obtida.³²³

Após ter invadido o local sem uma autorização judicial e lá entrado em contato visual com o objeto da *busca e apreensão*, os policiais deixaram o local e aguardaram a autorização para realizar a apreensão das evidências.

Tanto no caso *Segura* quanto no caso *Murray*, a compreensão foi a de que a conduta antijurídica dos policiais (que violava a Quarta Emenda da *Federal Constitution*) não foi determinante para adquirir conhecimentos estritamente necessários para a obtenção da autorização judicial para entrar no local.

A causa provável que motivou a expedição do mandado vinha de uma fonte independente, lícita, enquanto as buscas e apreensões foram realizadas tão somente após a chegada dessa autorização judicial, requisito para a juridicidade do ato, não havendo que falar-se em prova ilícita originária ou derivada.

Ou seja, no contexto da *independent source rule*, a *exclusionary rule* seria aplicável tão somente quando as apreensões fossem realizadas anteriormente à chegada do mandado autorizando a diligência ou, caso os conhecimentos adquiridos em razão da entrada nos locais constituíssem motivação indispensável para expedição do mandado.

Nem uma coisa, nem outra se observa na conjuntura fática dos casos *Segura* e *Murray*, não havendo que falar-se, portanto, em exclusão das provas.

Constata-se, disso, que uma vez sendo empreendida a conduta de *obtenção* ou *formação* da prova através de uma conduta dotada de juridicidade e não dependendo sua realização de conhecimentos adquiridos através de uma conduta antijurídica, pode-se dizer que uma prova foi obtida com base em fonte independente de uma eventual prova ilícita.

³²³ *Cfr. Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988), p. 533 e ss.

3.6.3 Nix v. Willians e a inevitable discovery exception

A *inevitable discovery exception* “permite que a acusação faça uso de provas ilegalmente obtidas quando um juiz estiver convencido, por uma preponderância de provas, em uma audiência de supressão, que a prova poderia ter sido encontrada por outros meios legais”³²⁴

Sua consagração pela Suprema Corte ocorreu no julgamento do caso Nix v. Willians,³²⁵ ocasião em que foi discutida a aplicação da *exclusionary rule* para extirpar prova relacionada a um interrogatório policial realizado sem a presença de um advogado – após a prisão do acusado – violando assim a *Sexta Emenda*.

O interrogado, Willians, era um doente mental e fugitivo procurado pelo sequestro e provável assassinato de uma criança.³²⁶ Ainda foragido, Willians consultou um advogado e negociou sua rendição às autoridades policiais, indicando o local onde ela se encontrava. Uma vez que a prática do delito havia se iniciado em outra localidade, após Willians entregar-se para as autoridades, foi necessário realizar seu transporte. Entretanto, o advogado de Willians foi impedido por agentes policiais de acompanhá-lo na viatura em que seria feito seu transporte, razão pela qual o causídico – diante da situação peculiar de seu cliente – advertiu aos policiais que não lhe fizessem qualquer questionamento em sua ausência.

Apesar da advertência, os policiais fizeram questionamentos sobre o paradeiro do corpo vítima, que ainda não havia sido encontrada, ao que Willians respondeu indicando o local onde jazia seu cadáver, possibilitando que fosse recuperado.

³²⁴ McINNIS, Tom N. Nix v. Williams and the inevitable discovery exception: creation of a legal safety net. **Saint Louis University Public Law Review**, v. 28, 2009. p. 397.

³²⁵ Nix v. Willians, 467 U.S. 431 (1984).

³²⁶ Nix v. Willians, 467 U.S. 431 (1984), p. 434 - 436 (1984). Willians era suspeito do assassinato de uma garota de apenas dez anos. Testemunhas oculares o viram saindo de um evento esportivo carregando um cobertor em que estava enrolada a vítima, sendo visíveis as pernas desta. O carro do suspeito foi localizado no dia seguinte ao desaparecimento da vítima a 160 km do local. Diante da hipótese de que o suspeito teria abandonado a vítima em local próximo de onde encontrado o veículo, imediatamente formou-se um grupo de mais de duzentas pessoas que passaram a dedicar-se a sua localização. Nesse meio tempo, Willians entregou-se às autoridades policiais e, enquanto era deslocado em uma viatura, teve uma conversa informal com um dos policiais – sem a presença de um advogado – que, com “apelo sentimental”, asseverou que Willians seria o único que poderia garantir à família da vítima a possibilidade de dar-lhe um velório cristão. Willians então indicou o local do corpo da vítima. Ao mesmo tempo, porém, um grupo de buscas aproximava-se do local para inspecioná-lo, considerando-se àquela altura que seria iminente a localização do corpo por um de seus integrantes.

A conduta dos agentes estatais foi considerada ofensiva aos direitos que conteúdo da Sexta Emenda da *Bill Of Rights* e, diante disso, a contaminação da prova eclodia da confissão ilicitamente obtida, comunicando-se à própria circunstância de localização do corpo da vítima (afirmando a materialidade), até a prova pericial realizada sobre a peça.

Nenhuma das provas derivadas, entretanto, foi excluída, uma vez que a Suprema Corte considerou que, apesar de ter sido o interrogatório que efetivamente possibilitou a localização do corpo, quando este foi encontrado já estava próxima do local uma força tarefa previamente constituída com o propósito específico de localizar a vítima (ou seu corpo), considerando-se, por isso, que sua descoberta seria inevitável.

Ou seja, a Suprema Corte trabalhou com a provável hipótese de que o corpo inevitavelmente seria localizado pelos grupos de busca, de forma que, em tal circunstância hipotética, não haveria qualquer tipo de ilicitude na sua obtenção e, assim sendo, pouco importava que as declarações de Willians tivessem sido obtidas antijuridicamente.

A Suprema Corte colocou a questão sob a perspectiva do *status quo* da *disponibilidade de provas* da parte (no caso da acusação) para o caso de que nenhuma ilicitude tivesse sido cometida, conforme demonstra a *prevailing opinion* redigida pelo Chief Justice Warren Earl Burger:

A doutrina fonte independente nos ensina que o interesse da sociedade para dissuadir a conduta antijurídica da polícia e o interesse público de que os jurados recebam todas as provas de um crime estão devidamente ponderadas através da colocação da polícia na mesma posição em que ela estaria caso nenhum erro ou má conduta policial tivesse ocorrido [...] Quando a prova contestada tem uma fonte independente, a exclusão dessa prova colocaria a polícia em uma posição pior do que aquela caso nenhum erro ou violação tivessem sido cometida pela polícia. Há uma semelhança funcional entre essas duas doutrinas, na medida em que a exclusão de provas que inevitavelmente seriam descobertas também colocaria o Estado em uma posição pior, porque a polícia teria obtido as provas mesmo que nenhuma falta grave tivesse ocorrido. Assim, enquanto a exceção de fonte independente não justificaria admissão de provas, neste caso, sua razão de ser é inteiramente coerente e justifica nossa adoção da *inevitable discovery exception* para a *exclusionary rule*.³²⁷

Assim, sua conclusão foi no sentido de que a *disponibilidade de provas* da acusação não poderia ser enfraquecida em razão de que aquela prova seria obtida

³²⁷ Nix v. Willians, 467 U.S. 431 (1984), p. 443-444.

de maneira lícita e que, inevitavelmente, aportaria no processo sem causar qualquer tipo de prejuízo.³²⁸

Frente à *prevailing opinion*, foi conferida uma *dissenting opinion* pelo Justice Brennan em que era reconhecida a correção em adotar a *Inevitable Discovery Exception*, porém, exigindo que a hipótese de ocorrência do fato caracterizador da fonte independente – no caso a descoberta do corpo pelo grupo de busca – seja confirmado de acordo com um *standard* probatório de prova clara e convincente:

[...] a Corte conclui que as provas obtidas inconstitucionalmente podem ser admitidas em julgamento se inevitavelmente teriam sido descobertas na mesma condição por uma linha independente de investigação que já estava sendo perseguida quando a violação constitucional ocorreu. [...] eu concordo que, nessas circunstâncias, a *'inevitable discovery'*, exceção à regra de exclusão, é consistente com os requisitos da Constituição.

[...]

A exceção descoberta inevitável necessariamente implica uma conclusão hipotética que difere em espécie da constatação factual que antecede a aplicação da regra fonte independente. Para garantir que esta descoberta hipotética é equivalente a circunstâncias funcionalmente equivalentes a uma fonte independente, e proteger plenamente os direitos fundamentais atendidos pela regra de exclusão, eu exigiria provas claras e convincentes antes de concluir que o governo tivesse cumprido a sua carga de prova sobre esta questão.³²⁹

A exigência do J. Brennan, embora não acolhida, remonta a uma preocupação com o principal aspecto diferenciador entre a *independent source rule* da *inevitable discovery exception*.

Enquanto no primeiro caso considera-se o próprio fato ou prova que autoriza a admissão da prova derivada; no segundo, reputa-se apenas a probabilidade que envolve a hipótese de ocorrência de um fato ou prova que, de antemão, tem-se por certo que não se concretizou.

Uma das exceções, portanto, depende da comprovação de um fato ou prova fonte independente, a outra, depende da comprovação da probabilidade da ocorrência de um fato ou prova equivalente a uma fonte independente, mas que, efetivamente, sabe-se não ter existido, sendo ambas *processos hipotéticos de investigação*.

³²⁸ Nix v. Willians, 467 U.S. 431 (1984), p. 452 - 458. Justice Stevens, em sua *concurring opinion*, colocou a questão sob uma perspectiva diversa daquela referente ao *status quo* da disponibilidade de provas, mas sob o enfoque da incompatibilidade da conduta assumida pelo policial com o *sistema adversarial* (acusatório), porquanto inquisitória, em face da possibilidade de obtenção da prova pelo grupo de busca, situação no qual não haveria qualquer incompatibilidade com os preceitos constitucionais.

³²⁹ Nix v. Willians, 467 U.S. 431 (1984), p. 458 - 460.

Afora essas duas exceções, há ainda uma terceira, a *purged taint exception*.

3.6.4 Os casos Wong Sun, Ceccolini e Elstad e a *purged taint exception*

Uma correta compreensão dos traços definidores da *purged taint exception* exige a análise dos casos *Wong Sun versus United States*,³³⁰ *United States versus Ceccolini*³³¹ e *Oregon versus Elstad*.³³²

No caso *Wong Sun*, discutiu-se acerca da aplicabilidade da *exclusionary rule* para excluirm-se provas materiais e declarações obtidas em consequência de uma série de invasões a domicílio e prisões realizadas por agentes federais sem estarem acobertados por qualquer permissivo.³³³

Em razão de toda a investigação ter sido desenrolada através de condutas antijurídicas, toda a prova restaria, a princípio, contaminada, inclusive o depoimento dos acusados prestado na delegacia e reduzido a termo pelos agentes que realizaram sua oitiva.

A contaminação foi tida como evidente em relação a apreensões realizadas e declarações dos acusados, mas o caso contava com uma pequena peculiaridade que foi vital para a criação da *purged taint exception*, a de que um dos acusados, Wong Sun, não forneceu suas declarações tão somente por ocasião de sua prisão –

³³⁰ *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

³³¹ *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978).

³³² *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985).

³³³ *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963). Um indivíduo investigado por tráfico de drogas foi preso e informou a polícia que havia comprado a droga na lavanderia de um indivíduo de alcunha “Blackie Toy”. Agentes federais foram até a lavanderia, um deles bateu na porta e foi atendido por Toy, para quem se identificou como agente federal. Toy correu para os fundos do estabelecimento, em direção aos aposentos onde residia com sua família, ele foi preso no local, e uma busca nos aposentos onde ocorrida a prisão não revelou qualquer existência de narcóticos. Afirmaram para Toy que um indivíduo havia o identificado como a pessoa que havia lhe vendido heroína, ao que Toy reagiu respondendo que não vendia narcóticos, mas conhecia uma pessoa que os vendia, indicando o local onde vivia um sujeito de alcunha “Jhonny Yee”. Os policiais então foram até a casa de Yee e invadiram seu quarto, ocasião em que ele lhes apresentou uma pequena quantidade de heroína, a qual afirmou ter comprado de Toy e de um outro chinês, qual conhecia apenas como “Sea Dog”, a quem Toy identificou como sendo Wong Sun. Os policiais então foram até a casa de Wong Sun e lá realizaram sua prisão e uma busca no local, não tendo encontrado qualquer narcótico. Toy prestou declarações para a autoridade policial enquanto estava preso, mas Wong Sun foi liberado e voltou à delegacia voluntariamente, dias mais tarde, ocasião em que prestou suas declarações. As provas referidas pela acusação eram a heroína apreendida com Yee; as alegações de Toy na noite de sua prisão; e as declarações reduzidas a termo. A Suprema Corte entendeu que as declarações de Toy estavam eivadas de vício, porquanto fruto da invasão à sua residência, o mesmo com relação à heroína encontrada com Yee. Wong Sun não teve a mesma sorte, primeiro porque ele não tinha *standing for motion to suppress* em relação às provas decorrentes da invasão às residências de Toy e de Yee. Em relação às suas próprias declarações, a corte entendeu que não eram fruto da conduta ilegal da polícia, porquanto Wong Sun havia sido solto e, após, retornou voluntariamente para prestar suas alegações.

ilegalmente realizada – mas porque, mesmo após ter sido libertado, sob fiança, retornou voluntariamente à delegacia para ratificá-las e complementá-las, o que, segundo ao entendimento da Suprema Corte, acabaria por atenuar o *nexo causal* entre os atos antijurídicos relacionados à invasão de domicílio e a segunda confissão, reduzida a termo, tornando esta admissível.

Pode-se depreender essa conclusão do seguinte excerto da *prevailing opinion* do caso, redigida pelo Justice William J. Brennan:

Em razão de a confissão não assinada de Wong Sun não ser fruto de sua prisão, foi, portanto, devidamente admitida em julgamento. Considerando que Wong Sun foi solto sob fiança depois de regularmente indiciado, e que retornou por vontade própria vários dias depois para fazer sua declaração, entendemos que a conexão entre a prisão e a declaração 'tornou-se tão atenuada quanto o necessário para dissipar a mácula'.³³⁴

A *purged taint exception* foi reiterada em *United States v. Ceccolini*, caso em que a Suprema Corte a aplicou em relação às declarações de uma testemunha que só foi descoberta em razão de investigações que, da maneira como conduzidas, violaram os direitos contido da *Quarta Emenda*.³³⁵

Na *prevailing opinion* do caso *Ceccolini*, escrita pelo Justice William H. Rehnquist, a Suprema Corte sustenta a possibilidade de verificar-se a dissipação da mácula mediante uma ponderação que considere o livre arbítrio da testemunha em determinar como prestará suas declarações e o nível de interferência que a mácula e as informações através dela obtidas podem ter sobre suas declarações. Assim,

³³⁴ *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963), p. 491.

³³⁵ *Cfr. United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978). No caso, um policial aproveitava sua hora de folga para conversar com uma amiga, em uma floricultura onde esta trabalhava. Em dado momento da conversa o policial avistou um envelope suspeito e, sem que sua amiga soubesse, realizou uma verificação do seu conteúdo, encontrando dinheiro e apetrechos de jogos de azar ilegal (bilhetes de uma loteria clandestina). Após tal fato, o policial perguntou à sua amiga a quem pertencia o envelope, ao que ela respondeu que o envelope era de seu chefe Ceccolini. O assunto não foi mais objeto de conversa entre os dois, mas o policial repassou a informação para investigadores da polícia local, quais comunicaram agentes do *Federal Bureau of Investigation* – FBI, quais, quatro meses depois, realizaram a oitiva da atendente da floricultura, questionando-a acerca da relação de seu patrão com atividades ilegais relacionadas ao jogo, tendo recebido informações que serviriam para embasar a acusação contra Ceccolini. A funcionária, ainda, testemunhou em juízo contra o patrão, confirmando sua ligação com a atividade ilegal. A questão foi levada até a Suprema Corte para saber se o testemunho dela deveria ser excluído do conjunto probatório em decorrência de ser fruto da conduta ilegal do policial que revolveu o conteúdo do envelope, lá encontrando os objetos que originaram todas as investigações posteriormente realizadas.

caso o nível de interferência seja irrisório, as condutas objeto do *deterrent effect* revelariam não haver um grande benefício na aplicação da regra.³³⁶

Nota-se que, para fundamentar a aplicação da exceção, J. Rehnquist retira o foco da relação entre a antijuridicidade da conduta que conduziu às informações as quais levaram à “descoberta da testemunha” (descoberta da fonte da prova), pautando a discussão pela necessidade de determinar se o *livre arbítrio* – disposição das informações que possui e a razão pela qual as presta – da testemunha foi consideravelmente afetada em razão daquela conduta. Sendo insignificante o impacto, a conclusão seria a de que os custos de calar uma testemunha para sempre com a aplicação da *exclusionary rule* não seriam aceitáveis, o que se revelava no caso concreto em razão do tempo transcorrido entre a violação da Quarta Emenda e a inquirição da testemunha.³³⁷

O precedente *Oregon v. Elstad*³³⁸ é, da mesma forma, exemplo de reafirmação da *purged taint exception* pela Suprema Corte. No caso, o acusado teria sido preso e, antes que lhe fossem administrados os *Miranda Warnings*, confirmou ter participado de um crime de furto. Após terem sido administrados os *Miranda Warnings*, entretanto, ele fez uma nova confissão, detalhada, a qual foi reduzida a termo.

A Suprema Corte decidiu no sentido de que a confissão verbalmente realizada, anterior aos *Miranda Warnings*, deveria ser excluída, mas que a segunda confissão, reduzida a termo, deveria manter-se no conjunto probatório em razão de ser, antes de qualquer outra coisa, fruto do *livre arbítrio* do réu, da sua vontade de

³³⁶ Cfr. *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978), p. 269-280.

³³⁷ Cfr. *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978), p. 280–285; 285-290. O caso ainda contou com a *concurring opinion* do Justice Burger, quem defendeu que as testemunhas oculares de um fato, “*per se*” independentemente de sua relação com a conduta ilícita da polícia não deveria ser objeto de exclusão em todo e qualquer caso. No outro extremo, a *dissenting opinion* do Justice Marshall foi no sentido de que, para fins de aplicação da *exclusionary rule* não há qualquer sentido em diferenciar entre a prova testemunhal e aquelas provas que consistem em “objetos inanimados” para fins de verificar a dissipação da mácula. Para J. Marshall, até mesmo a análise de custo-benefício procedida na *prevailing opinion* apresenta diferenças entre a prova testemunhal e os demais meios disponíveis. A dissipação da mácula dependeria antes, na visão do J. Marshall, do comparecimento espontâneo da testemunha no processo, independentemente da atuação da polícia, conforme compreendido no precedente *Wong Sun*, sendo inaplicável ao caso em virtude de ter-se reconhecido que entre a ilicitude da investigação e a prova testemunhal há uma verdadeira estrada “direta e ininterrupta” - *straight and uninterrupted*. Ou seja, se a livre vontade da testemunha não foi vital para seu comparecimento no processo, não há sentido falar em dissipação da mácula, porque a prova somente chegou até o processo em decorrência da conduta que ofendeu a *Quarta Emenda*.

³³⁸ *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985).

confessar-se, e não propriamente fruto do erro dos policiais em administrar tardiamente os *Miranda Warnings*.³³⁹

Assim, em que pese a confissão escrita ter se dado após a prisão de Elstad, não estaria contaminada pela violação à *Quinta Emenda*, uma vez que o nexo causal entre a referida violação e a confissão escrita estaria atenuando o suficiente para não recomendar a aplicação da medida de exclusão.

3.7 CONCLUSÕES

A gênese da *exclusionary rule* está intimamente ligada à concepção de tratar-se de um meio para tornarem-se efetivas as garantias asseguradas pela *Federal Constitution*, em especial aquelas conteúdo da *Quarta, Quinta e Sexta Emendas*. A regra norte-americana, portanto, tende a proteger posições jurídicas específicas e não a generalidade dos bens jurídicos normativamente tutelados – em desconformidade do que sugere o suporte fático da *regra constitucional de exclusão de provas* brasileira.

De outro lado, enquanto garantia fundamental que se propõe a resguardar determinados direitos dotados de *fundamentalidade* e em razão do predomínio da *state action doctrine*, somente a conduta antijurídica praticada por agentes estatais figura como suposto fático suficiente para dar ensejo à aplicação da *exclusionary rule*, sendo eles considerados os únicos destinatários do *deterrent effect* - o Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal brasileira, por sua vez, nada indica acerca de uma seletividade dos destinatários do *efeito profilático*.

Afora essas restrições, também é identificável uma tendência de restringir-se a aplicação do instituto aos processos de natureza criminal, afastando-o do processo civil com base em argumentos retirados de análises de custo-benefício sobre sua aplicação, mas que não possuem uma raiz comum, sendo antes disso escorados em análises casuísticas cujo resultado parece ser influenciado, ainda que indiretamente, por uma conjugação de fatores.

³³⁹ Através de distintas *dissenting opinions*, os Justices Brennan e Stevens ofereceram argumentos no sentido de que não poderia concluir-se, ante as circunstâncias do caso concreto, que a vontade do acusado, durante a segunda confissão não estava maculada pela coercitividade do primeiro interrogatório, realizado sem a administração dos *Miranda Warnings*. Ou seja, não discordam da possibilidade de purgar a mancha, mas entendem que no caso tal não haveria ocorrido. *Cfr. Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985), p. 318–364; 364–372.

O primeiro desses fatores é que os direitos objeto de proteção da *exclusionary rule* correspondem a prescrições da Bill Of Rights voltadas essencialmente (embora não unicamente) para a atividade de persecução criminal empreendida pelo Estado; o segundo fator é que, em decorrência da *State Action Doctrine*, apenas agentes estatais são considerados destinatários do *deterrent effect*; e, por fim, o terceiro fator determinante é que a Suprema Corte também estipula os destinatários do *deterrent effect* com base em uma análise de custo benefício, da qual conclui-se que são destinatários somente os agentes estatais cuja classe mostra-se inclinada à prática de violações contra os direitos protegidos pela *exclusionary rule*: a polícia.

Também são análises de custo-benefício que fundamentam a restrição da legitimidade para requerer-se a aplicação da *exclusionary rule* e aproveitarem-se seus efeitos; e a sua inaplicabilidade em casos nos quais o agente que pratica a conduta considera-se de boa-fé, porquanto supõe não estar violando qualquer direito.

Além dessas peculiaridades que limitam a aplicação do instituto, soma-se a concepção de que também as provas derivadas indiretamente dos conhecimentos adquiridos através de condutas antijurídicas são passíveis de exclusão, porque é necessário barrar qualquer possibilidade de serem aproveitados os resultados probatórios dessas práticas, sob pena de enfraquecer a capacidade de coibir ínsita ao instituto, salvo algumas exceções.

Esses caracteres que restringem e aprimoram aplicação da *exclusionary rule* são totalmente estranhos ao suporte fático que determina a aplicação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, e seus fundamentos, servem aos propósitos deste estudo, sobretudo, para intensificar a problematização acerca dos critérios de aplicação do instituto para além da proposta da teoria da ponderação de interesses.

Dito de outra forma, os elementos de aplicação da *exclusionary rule* fornecem argumentos que tornam ao menos discutível a necessidade de proceder-se, ou não, a um aprimoramento da *regra constitucional de exclusão de provas*, permitindo, assim, torná-la mais afinada a seus propósitos e coerente com seu funcionamento.

É com base nesses problemas, mas sem ficar restritos aos argumentos da Suprema Corte, que buscar-se-á, no próximo capítulo, verificar a necessidade e viabilidade de promover-se uma verdadeira *densificação dogmática* do instituto, abastecendo-o de outros critérios de aplicação.

4 ELEMENTOS PARA DENSIFICAÇÃO DOGMÁTICA DA REGRA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSÃO DE PROVAS

O Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, prescreve de forma verdadeiramente concisa e generalizante uma hipótese de inadmissibilidade da prova que tem por único parâmetro averiguar a juridicidade das condutas de *obtenção, formação e utilização* de um elemento de comprovação *relevante*, que usualmente integraria o *conjunto probatório* que é parâmetro para o órgão judicial determinar se as alegações controvertidas das partes correspondem, ou não, à *realidade empírica* dos fatos.

Diante dessa aparente simplicidade, a análise realizada com relação à *exclusionary rule* da *Bill of Rights* e seus parâmetros de aplicação, entalhados através dos anos pela *U.S. Supreme Court*, encartam uma série de questionamentos acerca das opções adotadas pelo constituinte brasileiro ao conferir um suporte fático tão abarcante à garantia constitucional.

A prescrição de inadmissibilidade das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro nada dispõe quanto a: (1) qualidade dos bens jurídicos por elas afetados (direitos fundamentais e disposições legais infraconstitucionais); (2) qualificativos dos sujeitos que praticam tais condutas (agentes públicos ou particulares); (3) eventuais restrições de sua aplicação em razão da natureza da questão colocada no processo (processo civil e processo penal); (4) legitimidade para exigir e fruir dos efeitos da exclusão da prova (se a parte afetada pela conduta é a única que pode requerer sua exclusão e aproveitar seus efeitos); (5) necessidade de excepcionar-se a *inadmissibilidade* quando o agente acredita na juridicidade da conduta (nos termos da *good faith exception*); (6) possibilidade de a ilicitude comunicar-se às provas derivadas para fins de exclusão (conforme a *fruits of the poisonous tree doctrine*).

Diante disso, analisar-se-á neste capítulo argumentos para adoção de outros parâmetros de aplicação da garantia – além daquele insculpido no texto constitucional –, o que é benéfico por duas razões. A primeira é que se reflete em contribuição para a compreensão do fundamento e da funcionalidade do instituto; a segunda, por outro lado, tem um caráter pragmático, que diz respeito à própria adoção de outros critérios para promover a aplicação do instituto, seja excepcionando-o, seja promovendo uma extensão de seus efeitos pré-concebidos

pelo constituinte, de forma a ver melhor atendida a sua finalidade precípua – proteger bens jurídicos – e para não aplicá-la quando desnecessário.

A problematização decorrente do emaranhado de argumentos fornecidos pela *U.S. Supreme Court* é a guia do trabalho adiante realizado. Entretanto, a tarefa será permeada não só por discussões travadas no direito brasileiro e norte-americano, mas por manifestações de toda e qualquer fonte doutrinária ou jurisprudencial que se demonstre apta a contribuir com os debates que seguem.

4.1 OS BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS PELA REGRA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSÃO DE PROVAS

Com relação à proteção conferida pela *regra constitucional de exclusão de provas*, é pertinente ao âmbito do processo civil determinar se é a violação de qualquer *bem jurídico* normativamente protegido através da *obtenção, formação ou utilização* de uma prova que dá lugar a sua *inadmissibilidade*, conforme sugere o texto legal do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, ou se é possível pensar em alguma espécie de seletividade.³⁴⁰

³⁴⁰ Com relação ao processo penal, entretanto, o enfrentamento de uma outra questão se mostraria relevante, dizendo tanto respeito ao âmbito de proteção quanto à própria fluidez conceitual do termo prova ilícita. Em que pese o conceito de *prova ilícita* venha associado à ideia de conduta que implica em transgressão de prescrições de direito material, mostra-se necessário referir que, em certa medida, também é possível falar em uma proteção conferida a direitos fundamentais de caráter processual, ao menos no âmbito do direito processual penal. Isso decorre do fato de que algumas posições jurídicas fundamentais processuais que correspondem a deveres de abstenção por parte do poder estatal durante a atividade de persecução penal podem ser violadas extraprocessualmente - ou seja, fora da estrutura e dinâmica da *ação penal* – e em razão de atividade voltada à obtenção ou formação de provas, como no que tange ao direito a não autoincriminação. Uma vez que a afronta a tais posições jurídicas fundamentais pode dar-se fora da estrutura do processo e devem ser coibidas, mostra-se razoável assimilar a aplicabilidade do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal aos casos em que seja formada ou obtida uma prova com sua violação. Assim sendo, deve-se reconhecer alguma fluidez ao próprio conceito de *prova ilícita*, a fim de admitir que esta caracteriza-se, também, em casos de obtenção ou formação de prova mediante violação de determinadas posições jurídicas fundamentais processuais que são garantias no processo penal. O tema, aliás, já foi alvo de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do HC 80.949 de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence e pelo Superior Tribunal de Justiça, durante o julgamento do HC 107.285/RJ, de relatoria da Ministra Laurita Vaz. Sobre este último precedente, convém salientar que não foram poucas as referências aos casos enfrentados pela U.S. Supreme Court, conforme se lê da ementa à seguir transcrita: “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DELITO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. “PRIVILÉGIO CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO: GARANTIA BÁSICA QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO (PARLAMENTAR, POLICIAL OU JUDICIAL) NÃO SE DESPOJA DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS” (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRINCÍPIO “NEMO TENETUR SE DETEGERE”. POSITIVAÇÃO NO ROL PETRIFICADO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ART. 5.º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): OPÇÃO DO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO BRASILEIRO DE

Conforme visto, a aplicação da *exclusionary rule* no direito norte-americano está vinculada à violação de alguns direitos específicos, conteúdo da Quarta, Quinta e Sexta Emendas da *Bill Of Rights*.

Ou seja, se dá exclusivamente em razão de violação a direitos fundamentais.

CONSAGRAR, NA CARTA DA REPÚBLICA DE 1988, "DIRETRIZ FUNDAMENTAL PROCLAMADA, DESDE 1791, PELA QUINTA EMENDA [À CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA], QUE COMPÕE O "BILL OF RIGHTS" NORTE-AMERICANO (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRECEDENTES CITADOS DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: ESCOBEDO V. ILLINOIS (378 U.S. 478, 1964); MIRANDA V. ARIZONA (384 U.S. 436, 1966), DICKERSON V. UNITED STATES (530 U.S. 428, 2000). CASO MIRANDA V. ARIZONA: FIXAÇÃO DAS DIRETRIZES CONHECIDAS POR "MIRANDA WARNINGS", "MIRANDA RULES" OU "MIRANDA RIGHTS". DIREITO DE QUALQUER INVESTIGADO OU ACUSADO A SER ADVERTIDO DE QUE NÃO É OBRIGADO A PRODUZIR QUAISQUER PROVAS CONTRA SI MESMO, E DE QUE PODE PERMANECER EM SILÊNCIO PERANTE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, POLICIAL OU JUDICIÁRIA. INVESTIGADA NÃO COMUNICADA, NA HIPÓTESE, DE TAIS GARANTIAS FUNDAMENTAIS. FORNECIMENTO DE MATERIAL GRAFOTÉCNICO PELA PACIENTE, SEM O CONHECIMENTO DE QUE TAL FATO PODERIA, EVENTUALMENTE, VIR A SER USADO PARA FUNDAMENTAR FUTURA CONDENAÇÃO. LAUDO PERICIAL QUE EMBASOU A DENÚNCIA. PROVA ILÍCITA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE). ORDEM CONCEDIDA.1. O direito do investigado ou do acusado de ser advertido de que não pode ser obrigado a produzir prova contra si foi positivado pela Constituição da República no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5.º, inciso LXIII). É essa a norma que garante status constitucional ao princípio do "Nemo tenetur se detegere" (STF, HC 80.949/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1.ª Turma, DJ de 14/12/2001), segundo o qual ninguém é obrigado a produzir quaisquer provas contra si. 2. A propósito, o Constituinte Originário, ao editar tal regra, "nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda [à Constituição dos Estados Unidos da América], que compõe o "Bill of Rights" norte-americano" (STF, HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). 3. "Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado – ainda que convocada como testemunha (RTJ 163/626 –RTJ 176/805-806) –, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria" (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO). 4. Nos termos do art. 5.º, inciso LXIII, da Carta Magna "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". Tal regra, conforme jurisprudência dos Tribunais pátrios, deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova etc. 5. Na espécie, a autoridade policial, ao ouvir a Paciente durante a fase inquisitorial, já a tinha por suspeita do cometimento do delito de falsidade ideológica, tanto é que, de todas as testemunhas ouvidas, foi a única a quem foi requerido o fornecimento de padrões gráficos para realização de perícia, prova material que ensejou o oferecimento de denúncia em seu desfavor. 6. Evidenciado nos autos que a Paciente já ostentava a condição de investigada e que, em nenhum momento, foi advertida sobre seus direitos constitucionalmente garantidos, em especial, o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma, resta evidenciada a ilicitude da única prova que embasou a condenação. Contaminação do processo, derivada da produção do laudo ilícito. Teoria dos frutos da árvore envenenada. 7. Apenas advirta-se que a observância de direitos fundamentais não se confunde com fomento à impunidade. É mister essencial do Judiciário garantir que o jus puniendi estatal não seja levado a efeito com máculas ao devido processo legal, para que a observância das garantias individuais tenha eficácia irradiante no seio de toda a sociedade, seja nas relações entre o Estado e cidadãos ou entre particulares (STF, RE 201.819/RS, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, DJ de 27/10/2006). 8. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia com base em outras provas." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Quinta Turma. HC 107.285/RJ. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em: 09 nov. 2010. DJe 07 fev. 2011)

No mesmo sentido, na Itália, na Alemanha, na Espanha e em Portugal, desenvolveram-se regras de exclusão de caráter geral para o caso de condutas antijurídicas adotadas a menoscabo de direitos fundamentais.³⁴¹

Na Espanha, inclusive, a garantia é expressamente prevista na legislação infraconstitucional, mais especificamente no Artigo 11(1) da *Ley Orgánica del Poder Judicial*, onde disposto que “[...] Não surtirão efeitos as provas obtidas, direta ou indiretamente, violentando aos direitos ou liberdades fundamentais”.³⁴²

Como se vê, a grande preocupação nos ordenamentos jurídicos estrangeiros sempre foi com a eficácia dos direitos fundamentais, não havendo necessariamente que se falar em *exclusão de prova* em virtude de uma conduta antijurídica que não implique, necessariamente, uma violação de direitos e garantias fundamentais.³⁴³

A *inadmissibilidade* da prova obtida com violação de direitos fundamentais igualmente é um dogma no direito brasileiro. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça demonstram que a maior parte dos casos de aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas* se dá em razão de escutas telefônicas clandestinas, quebra de sigilo bancário e violação de domicílio sem autorização judicial.³⁴⁴

Não há qualquer dúvida, portanto, de que os direitos fundamentais definitivamente constituem objeto de proteção da *regra constitucional de exclusão de provas*.

Porem, ao mesmo tempo, não se mostra claro se é necessário e conveniente ter um âmbito de proteção que incida não só sobre os direitos fundamentais, mas sobre todo o ordenamento jurídico, conforme sugerem o texto constitucional e as prescrições de ordem legal.

Veja-se que, de um lado, o texto do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, faz menção tão somente a “meios ilícitos”, não fornecendo qualquer dado

³⁴¹ As disposições do Artigo 32 (8) da Constituição Portuguesa serão alvo de análise em meio às discussões acerca da aplicabilidade do instituto no processo civil e no processo penal.

³⁴² “Artículo 11. 1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”

³⁴³ Conforme aduz Beltrán, “a doutrina prevalecente e a maioria dos sistemas jurídicos ocidentais protegem esses direitos impondo a inadmissibilidade da prova assim obtida. Desse modo, se pretende tornar processualmente inúteis essas provas e, indiretamente, desincentivar a busca dessas provas através de práticas que vulneram direitos fundamentais” (FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 78).

³⁴⁴ Em sentido semelhante: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil**: o conteúdo processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 81.

complementar que permita identificar-se o *pedigree* dos bens jurídicos afetados pela conduta a qual se busca prevenir, abarcando-se assim a generalidade das condutas antijurídicas empreendidas na obtenção das provas; e, de outro, o Artigo 157, do Código de Processo Penal, identifica como provas ilícitas aquelas “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.³⁴⁵

Conceber que toda e qualquer disposição legal figura ao lado dos direitos fundamentais como objeto de proteção da *regra de exclusão* mostra-se compatível com sua finalidade e funcionalidade. A *inadmissibilidade da prova*, nesses termos, pode ser tida como adequada para promover a prevenção quanto à adoção de qualquer conduta antijurídica e assim, impulsionar a proteção de todo e qualquer bem juridicamente protegido.

Dúvidas se instalam, no entanto, à medida que se constata que nem toda norma legal visa a tutela de bens jurídicos de exasperada importância, ao passo que a medida de exclusão da prova tende a impossibilitar o *acertamento fático* e, ao mesmo tempo, representa uma limitação absoluta ao direito fundamental à prova.

É certo que não se pode permitir a adoção de toda e qualquer conduta para o fim de fazer prevalecer o interesse em comprovar um fato, como se tal fosse um fim apto a justificar a adoção de quaisquer meios, assim como é certo que retrataria uma incoerência por parte do Estado tomar para si o monopólio da resolução de conflitos nascidos no seio social, vedando a autotutela pelos indivíduos, mas ao mesmo tempo permitindo-lhes irrestritamente servir-se de expedientes contrários ao direito para satisfazer sua necessidade de comprovar alegações dentro de um processo judicial.

Todavia, deve-se ter em consideração que o simples fato de uma determinada conduta implicar a violação de um preceito legal, por si só, já significa que o Estado de alguma forma reprovava ou remedia os efeitos da referida conduta, no intuito de preservar e proteger os bens jurídicos que por elas são tutelados.³⁴⁶

Não se pode afirmar, diante disso, que a valoração da prova obtida através da violação de disposições sobre direitos não fundamentais significa que o Estado

³⁴⁵ Artigo 157 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com redação dada pela Lei 11.690 de 2008.

³⁴⁶ Referimo-nos, aqui, ao caráter complementar da proteção conferida pela *regra constitucional de exclusão de provas*, nos mesmos termos daquilo quanto colocado durante a análise da proposta da teoria de ponderação de interesses.

estaria a permitir essas violações, porque, em qualquer caso, os rigores da lei, previstos na legislação substantiva, poderiam ser impostos às referidas condutas.

A pergunta, diante disso, é se a proteção conferida pela regra de exclusão não se traduz, nesses casos, em uma matança de pardais a tiros de canhão.

Ou seja, na medida em que os bens jurídicos não fundamentais já contam com determinada proteção pelo ordenamento jurídico, talvez isso esteja a revelar um exagero quanto ao preço que a parte paga, no processo, com a exclusão de um elemento de prova que tinha disponível para comprovar suas alegações.

Sobre essa questão, o *Tribunal Constitucional de España*, por exemplo, aborda a questão desde a própria ponderação (no plano legislativo) que deve ser realizada para fins de incorporação de uma garantia como a regra de exclusão.

Nesse sentido, por ocasião da Sentença 114, de 1984, precursora da inserção da atual redação do Artigo 11, da LOPJ, a corte espanhola assinalou que o problema da admissibilidade da *prova ilícita* sempre se coloca em meio a uma encruzilhada de interesses, devendo-se como solução optar pela busca da verdade, ou pela garantia das situações jurídicas subjetivas dos cidadãos, sendo que quando a base dessas situações subjetivas forem estritamente infraconstitucionais, não seria o caso de promover-se a exclusão da prova.³⁴⁷

Sob outro ângulo, Picó Y Junoy assevera que o direito a utilizar todos os meios de prova pertinentes implica em manter um conceito de prova ilícita o mais restritivo o quanto possível, sendo um parâmetro adequado para isso promover a restrição da aplicabilidade da regra de exclusão para os casos de violação a direitos fundamentais.³⁴⁸

³⁴⁷ Cfr. Tribunal Constitucional de España. Sala Segunda. STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984: "En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por El ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso."

³⁴⁸ Cfr. PICÓ Y JUNOY, Joan. La prueba ilícita en el proceso civil español. **Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, n. 5, nov. 2011. p. 7. Refere o autor que "El derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que El mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad. Ello significa limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales"

Assim, não havendo qualquer violação a direitos fundamentais, a prova poderia ser admitida e valorada, sem prejuízo, é claro, da responsabilidade civil, penal ou disciplinar dos atos praticados para sua obtenção, nos termos do *male captum, bene retentum*.³⁴⁹

Nesses termos, a aplicação do instituto poderia ser concebida como restrita às violações diretas à constituição e também àquelas indiretas, quando a antijuridicidade se der quanto a normas ordinárias que representam, por si, a realização desses valores fundamentais, conforme sugere Trocker, que exclui do âmbito de aplicação inclusive as condutas antijurídicas adotadas em detrimento de interesses patrimoniais, como quando um documento é subtraído da contraparte ou de terceiro.³⁵⁰

Utilizando-se raciocínio análogo ao dos deveres de proteção, haveria que se pensar, em oposição à já referida *insuficiência de proteção*,³⁵¹ na figura do *excesso de proteção*, que se dá quando a proteção conferida a um direito afeta em demasia aqueles a ele contrapostos.³⁵²

No caso, para os espanhóis, é o *direito fundamental à prova* e a possibilidade de obter-se a verdade (pensada como uma questão de interesse público) que vão afetados em demasia.

Entretanto, é importante frisar-se que a ponderação proposta pelo Tribunal Constitucional de España e por Picó Y Junoy é realizada de uma perspectiva que

³⁴⁹ Nesse sentido, leciona Picó Y Junoy: “Partiendo de la base de que en la adquisición del material probatorio no se ha infringido derecho fundamental alguno, éste podrá ser, en principio, libremente valorado por el juzgador al realizar la fundamentación fáctica de la sentencia, sin perjuicio de exigir la correspondiente responsabilidad civil, penal o disciplinaria en que haya podido incurrir la persona que há realizado tal irregularidad. Entendemos que el carácter de fundamental que la Constitución otorga al derecho a la prueba, así como el interés del Estado en ofrecer una tutela judicial efectiva, permiten al órgano jurisdiccional apreciar y valorar esta prueba ilegal.” (PICÓ Y JUNOY, Joan. La prueba ilícita en el proceso civil español. **Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, n. 5, nov. 2011. p. 8-9.)

³⁵⁰ Conforme Nicolò Trocker “Deve salientar-se que os resultados de tal ação são passíveis de exclusão somente se substanciada uma violação dos valores constitucionais, mas não quando se configura apenas como contrariedade a normas imperativas ordinárias (em particular a norma penal, como na hipótese de documento subtraído da contraparte ou de um terceiro) sempre que estas últimas não representem uma explícita realização dos direitos fundamentais.” (TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 594).

³⁵¹ Assunto tratado por ocasião do problema da *prova ilícita em si mesma*.

³⁵² A relação entre insuficiência de proteção e excesso de proteção pode ser compreendida das lições de Ingo Wolfgang Sarlet: “controle da insuficiência de proteção pressupõe a verificação a respeito do grau mínimo necessário para satisfazer determinado direito isoladamente considerado e se a proteção de determinando direito não afeta em demasia outros direitos contrapostos.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 214).

exige uma ponderação entre o *direito fundamental à prova* e a *busca da verdade*, contrapostos ao interesse de protegerem-se direitos através da regra de exclusão, o que figura plenamente incompatível com a *estrutura da norma* consagrada pelo Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Além disso, embora conferir um segundo nível de proteção para bens jurídicos que não são fundamentais ao convívio social pareça, em linha de princípio, repercutir em exagero, há que se considerar que, diante do caráter prospectivo da proteção conferida pelo efeito profilático, até mesmo a proteção de um bem jurídico não fundamental, no longo prazo, pode repercutir em um benefício maior do que os prejuízos decorrentes do não atendimento da garantia processual da parte em determinados casos concretos.

Assim sendo, mostra-se tanto inconveniente quanto incompatível com a estrutura normativa da garantia pugnar por uma restrição “apriorística” da aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas* às violações, diretas ou indiretas, de direitos fundamentais com base em argumento análogo ao *excesso de proteção*.

Contudo, nos termos daquilo que já foi exposto por ocasião da abordagem à teoria da ponderação de interesses, nada obsta que a importância do *bem jurídico* violado em razão da *obtenção, formação* ou *utilização* da prova, associada ao caráter complementar da proteção conferida pela *regra constitucional de exclusão de provas* sejam considerados como fatores para dimensionar o *interesse em proteger um bem jurídico através da regra de exclusão* durante a aplicação do instituto frente ao caso concreto.

4.2 OS DESTINATÁRIOS DA GARANTIA E OS “DESTINATÁRIOS” DO EFEITO PROFILÁTICO

Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet, “destinatários dos direitos e garantias fundamentais são, em contraposição aos titulares, os sujeitos passivos da relação jurídica [...], que estão vinculadas pelas normas de direitos fundamentais.”³⁵³

O comando do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, não deixa dúvidas de que os destinatários da regra de exclusão, por excelência, são os órgãos

³⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 214 e p. 319.

do poder judiciário, em razão de o juízo de admissibilidade de provas e a análise dos requerimentos de exclusão da prova ser por eles realizado.

Nesses termos, em linha de princípio, são os juízes que devem zelar pela *eficácia* da garantia, aplicando a *regra constitucional de exclusão de provas* em todo caso que a *obtenção, formação* ou *utilização* da prova implique *antijuridicidade*, assim mantendo sua capacidade de coibir a adoção desse tipo de conduta.

Dito de outra maneira: os órgãos do poder judiciário não podem permitir que a *regra* caia em desuso e, nem mesmo, criar exceções à sua aplicação que possam comprometer a sua capacidade de proteger adequadamente bens jurídicos.

Nesse mesmo sentido, também o legislador ordinário pode ser considerado destinatário da garantia, na medida em que não pode prescrever parâmetros de aplicação que possam mitigar a eficácia do instituto, reduzindo-lhe a força protetiva.

Os destinatários da garantia, portanto, são dois: o legislador e o juiz.

De outra perspectiva, entretanto, deve ser tratada a questão dos destinatários do *efeito profilático*, assim compreendidos aqueles cujas condutas antijurídicas pretende-se coibir através da *regra constitucional de exclusão de provas*.

Sobre isso, é importante considerar que o Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, não traça qualquer especificação quanto a qualquer qualidade de que possa se investir o agente que pratica a conduta antijurídica, o que figura determinante para conceber-se que, em linha de princípio, pouco importa que o responsável pela realização da conduta antijurídica seja um agente público ou particular.

Contudo, a problemática da questão pode ser reconduzida para o direito americano, já que a *Supreme Court* entende que a *exclusionary rule* tem por escopo exclusivo desencorajar condutas antijurídicas empreendidas em detrimento de direitos constitucionalmente assegurados pelos agentes estatais encarregados da persecução e investigação criminal.

Tendo a *regra constitucional de exclusão de provas* como finalidade a proteção de direitos, mostra-se necessário averiguar se existem razões de fundo teórico ou prático que indiquem a necessidade de restringir sua aplicação às provas obtidas por particulares ou mesmo pelos agentes públicos que não têm como função precípua as tarefas investigativas da polícia, bem como verificar qual a inclinação dos tribunais brasileiros quanto ao tema.

Além disso, também será enfrentada a questão sobre se a *regra constitucional de exclusão de provas* destina-se tão somente a coibir a prática de condutas antijurídicas pela própria parte interessada no elemento de comprovação – já que será ela quem “aproveitará” do amargor de não ter atendido seu *direito fundamental à prova* – ou se as provas obtidas ou formadas antijuridicamente por terceiros, mesmo que estranhos ao processo, e “entregues de bandeja” para a parte interessada, também devem ser objeto da medida de exclusão.

4.2.1 O objetivo de coibir desvios de conduta por parte de policiais, de agentes estatais em geral e de particulares

A própria finalidade da *regra de exclusão* estaria apta a oferecer uma resposta para o problema dos destinatários da dissuasão promovida pelo *efeito profilático* da regra constitucional de exclusão de provas.

O motivo por que a *antijuridicidade da conduta* é elemento do *suporte fático* da *garantia* é que, assim, é possível oferecer-se resguardo aos *bens jurídicos* objeto de proteção normativa e na medida em que o próprio ordenamento jurídico não permite sua violação (permissão que pode ser encontrada nas próprias prescrições legais ou em decorrência de preceitos permissivos, como já foi visto).

Partindo-se dessa premissa, determinar se existe alguma distinção a ser realizada entre a conduta antijurídica empregada pelos particulares e aquela levada a efeito pelos agentes estatais dependeria, antes de tudo, de estabelecer se a gravidade da ofensa a um determinado *bem jurídico* pode ser considerada de maior gravidade tão somente em razão de ter sido praticada por um agente estatal ou por um particular, o que não merece qualquer apoio.

Em se tratando de proteger bens jurídicos – em decorrência de seu valor para o convívio social – através da proibição da adoção de condutas antijurídicas para *obter, formar* ou *utilizar* provas, parece irrelevante pensar que qualquer qualificação que possa ser dada ao agente que obtém o meio de comprovação seja determinante para definir se a medida deve, ou não, ser aplicada em um determinado caso.

Ainda que se possa argumentar que a violação praticada pelo agente estatal é mais grave, porquanto denuncia uma prática abusiva por parte de um desigual,

isso, por si só, não basta para alterar o “elemento teleológico de interpretação”,³⁵⁴ de acordo com o qual a regra de exclusão “funciona como garantia dos direitos, liberdades e garantias em geral,”³⁵⁵ sendo essa desigualdade irrelevante para determinar o âmbito de aplicação da garantia.

Com base nesses argumentos, não haveria qualquer razão para distinguir entre as condutas dos agentes estatais e dos particulares para fins de aplicação da *regra de exclusão*.

No entanto, há que considerar-se, ainda, a perspectiva empregada pela *U.S. Supreme Court* para negar aplicação ao instituto em razão das condutas praticadas por particulares e em detrimento de bens jurídicos protegidos pela *Bill Of Rights*.

Conforme visto anteriormente, mediante a análise dos casos *McDowell* e *Jacobsen*, a razão pela qual a *exclusionary rule* não é aplicada com relação aos particulares está ligada à compreensão de que somente o Estado e seus agentes são destinatários dos direitos fundamentais contido da *Bill Of Rights*.³⁵⁶

Em razão disso, particulares não podem ser considerados “aptos” a causar uma violação de direito fundamental, mesmo que ela corresponda a um bem jurídico que também tenha proteção conferida pela legislação infraconstitucional.³⁵⁷

Nesses termos, não parece equivocado dizer que a *exclusionary rule* do direito americano protege bens jurídicos fundamentais específicos e somente contra quem detém “aptidão” para violar os respectivos direitos que os asseguram, os agentes estatais.

Por mais que pareça incongruente com a finalidade insculpida pela regra, que é a proteção de um *bem jurídico*, a adoção desse parâmetro se mostra coerente com a ideia de que somente condutas antijurídicas dão lugar à exclusão da prova, conforme propõe, inclusive, o *suporte fático* enunciado pelas prescrições do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

³⁵⁴ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 238.

³⁵⁵ ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 238.

³⁵⁶ Aquilo que afirmado pela Suprema Corte no caso *Arizona versus Evans*, no sentido de que a regra só deve ser aplicada com relação àqueles que apresentam uma tendência a violar os direitos assegurados pela *Quarta Emenda* também diz respeito aos problemas dos destinatários, mas por ser igualmente pertinente ao problema da aplicabilidade da garantia no âmbito do processo penal e do processo civil, será abordada somente no referido tópico, adiante.

³⁵⁷ Afirma-se, com isso, que a proteção contra invasão de domicílio sem um mandado por um agente estatal, violando a privacidade de um indivíduo, trata-se de uma violação de direito fundamental, mas que a violação de domicílio por parte de um particular, em que pese tenha proteção da legislação penal, não é considerada uma violação de direito fundamental.

Ou seja, em um contexto em que a violação de direitos fundamentais é requisito para exclusão da prova, a incapacidade de um agente violá-los implica a impossibilidade de reconhecer-se a própria antijuridicidade da conduta.

Essa conclusão não responde de forma geral e definitiva o problema ora em comento, porém indica um critério para determinar sua solução caso a caso: o de que a *regra constitucional de exclusão de provas* deve ser aplicada considerando se uma determinada norma foi violada por quem é, efetivamente, seu destinatário.

Adotando-se esse critério, parece seguro afirmar que a capacidade protetiva do instituto encontra-se condicionada, de um lado, (1) tanto à eficiência do legislador infraconstitucional a conferir proteção aos *bens jurídicos* (fundamentais ou não), quanto às possíveis limitações impostas pelo legislador em razão de condutas praticadas por agentes estatais ou de particulares; e de outro lado, (2) do aspecto das violações diretas à constituição, à possibilidade de os particulares serem considerados destinatários dos direitos fundamentais.

Simplificando, afirma-se que, de acordo com o suporte fático da *regra constitucional de exclusão de provas*, acaso os direitos fundamentais ou as normas infraconstitucionais tenham destinatário certo, somente a conduta por ele praticada e que corresponda na *obtenção, formação, ou utilização* de uma prova pode ser qualificada como antijurídica, mas não a praticada por quem não é seu destinatário, mesmo que em detrimento do bem jurídico protegido pela norma.

Neste ponto, todavia, mostra-se necessário fazer uma distinção, partindo-se do *pedigree* dos *bens jurídicos* colocados sob proteção da garantia.

Com relação aos *bens jurídicos não fundamentais*, tudo depende de determinar-se se o legislador conferiu-lhes proteção normativa e se o agente que promoveu a conduta pode ser considerado destinatário da norma. Ou, dito de outra maneira, deve-se verificar se a própria norma legal – acaso existente – dirige-se a um destinatário específico, excluindo de sua obediência o particular ou o agente estatal.

Contudo, quanto aos *bens jurídicos fundamentais*, assim considerados aqueles que são conteúdo dos direitos e garantias fundamentais, deve-se perquirir a resposta de uma nova pergunta, mais específica: deveria a capacidade protetiva da regra constitucional de exclusão de provas ficar sujeita à eficiência do legislador ordinário em conferir proteção aos direitos fundamentais?

A pergunta é necessária, porquanto, diante de uma lacuna de proteção (falha do legislador) e em função de uma conduta lesiva a direito fundamental ser praticada por um particular, é necessário saber se a prova deve ser excluída.

E para saber se a consequência jurídica prevista no Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, deve incidir nesses casos, pode-se procurar uma resposta por dois caminhos distintos.

Por um desses caminhos, mostra-se relevante determinar se os particulares estão “aptos” a causar ofensas diretas à constituição, independentemente de proteção normativa, infraconstitucional, conferida pelo legislador. Ou seja, deve-se determinar se, também os particulares figuram como destinatários dos direitos fundamentais.

Pelo outro caminho, entretanto, em razão da já afirmada viabilidade de a compreensão do instituto partir da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais* e ligar-se ao chamado *dever de proteção do Estado*, é necessário perguntar se essa “aptidão” figura, ou não, relevante para que a medida seja aplicada toda vez que o bem jurídico afetado corresponder a um direito fundamental, mesmo que diante disso o *suporte fático* da norma não seja preenchido no caso concreto.

Cada uma dessas perspectivas merece abordagem detalhada e que será empreendida adiante.

4.2.1.1 A perspectiva vinculada à determinação dos destinatários dos direitos fundamentais

A primeira perspectiva a ser analisada é aquela vinculada à determinação dos destinatários dos direitos fundamentais, comum ao direito norte-americano.

Conforme aduz Daniel Sarmento, a doutrina do *state action* conduz a uma expressão de *eficácia dos direitos fundamentais* ligada a uma teoria liberal clássica, o que culmina na interpretação de que ao Estado, e somente a ele, é exigível a abstenção de ofensa dos direitos fundamentais, então enxergados como *direitos de defesa*.³⁵⁸

³⁵⁸ Conforme aduz Daniel Sarmento, “a teoria liberal clássica limitava o alcance dos direitos fundamentais à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um dos seus polos. Tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas.” Refere, ainda, que “é praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela

Assim sendo e considerando que “no direito constitucional norte-americano a teoria dos deveres de proteção foi rejeitada pela Suprema Corte”,³⁵⁹ mostra-se natural que apenas as condutas empenhadas pelos *state actors* sejam suposto fático suficiente para aplicação da *exclusionary rule*, pois não faria qualquer sentido desencorajarem-se condutas as quais se compreende não repercutir em violação aos direitos fundamentais, que figura como fundamento para a aplicação do instituto.

Trazendo o problema para o estágio atual dos desenvolvimentos do constitucionalismo brasileiro e se a resposta da questão depender da definição dos *destinatários* dos direitos fundamentais, talvez uma resposta diferente possa ser oferecida desde a chamada *eficácia horizontal imediata* dos direitos fundamentais.

Conforme salienta Daniel Sarmento, a projeção da eficácia dos direitos fundamentais quanto a seus destinatários pode ser encarada de três perspectivas, a negativa de eficácia nas relações entre particulares, como propõe a *state action*, ou o reconhecimento de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais através de duas concepções distintas, de *eficácia horizontal mediata* e de *eficácia horizontal imediata*.³⁶⁰

A primeira dessas perspectivas remonta à noção fortemente combatida por Nicolò Trocker de que os direitos fundamentais seriam nada mais do que *diritti pubblici subjetivi*, *diritti de difesa* que oponíveis tão somente ao Estado.³⁶¹

Tratando especificamente do problema da configuração da ilicitude da prova em razão de atos praticados por particulares, refere o mestre italiano que “se a constituição individualizou os valores básicos do ordenamento na pessoa humana,

jurisprudência, a ideia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Constituição daquele país, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão.” (SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 147; p. 149.)

³⁵⁹ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 301. Daniel Sarmento aponta o caso *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services* como um precedente paradigmático para a compreensão da visão que a Suprema Corte detém acerca do âmbito protetivo devido pelo Estado em razão da *due process clause*, sendo o autor a Suprema Corte “entendeu que o Estado não tem o dever constitucional de proteger seus cidadãos de violências praticadas por outros cidadãos, a não ser no caso de pessoas que estejam custodiadas em instituições administradas pelo próprio poder público”.

³⁶⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 147 e ss.

³⁶¹ Cfr. TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 590.

não se vê porque o escopo das normas constitucionais deva ser somente aquele de tutelar a liberdade individual frente à atividade dos poderes públicos.”³⁶²

Essa linha de raciocínio foi a trilha seguida pelo constitucionalismo brasileiro, sendo fato que a doutrina tende “a reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento de sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado”.³⁶³

Entretanto, ainda que se compreenda que os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais, ou pelo menos a alguns deles, há que considerar-se outro problema, que, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet, corresponde à *forma de vinculação*, que basicamente pode ser compreendida como decorrente de uma *eficácia mediata* ou de uma *eficácia imediata*.³⁶⁴

No que atine à primeira *forma de vinculação*, a *eficácia horizontal mediata*, “a força jurídica dos preceitos fundamentais estender-se-ia aos particulares apenas de forma mediata, através da atuação do legislador”³⁶⁵, ou seja, os particulares estariam vinculados aos direitos fundamentais somente na medida em que o legislador atua para conferir-lhes proteção normativa, restando ao poder judiciário a missão de aferir a constitucionalidade das normas editadas pelo legislador ordinário e de interpretar as cláusulas indeterminadas conforme a constituição.³⁶⁶

³⁶² TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 590.

³⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 387.

³⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 383 e ss. É importante referir que as discussões acerca dos problemas relacionados a essas duas concepções praticamente circunscrevem-se ao debate acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de direito privado, mas para o que interessa a este estudo, acerca das *provas ilícitas*, trata-se de saber se um particular pode ser considerado *sujeito passivo* na relação em que outro particular figura como titular de um direito fundamental por ele afetado, de modo a configurar, assim, a antijuridicidade da conduta empreendida pelo primeiro.

³⁶⁵ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 156.

³⁶⁶ Refere Daniel Sarmento que, conforme a ideia de eficácia horizontal mediata, “ao Judiciário caberia o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos – tarefa confiada com exclusividade às Cortes Constitucionais nos países onde o controle de constitucionalidade é concentrado. Apenas em hipóteses excepcionalíssimas, os defensores da teoria da eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais admitem a sua aplicação direta pelo Judiciário em litígios privados. (SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARMENTO,

No que concerne à segunda *forma de vinculação*, a *eficácia horizontal imediata*, “amplamente dominante no cenário brasileiro”,³⁶⁷ tratar-se-ia de reconhecer que, “em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica [...] e da força normativa da constituição”, não seria possível criar guetos à margem da ordem constitucional,³⁶⁸ de forma que a vinculação dos particulares seria direta.

Ingo Wolfgang Sarlet refere que, em meio aos diversos posicionamentos existentes entre essas duas correntes, existe uma área de consenso no que se refere à *eficácia direta dos direitos fundamentais* quanto aos particulares (inclusive na esfera privada) “nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera de intimidade pessoal”.³⁶⁹

Assim, *grosso modo*, sem a ambição de aprofundar-se no tema, basta dizer que a questão poderia ser respondida através da afirmação de que, ao menos em alguns casos, os particulares detêm “aptidão” para causar ofensas a direitos fundamentais independentemente de existir, ou não, proteção normativa infraconstitucional em relação ao bem jurídico lesado.

Com isso se quer dizer que, caso não houvesse prescrição legal criminalizando ou, de qualquer outra forma, protegendo o direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas, a realização de uma interceptação por um particular de qualquer forma representaria uma ofensa ao direito fundamental, de modo que a aplicação da regra de exclusão poderia ser realizada, porquanto sua conduta pode ser considerada contrária à constituição, ou, em outras palavras, preencheria o *suporte fático da regra*, porque antijurídica.

A resposta é animadora, pois traduz a aptidão da *regra constitucional de exclusão de provas* em promover uma proteção tão ampla quanto o possível aos direitos fundamentais, visto que desencoraja tanto os agentes estatais quanto os

Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 157).

³⁶⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 162.

³⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 387-388.

³⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 390.

particulares da adoção de condutas que venham a lesar bens jurídicos de exasperada importância.

Entretanto, parece-nos que recorrer a uma construção teórica como a tal, sequer seria necessário, desde que o ponto de partida para aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas* seja o *dever de proteção do Estado*, conforme será adiante analisado.

4.2.1.2 A posição adotada: o dever de proteção do Estado em face das condutas empreendidas por particulares

A perspectiva que exige a qualificação do agente que obtém a prova como destinatário do direito fundamental parece vinculada àquela concepção estritamente teórica de inconstitucionalidade da conduta, propagada pelos defensores da unidade do ordenamento jurídico sob o prisma constitucional, sendo mais adequado remeter-se a análise para a perspectiva do *dever de proteção*.

Em que pese a antijuridicidade da atividade probatória consistir no caractere essencial do *suporte fático* do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, a finalidade protetiva do instituto não seria adequadamente cumprida com relação aos direitos fundamentais se, para sua proteção, fosse necessário determinar se o particular está “apto” a violá-lo desde o ponto de vista teórico, para o que parece ser indispensável determinar se ele figura como destinatário da norma de direito fundamental violada, nos termos do exposto *supra*.

Se a finalidade precípua do instituto é proteger bens jurídicos fundamentais, caracterizando-se como uma garantia dos direitos fundamentais e de outras garantias, é a perspectiva dos *deveres de proteção* que melhor serve à compreensão de sua aplicação e extensão de seus efeitos, porquanto tem como premissa que “o particular também pode violar prescrições de direito fundamental” e que “o Estado é obrigado [...] a ‘observar’ e ‘proteger’ a dignidade da pessoa humana” - esta assimilada como uma matriz que se desdobra em relação aos demais direitos fundamentais.³⁷⁰

³⁷⁰ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organização e introdução: Leonardo Martins; Tradução Beatriz Henning; Prefácio: Jan Woischnik. Montevideo: Konrad Adenauer, 2005. p. 83.

A concepção do dever de proteção parte da premissa de que os direitos fundamentais não são colocados em perigo tão somente pelo Estado, mas também pela conduta dos particulares e de que o Estado, encarando esse direitos como “princípios objetivos”,³⁷¹ deve fazer o possível para realizá-los. Ou seja, trata-se da necessária promoção de um estado ideal de coisas que tem por referência os valores constitucionais (objetivamente considerados), para o que é exigível uma postura ativa tanto para proteger os indivíduos de ofensas e ameaças perpetradas pelo Estado, quanto aquelas realizadas por particulares e, até mesmo, por outros Estados.³⁷²

Assim, conforme aduz Daniel Sarmiento, diferentemente do que nos Estados Unidos da América, a compreensão predominante no direito brasileiro é a de que o Estado tem o dever de proteger o cidadão contra intromissões indevidas não só por parte de seus agentes, mas também frente a condutas adotadas por outros particulares.

Uma vez que o fundamento da *regra de exclusão* encontra seu fundamento no *dever de proteção* do Estado, não é necessário sequer recorrer-se à ideia de *eficácia horizontal imediata* dos direitos fundamentais para explicar a antijuridicidade da conduta e preencher o *suporte fático* de aplicação da *regra de exclusão* no que tange às condutas adotadas por particulares.

O que interessa à aplicação do instituto é propriamente a constatação da vulnerabilidade dos direitos fundamentais, objetivamente considerados, diante da atividade desenvolvida para obtenção, formação ou utilização de provas, de forma que a aplicação da *regra de exclusão* deve alcançar tanto a conduta dos agentes estatais quanto dos particulares para proteção dos valores básicos do convívio social, sem depender, portanto, da atividade desenvolvida pelo legislador, para tanto.

³⁷¹ De acordo com Konrad Hesse, o ponto de partida para a compreensão do dever de proteção “é a compreensão dos direitos fundamentais como princípios objetivos [...] que obrigam o Estado a fazer o possível para realizar os direitos fundamentais. Em conformidade com isso, pode resultar diretamente de direitos fundamentais um dever estatal de preservar um bem jurídico, protegido por eles, de violações e ameaças antijurídicas por outros, sobretudo por privados, mas também por outros Estados, portanto, por pessoas ou poderes que, mesmos, não são destinatários dos direitos fundamentais da Lei Fundamental.” Cfr. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 350.

³⁷² Cfr. SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Cord.). **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 301.

Balizando-se por esses termos, a *regra constitucional de exclusão de provas* do direito brasileiro fica abastecida de uma lógica diferente daquela do direito norte-americano, a de que sua aplicação não se dá somente em áreas de endêmico desrespeito aos direitos fundamentais, como ocorre através da atuação policial,³⁷³ mas por todos seus potenciais ofensores, dentre eles o Estado (em geral), os órgãos do poder judiciário e a generalidade dos indivíduos, bem como exclui a necessidade de discutir se os particulares podem, ou não, ser considerados vinculados diretamente aos direitos fundamentais, sendo o bastante considerar que eles podem, de alguma maneira, vulnerá-los através de sua conduta.

Nesses termos, em linha conclusiva é possível traçarem-se algumas considerações complementares no que concerne às violações do disposto na legislação infraconstitucional.

As prescrições elaboradas pelo legislador ordinário podem tanto sintetizar proteção normativa aos direitos fundamentais, como podem revelar opções pela proteção de outros valores juridicamente relevantes, ainda que não dotados da mesma importância que os primeiros.

Para o primeiro caso, será irrelevante a existência de disposição que expressamente coloca somente o Estado como destinatário do preceito legal, já que a violação pelo particular do *bem jurídico fundamental* sinaliza, na verdade, uma lacuna protetiva em relação a ele, devendo a regra de exclusão atuar para conferir essa proteção.

No segundo caso, quando a prescrição não traduzir expressão de proteção de um direito fundamental e houver disposição específica quanto ao destinatário da norma, ela deve ser levada em conta para fins de aplicação da regra de exclusão, porquanto os deveres de proteção decorrem estritamente da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais* e porque, nessas condições, não estaria caracterizada a antijuridicidade da conduta, que é elemento do suporte fático de aplicação da *regra de exclusão*.

³⁷³ Nos termos do caso *Arizona v. Evans*.

4.2.1.3 (Segue) A jurisprudência dos tribunais brasileiros

Breves linhas devem ser traçadas quanto à atuação dos tribunais brasileiros no sentido de reconhecer como aplicável a regra constitucional de exclusão de provas com relação às condutas antijurídicas levadas a efeito não só pelos agentes estatais empenhados na investigação e repressão da criminalidade, mas também da generalidade dos agentes estatais e, ainda, dos particulares.

Um bom exemplo do quanto afirmado é que o próprio *Supremo Tribunal Federal* já reconheceu a aplicabilidade do disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, contra atos levados a efeito por órgãos da administração pública.

Como exemplo, pode-se citar decisão recente, do ano de 2008, pela Segunda Turma do STF, nos autos do Habeas Corpus n. 93.050, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ocasião em que foram excluídas de processo de natureza criminal provas obtidas por agentes da administração tributária com inobservância das condições para realização de buscas e apreensões em escritório de contabilidade, para todos os efeitos considerado espaço privado sujeito à proteção do Artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade de domicílio.³⁷⁴

³⁷⁴ EMENTA: 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 CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS. [...] 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

Questão semelhante foi debatida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 331.303-7 PR, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, ocasião em que expressamente adotada a tese de que também as provas obtidas através de condutas dos agentes fiscais do Estado, adotadas em detrimento da inviolabilidade de domicílio e sem prévia autorização judicial, estariam sujeitas à incidência do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.³⁷⁵

Com relação às provas obtidas através de condutas antijurídicas empreendidas por particulares, é seguro o entendimento de que também devem ser excluídas do processo.

Como exemplo, é possível fazer-se alusão à recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida pela Quinta Turma em dezembro do ano de 2012 nos autos do *Habeas Corpus* n. 161.053/SP, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, e que se referia a caso de interceptação telefônica realizada por particular.³⁷⁶

direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 93050. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 10 jun. 2008. **DJe** 142. Divulg. 31 jul. 2008. Public. 01 ago. 2008 Ement vol-02326-04. p. 00700).

³⁷⁵ EMENTA: Prova: alegação de ilicitude da prova obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritório de empresa - compreendido no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio - e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de demonstração concreta de que os fiscais não estavam autorizados a entrar ou permanecer no escritório da empresa, o que não se extrai do acórdão recorrido. 1. Conforme o art. 5º, XI, da Constituição - afora as exceções nele taxativamente previstas ("em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro") só a "determinação judicial" autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém - autoridade ou não - no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador. 2. Em consequência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa da auto-executoriedade, condicionado, pois, o ingresso dos agentes fiscais em dependência domiciliar do contribuinte, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia. 3. Mas, é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada invito domini a ofende. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 331303 AgR, Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 10 fev. 2004. **DJ** 12 mar. 2004 p. 00042 Ement Vol-02143-05. p. 00905)

³⁷⁶ [...] TRÁFICO DE INFLUÊNCIA (ARTIGO 332 DO CÓDIGO PENAL). GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA ENTRE O PACIENTE, ADVOGADO, E SUA CLIENTE EFETUADA POR TERCEIRO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. SIGILO VIOLADO. ILICITUDE DA PROVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. 1. A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. 2. A escuta é a captação de conversa telefônica feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores, ao passo que a gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro. 3. Na hipótese, embora as gravações tenham sido implementadas pelo esposo da cliente do paciente com a intenção de provar a sua inocência, é certo que não obteve a indispensável prévia autorização judicial, razão pela qual se tem como configurada a interceptação de comunicação telefônica ilegal. 4. O fato da esposa do autor das

Em caso não tão antigo, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 251.445, de relatoria do Ministro Celso de Mello - ao qual já foi feita referência anteriormente -, o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a ilicitude de provas subtraídas por particulares do interior do cofre de uma clínica odontológica e que depois foram usadas para incriminar o profissional dentista que ocupava o estabelecimento para realização de suas atividades profissionais pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor.³⁷⁷

Além disso, cabe salientar que os próprios precedentes do Supremo Tribunal Federal anteriores à vigência da Constituição de 1988 e que se posicionaram pela inadmissibilidade das provas obtidas com violação, ou cuja utilização implicaria violação da garantia de sigilo das comunicações telefônicas tratavam de provas obtidas por particulares, e não por órgãos estatais.³⁷⁸

Como se pode notar, a aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas* tem se dado de forma irrestrita pelos tribunais brasileiros em relação às

interceptações - que era uma interlocutora dos diálogos gravados de forma clandestina - ter consentido posteriormente com a divulgação dos seus conteúdos não tem o condão de legitimar o ato, pois no momento da gravação não tinha ciência do artifício que foi implementado pelo seu marido, não se podendo afirmar, portanto, que, caso soubesse, manteria tais conversas com o seu advogado pelo telefone interceptado. 5. Aplicação da norma contida no artigo 157, caput, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.11.690/08. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar a nulidade das escutas telefônicas realizadas em detrimento do paciente, determinando-se o seu desentranhamento dos autos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Quinta Turma. HC 161.053/SP. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em: 27 nov. 2012. **DJe** 03 dez. 2012).

³⁷⁷ EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). [...] A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 251445. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 21 jun. 2000. **DJ** 03 ago. 2000. p. 00068).

³⁷⁸ Com relação ao RHC 63834, a circunstância pode ser lida do conciso voto do Ministro Francisco Rezek; No que se refere ao Rext. n. 100.094-5-PR, o voto do Relator, Ministro Rafael Mayer, deixa claro que a prova foi obtida por particular; o mesmo pode ser dito do Recurso Extraordinário 85.439-RJ, em que o voto do Ministro Xavier de Albuquerque transparece ter sido um particular que obteve as provas através de meios ilícitos.

provas ilícitas, pouco importando se as condutas antijurídicas foram realizadas por particulares ou por agentes estatais.

4.2.2 O efeito profilático e as provas ilícitas obtidas por terceiros em favor da parte interessada

Um esclarecimento importante diz respeito ao fato de que a *regra constitucional de exclusão de provas* não se aplica única e exclusivamente aos casos em que a parte interessada na prova é quem a *obtem* ou a *forma* através de condutas antijurídicas, mas quando, de qualquer maneira, a prova for obtida ou formada por meios ilícitos.³⁷⁹

Nos casos suprarreferidos, por exemplo, os menores de idade que arrombaram o cofre da clínica odontológica não eram partes no processo criminal posteriormente deflagrado contra o profissional dentista, e também a interceptação telefônica realizada pelo marido que esperava, através da referida conduta, provar a inocência da mulher, não é uma prova que ilicitamente obtida pela própria parte.

Em um e outro caso, tem-se uma conduta antijurídica praticada por um terceiro em favor de quem precisa comprovar suas alegações em um processo, o que igualmente não pode ser admitido, sob pena de criar-se uma lacuna na proteção conferida pelo mecanismo de proteção da *regra constitucional de exclusão de provas*.

Se admissíveis as provas nesses casos, estariam abertas as portas do martírio e expostos os bens jurídicos por ela protegidos, porque o Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, deixaria de prevenir a prática de condutas antijurídicas em todo caso que elas não fossem praticadas pela parte, mas sim por um terceiro que se revela disposto a arcar com as consequências de seus atos somente para ver satisfeito o direito da parte interessada em comprovar suas alegações.

Não é, portanto, somente a parte interessada na comprovação de sua alegação a destinatária do *deterrent effect*, mas todo e qualquer indivíduo, agente estatal ou particular, empenhado na obtenção de meios de comprovação.

³⁷⁹ A ausência de menção a utilização da prova – igualmente hipótese típica de ilicitude – é proposital, vez que é o próprio sujeito processual que requer sua admissão quem a utiliza e, justamente essa conduta, que caracteriza afronta ao direito material.

Assimilar entendimento diverso seria o mesmo que dar guarida a uma *silver platter doctrine* no direito brasileiro, o que não parece de forma alguma aceitável, como também não foi considerado aceitável no direito norte-americano desde o precedente *Elkins*.

Ademais, aplicar a regra de exclusão somente quando a parte interessada a obtiver seria o mesmo que considerá-la um instrumento que visa a punir a conduta empreendida pela parte e não como uma técnica para protegerem-se direitos, sendo, portanto, uma relativização como a tal, totalmente estranha ao elemento teleológico de interpretação ao qual fizemos referência, supra.

4.3 A APLICABILIDADE DA GARANTIA NO PROCESSO PENAL E NO PROCESSO CIVIL

Outro parâmetro estranho ao suporte fático da *regra constitucional de exclusão de provas* e que poderia conduzir à relativização de sua aplicação pode ser encontrado na tendência da Suprema Corte – diante de um contexto determinado pelo próprio âmbito de proteção da *exclusionary rule* – em procurar por argumentos, casuisticamente, para não aplicar a *exclusionary rule* no âmbito do *processo civil*, restringindo sua aplicação ao âmbito do processo penal.

Essa tendência de restringir-se a aplicação do instituto ao âmbito do processo penal, entretanto, não é exclusiva do direito norte-americano, podendo, em linha de princípio, ser identificada através da leitura do disposto no Artigo 32 (8) da *Constituição da República Portuguesa*,³⁸⁰ que assim como a regra do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, caracteriza-se como uma regra de inadmissibilidade de provas expressamente inserida no rol de garantias fundamentais.

As diferenças essenciais entre uma e outra regra, todavia, são que, no direito português, a disposição constitucional vai colocada junto das “*garantias de processo criminal*”, tendo sido, *prima facie*, concebida para ser aplicada tão somente ao *processo penal* e em razão de violações de direitos fundamentais taxativamente especificados.

³⁸⁰ Constituição da República Portuguesa, Artigo 32.º: “Garantias de processo criminal [...] 8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.”

Ou seja, a princípio, o texto legal da Constituição Portuguesa revela convergência com a tendência do direito americano de restringir-se a aplicação do instituto ao âmbito do processo penal, ao passo que o Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, não faz qualquer tipo de restrição ao tipo de processo em que pode ser aplicado.

Os fundamentos para a adoção de um entendimento restritivo como esse, entretanto, não estão imunes a críticas.

Na esteira do quanto visto diante da análise dos caracteres essenciais de aplicação da *exclusionary rule* pela *U.S. Supreme Court*, sua delimitação ao âmbito dos processos criminais não se sustenta por um único fundamento, mas por argumentos diversos, fornecidos caso a caso e que se escoram em análises de custo benefício que adotam diferentes critérios como premissa.

Contudo, mesmo no que tange aos argumentos proferidos pela *U.S. Supreme Court*, especificamente nos casos *Janis* e *INS versus Lopez-Mendoza*, pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que são estranhos à finalidade da regra de exclusão, também não se revelam em razões suficientes para relativizar a capacidade protetiva conferida pela regra.

No caso *Janis*, por exemplo, considerou-se que a exclusão da prova no procedimento civil subsequente à investigação criminal repercutiria em uma medida extra e desnecessária, porquanto a conduta praticada já teria sido suficientemente repreendida por conta da exclusão da prova no processo criminal, não sendo necessário realizar uma nova repreensão no processo civil.

Ou seja, ignorou-se o fato de que, para manter a eficiência do *deterrent effect*, é necessário deixar-se claro que nenhum proveito poderá dela ser tirado, ao mesmo tempo que a análise de custo benefício pautou-se sobre uma análise que trata a medida de exclusão como uma reles punição, quando seu real fundamento é a proteção por ela proporcionada.

Da mesma forma, em *INS v. Lopez-Mendoza*, a *U.S. Supreme Court* pautou-se por uma série de critérios que minaram a eficácia da regra no que tange aos procedimentos de deportação, visando essencialmente a não comprometer a eficiência do trabalho de seus fiscais de fronteira e ignorando o fato de que deixaram uma verdadeira janela aberta para violações à Quarta Emenda.

No mais, ainda que se considerasse que os argumentos expendidos pela Suprema Corte são suficientes para dar ensejo à superabilidade da regra no caso

concreto, de forma alguma os motivos adotados parecem dar lugar à conclusão de que a medida é aplicável no âmbito do processo penal, mas não no processo civil.

E se esse é o quadro no direito norte-americano, cabe salientar que, mesmo no direito lusitano, há quem defenda a aplicabilidade, por analogia, do Artigo 32 (8) da Constituição Portuguesa aos processos de natureza cível, como Isabel Alexandre, que acaba por fundamentar sua compreensão acerca do tema tendo por base o escopo do instituto – por ela compreendido como a ampliação da eficácia dos direitos fundamentais – concluindo que a regra de exclusão também traz benefícios e é plenamente compatível com o direito processo civil.³⁸¹

E, de fato, conforme aduz a autora, um bom argumento para que o instituto não tenha sua aplicação restrita à natureza da questão discutida em juízo é que não é possível estabelecer-se como premissa que as ofensas a bens jurídicos são necessariamente mais graves em razão de as questões debatidas dizerem respeito ao processo penal e não ao processo civil.³⁸²

Note-se que, nessa linha de argumentação (da gravidade da violação) há um ponto de entrelaçamento com as discussões acerca dos destinatários do *efeito profilático*. Isso porque é usual associar-se às ideias de que, diante de um processo de natureza penal a prova será obtida, formada ou utilizada por um agente estatal, ao mesmo tempo em que, no processo civil, espera-se que a prova seja obtida, formada ou utilizada por um particular.

Entretanto, nem uma nem outra dessas associações revestem-se de caráter necessário, sendo comum (embora não seja frequente) que o Estado tenha parte na atividade probatória desenvolvida na esfera cível e que o particular tenha participação na atividade probatória desenvolvida na esfera criminal.

Nesses termos, é relevante lembrar que a proteção proporcionada pela *regra constitucional de exclusão de provas* incide sobre os mesmos *bens jurídicos* em um ou outro ramo do direito, não sendo sua ofensa mais grave tão somente porque adotada por uma particular ou por um agente estatal.

³⁸¹ Cfr. ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 239.

³⁸² Cfr. ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 239. Aduz Isabel Alexandre que “se se entender que o art. 32º, n. 8 CRP, ao prever a nulidade de certas provas, visa conferir maior eficácia aos direitos fundamentais violados quando da sua obtenção, não existem motivos para restringir o preceito ao âmbito do processo penal, já que a lesão desses direitos não é menor pela circunstância de as provas se destinarem ao processo civil.”

Assim sendo, novamente a gravidade da violação mostra-se um critério inapto para fundamentar limitações à aplicação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

De outro lado, no entanto, poder-se-ia afirmar – adaptando-se os argumentos lançados pelo J. Frankfurter para fundamentar a decisão proferida no caso *Wolf versus Colorado*³⁸³– que somente no âmbito do *processo penal* identifica-se a frequente adoção de condutas que repercutem em graves violações de direitos, sendo isso uma evidência de que é exclusivamente com relação à atividade desenvolvida com vistas à repressão da criminalidade que a tutela normativa do direito material deixa a desejar como forma de coibir a adoção de determinadas condutas, sendo necessária uma proteção complementar, conferida pela inadmissibilidade da prova.

O argumento, aqui, investe-se de um caráter generalizante, passível de vincular a aplicação do instituto somente ao âmbito do processo penal, ou então ao âmbito das condutas praticadas pelos agentes estatais responsáveis pela investigação e repressão criminal – o que, por via oblíqua, acabaria por relativizar, novamente, a questão dos destinatários, relegando-se a segundo plano os próprios fundamentos arguidos pela U.S. Supreme Court nos casos *McDowell* e *Jacobsen*, escorados na *state action doctrine* e dando lugar àquilo que foi consagrado pelo precedente *Arizona versus Evans*.

Contudo, parece que o caráter endêmico das violações de direitos com vistas a “fazer” prova não deve ser encarado como um verdadeiro requisito para aferir a real necessidade de promover a proteção de direitos através da regra de exclusão, seja no âmbito do processo civil e do processo penal, seja diante da conduta praticada pela polícia, ou pela generalidade dos indivíduos, desempenhando, ou não, atividades de agentes do Estado.

Os casos alemão, italiano e o próprio brasileiro demonstram que essa característica de desapego aos valores humanos pelos órgãos estatais encarregados da persecução criminal – por vezes herança de regimes antidemocráticos – tem serventia para chamar a atenção da opinião pública e dos

³⁸³ Lembre-se que, por ocasião do caso *Wolf*, J. Frankfurter pugnou por deixar a critério dos Estados incorporar, ou não, a exclusionary rule, fornecendo o seguinte argumento: “Não podemos deixar de lado a experiência dos Estados que consideram que a incidência dessas condutas pela polícia muito franzina para requerer um remédio preventivo que não pela via das medidas disciplinares, mas pela derrogação das regras de prova.” *Cfr. Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), p. 31–32.

aplicadores do direito, de forma a atestar, sem sombra de dúvidas, a existência de uma zona deficiente de proteção no campo da atividade probatória, para a qual deve ser criada uma solução específica e adequada, a exclusão de provas.³⁸⁴

Mas, por mais que a violação de direitos para fins de obtenção de provas não seja tão frequente nos processos de natureza cível quanto é na atividade empreendida pelos órgãos de repressão criminal (no processo penal), isso não significa que a aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas* não seja útil e necessária à seara cível.

A frequência das violações não deve ser encarada como critério determinante para revelação do déficit de proteção aos bens jurídicos protegidos pelas normas de direito material, mas sim a vulnerabilidade dos direitos diante das atividades corriqueiramente empreendidas com o fito de obterem-se meios de comprovação.

Sobre isso, cabe referir que, mesmo no que tange às discussões de natureza cível, existe uma inclinação dos litigantes e de terceiros para o emprego de condutas antijurídicas, inclusive lesivas de direitos fundamentais, com o intuito de obter informações e meios de comprovação. É nesse sentido que se toma manifestações como a de José Carlos Barbosa Moreira, que refere que “facilmente se entende que o afã de tornar convincente para o órgão judicial esta ou aquela versão dos fatos possa induzir a parte a exceder as fronteiras do razoável, em detrimento de interesses também juridicamente relevantes.”³⁸⁵

Seguindo essa linha de raciocínio, qual se julga mais apropriada do que aquela proposta pelo J. Frankfurter quando do caso *Wolf*, pode-se afirmar que a

³⁸⁴ A afirmação de que a assimilação da regra de exclusão se deu em decorrência de fatores similares àqueles que levaram o *Bundesgerichtshof* e a *Corte Costituzionale* a aplicar a medida de exclusão justifica-se através da transcrição de um breve trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence por ocasião dos julgamentos do HC 69.912-0-RS pelo Supremo Tribunal federal. Naquela oportunidade, o ministro associa o ânimo de combater os abusos das autoridades policiais no campo probatório com as violações de direitos dos membros das camadas sociais elitizadas por parte dos organismos de vigilância dos regimes antidemocráticos: “Não é que, nestas bandas, a perseguição penal, algum dia, tivesse sido imune à utilização das provas ilícitas. Pelo contrário. A tortura, desde tempos imemoriais, continua sendo a prática rotineira da investigação policial da criminalidade das classes marginalizadas, mas a evidencia da sua realidade geralmente só choca as elites, quando, nos tempos de ditadura, de certo modo se democratiza e violenta os inimigos do regime, sem discriminação de classe. De sua vez, é notório que a escuta telefônica foi amplamente utilizada, sob o regime autoritário, pelos organismos de informação e repressão política”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 69.912-0-RS. Segundo julgamento. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 16 dez. 1993. DJ 25 mar. 1994. p. 06012. Ement Vol-01738-01. p. 00112. RTJ vol-00155-02. p. 00508).

³⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: sexta série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997. p. 108-109.

incorporação do instituto ao processo civil é não só compatível, mas sim exigível para que se promova, tanto no processo civil quanto no processo penal, uma maior proteção aos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento, principalmente dos direitos fundamentais.

Além disso, percebe-se que nem sequer uma análise de custo-benefício – conforme o método preconizado pela *U.S. Supreme Court* em muitos de seus precedentes – parece adequada para determinar zonas de incidência do instituto com base em uma distinção entre o *processo civil* e o *processo penal*.

Veja-se que, por um lado, a aplicação da *garantia* no processo civil agrega um amplo valor educativo no sentido de promover-se o respeito aos direitos fundamentais e ao ordenamento jurídico em geral, além de, é claro, ser determinante para prevenir a ocorrência de violação aos bens jurídicos a eles correspondentes – tudo conforme se espera do *efeito profilático*; ao mesmo tempo e de outro lado, a medida de exclusão da prova tem aplicação pontual, em casos específicos, não representando um custo para a garantia do direito à prova e à busca da verdade em toda a oportunidade em que provocado o poder judiciário para por fim a um litígio.

Ou seja, tem-se um benefício generalizante – a proteção -, enquanto o custo correspondente – a exclusão da prova – refere-se somente a casos em que a obtenção, formação ou utilização da prova corresponda a uma conduta antijurídica.

Além disso, pode-se afirmar com convicção que nem mesmo esse “custo” é algo certo, já que mesmo nos casos em que a regra de exclusão é aplicada, a comprovação do fato alegado pode ser realizada por outros meios de prova, em nada prejudicando a justiça da decisão do ponto de vista do *acertamento fático*.

Sendo ainda mais conciso, pode-se dizer que o “custo” de aplicação do instituto no processo civil é irrisório diante do benefício trazido pela aplicação do instituto em matéria de emprestar eficácia aos direitos fundamentais e a exigir comportamentos dotados de juridicidade dos litigantes e de todos aqueles que empenhem esforços para obtenção, formação ou utilização de meios para comprovar alegações em juízo.

Dessa perspectiva, a relação de custo-benefício, relativamente considerada, é a mesma para o processo civil e para o processo penal, ainda que nesta última área, em termos absolutos, se possa dizer que suas vantagens aparecem com maior frequência.

De tudo o que foi dito, conclui-se que, em que pese o texto do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, não traga qualquer restrição quanto à aplicação do instituto em relação ao processo penal, isso não significa que não tenha sido uma opção consciente do constituinte, que com relação a este aspecto da garantia ponderou adequadamente as razões favoráveis e contrárias à sua aplicação no âmbito do processo civil.³⁸⁶

4.4 A LEGITIMIDADE PARA EXIGIR A APLICAÇÃO DA GARANTIA E APROVEITAR SEUS EFEITOS

Já tendo sido enfrentadas as questões referentes à aplicabilidade da garantia no processo penal e no processo civil, bem como determinados os destinatários do efeito profilático e seu âmbito de proteção, passa a ser alvo de abordagem a questão referente à legitimidade para exigir-se a aplicação do instituto e aproveitarem-se seus efeitos.

Dito de outra maneira, o problema é determinar se existem razões que recomendam delimitar a aplicação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, aos casos em que é o próprio titular do direito violado que o requer e quando este irá aproveitar seus efeitos, em termos similares ao preconizado pela *standing for motion to suppress* do direito norte-americano.

Lembre-se que, conforme as formulações nascidas nos casos *Jones* e *Alderman*, a Suprema Corte entende que somente o titular do direito afetado pode requerer a aplicação do instituto e somente em relação a ele a prova deve ser excluída.

De um lado – em conformidade com o precedente *Jones* –, a legitimidade para requerer-se a aplicação decorreria de um princípio geral de que somente o ofendido poderia requerer a tutela do direito constitucional violado e, de outro – conforme *Alderman* – concebe-se que proteger os direitos da parte retrata argumento suficiente para aplicar-se a regra de exclusão, porém estender a

³⁸⁶ Essa constatação vai contra aquilo que refere Raquel Pinheiro de Andrade Mendonça, quem restringe ao âmbito do processo penal a aplicação do instituto em decorrência de uma interpretação histórica: “O dispositivo constitucional diante de uma análise histórica visa a proteger direitos decorrentes do princípio da dignidade humana, estabelecendo uma limitação à persecução penal do Estado. O limite estaria em respeitar a individualidade em detrimento do agir incontrolado do Estado na busca da verdade real, sendo esta uma atitude fruto do sistema acusatório e dos resquícios da história polícita brasileira” (MENDONÇA, Raquel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas**: limites à licitude probatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 67)

aplicação do instituto “em favor” de terceiros, não sendo o titular do direito afetado, seria uma “proteção extra”, que não proporciona benefícios suficientes para compensar-se o alto “custo” de aplicação do instituto.

Contudo, nenhum desses argumentos parece oferecer qualquer boa razão para relativizar-se a aplicação da garantia.

Saliente-se que para atingir sua finalidade – proteger bens jurídicos –, a *regra constitucional de exclusão de provas* depende da capacidade de o *efeito profilático* coibir a adoção de condutas antijurídicas. Ou seja, para que o instituto se mantenha apropriado à consecução de suas finalidades, a própria aplicação da regra não pode cair em desuso ou ser relativizada de forma a criar brechas na proteção por ela propiciada, que tem caráter essencialmente prospectivo e cujos benefícios não se dão propriamente diante de um caso concreto e em favor de uma determinada parte.

Antes de uma *posição jurídica* da parte no processo, a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos deve ser encarada como uma garantia dos próprios bens jurídicos por ela tutelados (objetivamente considerados), em razão de sua importância para o próprio convívio social.³⁸⁷

Dito isso, deve-se ter em consideração que restringir a incidência dos efeitos da aplicação do instituto ao titular do direito violado seria o mesmo que neutralizar o efeito profilático com relação às condutas (de obtenção, formação ou utilização da prova) antijurídicas praticadas em detrimento dos direitos de terceiros, mesmo que estranhos à relação processual, ou, ainda, litisconsortes.

³⁸⁷ Nesse aspecto, é inclusive apropriado fazer menção a *Sentencia 114 de 1984 do Tribunal Constitucional de España*, na qual a corte espanhola expressamente defende não existir propriamente um direito fundamental a não apreciação das provas obtidas ilicitamente, mas sim uma garantia que visa a preservação dos direitos fundamentais, objetivamente considerados, a fim de torná-los tão eficazes quanto o possível. A corte expressamente fez menção ao caso *United States versus Janis* para corroborar suas afirmações, temperando-as, entretanto, com a possibilidade de ser realizada uma ponderação caso a caso entre o interesse na obtenção da verdade e o reconhecimento da plena eficácia dos direitos fundamentais: “En suma, puede traerse a colación la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la evidence wrongfully obtained y de la exclusionary rule, en cuya virtud, en términos generales, no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Así, en *United States v. Janis* (1976), la Corte declaró que «... la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada...». Hay, pues, que ponderar en cada caso, los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita.” *Cfr.* Sala Segunda. STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984 (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984).

Por isso, relativizar a aplicação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, nos termos propostos por uma construção como a *standing for motion to suppress*, seria prejudicial à sua funcionalidade, porquanto estaria criada uma verdadeira lacuna na proteção por ele conferida.

De outro lado, quanto à *legitimidade para requerer a aplicação do instituto*, frise-se que, sendo uma garantia desligada de um sujeito específico, mas sim necessária para a preservação de valores objetivamente considerados, sua aplicabilidade não pode ficar condicionada à atenção e discricionariedade da parte ofendida para invocá-la.³⁸⁸

O benefício que se busca com o instituto está além dos interesses particulares aí envolvidos, estando além do poder de disposição da parte, porque se trata de uma garantia que tem propósitos alheios à lógica do processo.

Os efeitos prospectivo-preventivos da vedação constitucional e sua finalidade de conferir-se proteção a bens jurídicos através da dissuasão de condutas tornam exigível a aplicação da *regra de exclusão* em qualquer caso que a *obtenção, formação* ou *utilização* da prova implique antijuridicidade, pouco importando a titularidade dos direitos violados, mas sim a violação objetivamente considerada.

Mais que isso, entende-se que o próprio magistrado, ante a evidência de ilicitude na obtenção da prova, deve, *de ofício*, levantar a questão e proceder adequadamente a aferição de sua aplicabilidade, através do procedimento adequado.

É irrelevante, inclusive, que a parte ofendida manifeste-se contrariamente à aplicação da regra de exclusão. Para que a garantia alcance sua finalidade específica, a proteção de direitos, é indispensável que ela seja aplicada ante a evidência de uma *prova ilícita*.

Nesse aspecto, é importante dar atenção à já referida decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do *Habeas Corpus* n. 161.053/SP. O precedente importa não só para demonstrar que a *regra constitucional de exclusão de prova* é aplicável em caso de conduta antijurídica praticada por particular, mas

³⁸⁸ Adapte-se, nesse sentido, a lição de Calmon de Passos acerca da decretação das invalidades processuais: “*entender-se que a nulidade somente se decretaria mediante arguição da parte equivaleria a afirmar-se que os fins particulares dos atos processuais são fins postos pela lei em favor das partes e exclusivamente delas*”. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 135).

também para demonstrar que não existe a possibilidade de convalidar-se a *prova obtida por meios ilícitos*.

No caso, o marido, empenhado em tornar disponíveis meios para comprovar a inocência da esposa quanto a fato criminoso, realizou uma interceptação telefônica clandestina e gravou, sem sua anuência, um diálogo por ela mantido com um terceiro que também não tinha ciência de que sua conversa estava sendo registrada. Da interceptação realizada resultou um meio de comprovação que tinha o condão de dar suporte à alegação de inocência da esposa em processo criminal. Por ocasião da análise da questão, o relator do processo, Ministro Jorge Mussi, referiu que “O fato da esposa do autor das interceptações - que era uma interlocutora dos diálogos gravados de forma clandestina - ter consentido posteriormente com a divulgação dos seus conteúdos não tem o condão de legitimar o ato”.³⁸⁹

Diante desses argumentos, entende-se que não existem motivos para que a aplicação do instituto fique condicionada à sua arguição pelo indivíduo afetado pela conduta antijurídica e, muito menos, que somente se o ofendido for a parte contra quem se pretende utilizar a prova tenha tal legitimidade.

4.5 AS LIMITAÇÕES FUNCIONAIS DA REGRA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSÃO DE PROVA COMO RAZÕES PARA EXCEPCIONAR SUA APLICAÇÃO

Grosso modo, a ideia de *limitação funcional da regra constitucional de exclusão de provas* pode ser associada àquelas hipóteses em que provas podem ser *obtidas, formadas ou utilizadas* em violação de prescrições normativas sem que o efeito jurídico do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal – a inadmissibilidade da prova – expresse qualquer capacidade de coibir a prática da conduta antijurídica.

Lembre-se, conforme já exposto neste estudo, que o escopo protetivo da *regra constitucional de exclusão de provas* é alcançado através de um mecanismo que visa a coibir a adoção de condutas contrárias ao direito – o *efeito profilático*.

A capacidade de coibir do referido mecanismo depende do efeito jurídico de *inadmissibilidade das provas ilícitas*, que traduz a impossibilidade de o agente que

³⁸⁹ Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Quinta Turma. HC 161.053/SP. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em: 27 nov. 2012. **DJe** 03 dez. 2012.

prática determinada conduta (ou terceiro) aproveitar seu resultado como prova de um fato alegado em juízo.

Uma primeira decorrência lógica disso é que o *efeito profilático* tem o condão de coibir apenas as condutas de indivíduos (agentes do estado ou particulares) efetivamente interessados na possibilidade prática de comprovar um fato alegado em juízo – aqueles que de algum modo têm o interesse ou dever de coligir elementos de convencimento para comprovação de suas alegações, ou de terceiros.

Ou seja, parece conclusivo que a proteção proporcionada pelo *efeito profilático* tem sua projeção restrita – limitada – ao campo das condutas que objetivam *obter, formar, ou utilizar* provas em um processo.

Por outro lado, agora considerando tanto o *funcionamento* do mecanismo de proteção quanto o próprio *suporte fático* da *regra constitucional de exclusão de provas*, parece que também em relação às condutas praticadas com vistas à *obtenção, formação e utilização* de provas, a capacidade de coibir da *regra* pode ser inexistente, conquanto o indivíduo que as pratica suponha sua *juridicidade*.³⁹⁰

Ao que tudo indica, portanto, o *efeito profilático* só exerce influência sobre o agente (1) quando a conduta de que lança mão é empregada com o intuito de fazer prova; e (2) quando o agente tem consciência de que a conduta empreendida para obter, formar ou utilizar provas traduzir-se-á em uma conduta antijurídica.

Essas conclusões dão lugar a dois questionamentos básicos.

O primeiro deles é: devem ser excluídas as *provas ilícitas obtidas ou formadas* por um agente que pratica uma conduta antijurídica sem ter como propósito a própria obtenção ou utilização de uma prova?³⁹¹

O segundo questionamento é: devem ser excluídas as *provas ilícitas* obtidas, formadas ou utilizadas por um agente que tem como propósito comprovar alegações, mas que supõe a juridicidade da conduta praticada?

A resposta a tais questionamentos depende, em primeiro lugar, da confirmação de que, nas hipóteses aventadas, efetivamente há que se falar em uma verdadeira *limitação funcional* da *regra constitucional de exclusão de provas*, mas

³⁹⁰ No ponto em que foram analisados os fundamentos emprestados pela *U.S. Supreme Court* para não se aplicar a *exclusionary rule* nos casos *Leon* e *Herring*, concluiu-se que a *good faith exception* tem como premissa essencial a concepção de uma *limitação funcional* da medida exclusão de provas enquanto garantia que visa a coibir a adoção de condutas antijurídicas, ocorrida nos casos nos quais aquele que pratica a conduta acredita estar praticando-a em conformidade com o direito.

³⁹¹ Não se concebe a ideia de alguém utilizar-se de uma prova sem ter esse propósito, por isso a menção unicamente aos perfis de ilicitude ligados às condutas de formação e obtenção da prova.

também, em segundo lugar, de verificar-se se limitações funcionais consistem em razões suficientes para excepcionar-se a aplicação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, em razão de sua *estrutura normativa* (regra).

4.5.1 A conduta antijurídica adotada sem o escopo de obter ou formar provas

A primeira hipótese de *limitação funcional* diz com as condutas antijurídicas deliberadamente adotadas por um indivíduo que simplesmente não tem por objetivo *obter* ou *formar* elementos para comprovar alegações em juízo.

A pertinência de análise dessa hipótese revela-se pelo fato de que, embora uma conduta não tenha por objetivo obter ou formar provas, é possível que sua prática resulte na obtenção de conhecimentos ou a obtenção e formação de um elemento de prova que, posteriormente, podem ter utilidade para comprovarem-se alegações de um interessado; mas também porque, nesses casos, o resultado será uma prova *obtida* ou *formada* através de condutas antijurídicas, o que, em linha de princípio, seria o suficiente para preencher o *suporte fático* da *regra constitucional de exclusão de provas*.

Para exemplificar, cuide-se do inusitado caso ocorrido no município de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, em meados do mês de setembro do ano de 2008, no qual um ladrão de automóveis, aproveitando-se do fato de que um casal havia deixado seu veículo estacionado em via pública para frequentar um clube noturno, arrombou o automóvel, assumiu sua direção e empreendeu fuga com a coisa subtraída. Entretanto, após deixar o local, mas ainda na direção do veículo, o larápico deu-se conta de que os proprietários do bem subtraído haviam deixado uma criança de apenas cinco anos dentro do veículo, exposta a adversidades como aquela que acabara de ocorrer. Diante da situação, o ladrão de automóveis – talvez imbuído de um forte sentimento de justiça, ou ainda planejando livrar-se do risco de responder pelo crime de sequestro – abandonou o fruto de sua ação criminosa e, ele mesmo, comunicou as autoridades policiais, por meio de ligação telefônica, acerca da situação com a qual se deparou, tecendo severas críticas a conduta negligente dos pais com relação à segurança da criança.

O caso seria digno de nota tão só por sua irreverência, mas o que realmente interessa para este estudo é que a comunicação feita pelo criminoso (gravada) foi determinante para um conjunto de medidas que posteriormente seriam adotadas e

utilizadas como prova em processo contra os pais da criança pela prática do delito de *abandono de incapaz* – “Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono.”³⁹²

Os conhecimentos acerca da situação de abandono da criança e todas as provas daí decorrentes (derivadas) foram obtidas tão somente em razão da ação delitiva empregada em detrimento do patrimônio do casal, mas que, de forma alguma, foi empreendida com vistas à obtenção de elementos de comprovação e, muito menos, para comprovar a negligência do casal em cuidar da segurança e do bem-estar do infante.

A *conduta antijurídica* foi determinante para o conhecimento do fato e para que as autoridades policiais obtivessem provas, mas a existência de uma *regra constitucional de exclusão de provas* em nada contribuiu para coibir a conduta antijurídica que ofendeu o patrimônio do casal, sendo o efeito profilático irrelevante, uma vez que quem a praticou sequer objetivava formar ou obter uma prova.

Para os casos desse tipo, a consequência jurídica insculpida no Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal – a inadmissibilidade da prova – não detém qualquer capacidade de coibir a adoção da conduta antijurídica e, portanto, nenhuma capacidade para proteger bens jurídicos por ela atingidos, confirmando a existência de uma *limitação funcional da regra constitucional de exclusão de provas*.

4.5.2 Os erros de avaliação e a putativa juridicidade da conduta

Conforme analisado, a verificação de uma *limitação funcional da regra constitucional de exclusão de provas* com relação às condutas antijurídicas adotadas sem o escopo de obter ou formar provas pode ser confirmada sem maiores dificuldades.

Questão um tanto mais complexa diz respeito à confirmação de limitações funcionais atinente às hipóteses em que um indivíduo age com vistas a obter, formar ou utilizar uma *prova ilícita*, supondo que a conduta empreendida está dotada de juridicidade.

³⁹² Artigo 133 do Decreto-Lei. N. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.

Nesse esquema, caracteriza-se a *putativa juridicidade da conduta* em situações nas quais (1) o indivíduo tem plena ciência de que seu comportamento culminará na violação de um bem protegido pelo ordenamento jurídico, mas incorre em erro de avaliação das circunstâncias que envolvem a conduta empreendida, acreditando que está dotada de *juridicidade*, seja por incidência de um preceito *normativo* seja por incidência de um preceito *permissivo*; e em que (2) o agente incorre em erro de avaliação das circunstâncias que envolvem a conduta empreendida, concluindo que seu agir não culminará necessariamente em qualquer violação de bens jurídicos.

Ou seja, parece que nesses casos o agente está de *boa-fé*, acreditando estar juridicamente autorizado a obter, formar ou utilizar uma prova, porque presume que sua conduta repercute em um custo juridicamente aceitável (erro de avaliação quanto às circunstâncias configuradoras de um *preceito normativo ou permissivo*), ou que custo nenhum decorreria da conduta (erro de avaliação quanto às circunstâncias propriamente caracterizadoras da antijuridicidade).

Em razão disso, para esses casos, a capacidade de coibir-se a adoção de condutas antijurídicas, caractere essencial do funcionamento da *regra constitucional de exclusão de provas*, pode, em princípio, ser considerada nula, já que a regra em nada coíbe a adoção de uma conduta quando aquele que a pratica supõe sua juridicidade.

Entretanto, as discussões travadas no âmago do caso *Herring* induzem a uma conclusão interessante, a de que não se pode falar, necessariamente, em uma limitação funcional da *regra constitucional de exclusão de provas* nos casos em que o erro decorre de um comportamento negligente.³⁹³

Mais precisamente, parece apropriado dizer que o *efeito profilático* pode investir a *regra constitucional de exclusão de provas* da capacidade de coibir não só as condutas antijurídicas deliberadamente adotadas com a finalidade de obter, formar ou utilizar provas – ou aquelas que criam um risco injustificado – mas também da capacidade de coibir condutas negligentes que podem conduzir a erros de avaliação das circunstâncias.

³⁹³ A *prevailing opinion* do caso *Herring* tomou em consideração que a proteção conferida nesses casos seria insuficiente diante dos custos de aplicação da *exclusionary rule*, mas a *dissenting opinion* foi firme em sustentar os benefícios da aplicação do instituto em casos de comportamento negligente.

Se é benéfica a existência de um efeito educativo a sugerir que condutas antijurídicas não devem ser deliberadamente adotadas para obterem-se elementos de comprovação, é igualmente vantajoso conceber que o mecanismo protetivo da *regra de exclusão* sugere um dever de cuidado durante a avaliação das circunstâncias diante das quais a conduta será adotada.

Assim, a regra exigiria cautela dos indivíduos empenhados em obter, formar ou utilizar meios de comprovação, sob pena de ineficácia da prova resultado de seu esforço.

Nesses termos, não seria estranho falar-se em *erros de avaliação inevitáveis*, existentes apesar de adotados de todos os cuidados razoavelmente exigíveis para avaliarem-se as circunstâncias e sua qualificação jurídica; assim como situações em que o equívoco de avaliação poderia ter sido evitado caso o agente não tivesse sido negligente durante a apuração das circunstâncias ou com relação à sua qualificação.

Essa última situação, configuradora do *erro de avaliação evitável*, poderia ser averiguada em todo caso em que a análise das circunstâncias demonstrar que seria razoável (1) que o agente obtivesse uma conclusão diversa da juridicidade da conduta – ao qualificar as circunstâncias conhecidas, ou (2) concluir que os dados disponíveis não eram seguros ou suficientes para certificar o agente da conclusão de que a conduta é dotada de juridicidade, a exigir sua abstenção de praticá-la ou a adoção de cuidados complementares.

Nesses termos, assimilando-se a concepção de que o Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, protege também contra a *negligente* avaliação das circunstâncias (inspirada na *dissenting opinion* da J. Ginsburg no caso *Herring*) seria de concluir-se que a *limitação funcional* da *regra de exclusão* estaria caracterizada nos casos de *erro de avaliação inevitável*, mas não diante do *erro de avaliação evitável*, em relação ao qual não deve excepcionar-se a aplicação da regra.

4.5.3 (Segue) As limitações funcionais em contextos de divisão de tarefas e atribuições relacionadas à atividade probatória

As discussões surgidas no âmbito da *U. S. Supreme Court* acerca da *good faith exception* não servem tão somente para relacionarem-se as *limitações funcionais* da *regra constitucional de exclusão de provas* com o *erro de avaliação inevitável* em casos de *putativa juridicidade da conduta*.

Servem também para demonstrar que a análise de *limitação funcional* não deve restringir-se ao *erro de avaliação* do indivíduo que executa a conduta, podendo também considerar-se o comportamento de todos aqueles que, ao mesmo tempo em que praticaram atos determinantes para ocorrência do *erro de avaliação* por parte do executor, compartilhavam de atribuições relacionadas à atividade probatória desempenhada.

Essa análise mais complexa tem lugar diante de um contexto de divisão de tarefas e atribuições relacionadas à atividade probatória, como quando a polícia investiga um fato e, por determinação legal, requer a um órgão judicial a autorização para realizar uma determinada diligência, executando-a somente após a expedição de um mandado.

Há aí um indivíduo (ou grupo) que fornece informações com vistas à obtenção da autorização; indivíduos (órgão policial e/ou juiz) que avaliam se essas informações são seguras e suficientes para dar lugar à diligência; e um indivíduo que, autorizado, executa a conduta.

Nesses casos, a *regra constitucional de exclusão de provas* revela-se capaz de coibir o desleixo e a malícia de todos aqueles que exercem atribuições correlatas à atividade probatória e cujas condutas podem ser determinantes para o *erro de avaliação* do executor, impondo-lhes deveres de idoneidade³⁹⁴ e cautela.

Dito de outra maneira, deve-se considerar que, embora um determinado erro de avaliação mostre-se inevitável para o *longa manus* – acusando uma *disfunção* da garantia – o *efeito profilático* não encontra limites na sua conduta, tendo plena capacidade para coibir práticas *dolosas* ou *culposas* de todos aqueles que, dentro de uma cadeia de procedimentos, empenham esforços para viabilizar a *obtenção*, *formação* ou *utilização* de uma prova e cujas condutas podem ser determinantes para induzir o executor em erro.

Assim sendo, se em algum ponto da cadeia um indivíduo que compartilha do desígnio de “fazer” prova pratica intencionalmente, ou de forma negligente, uma conduta que é determinante para induzir em erro quanto à juridicidade da conduta aquele que *obtem*, *forma* ou *utiliza* uma prova, esta deve ser considerada inadmissível, já que não há qualquer limitação funcional da regra.

³⁹⁴ A exigência de idoneidade deve ser relacionada àquela ressalva expressa no caso *Leon*, no sentido de que a *exclusionary rule* deveria ser aplicada, de qualquer maneira, quando o agente que requer a expedição de um mandado deliberadamente apresenta determinados fatos como sendo verdadeiros, mesmo sabendo serem falsos.

4.5.4 A superabilidade da regra diante de situações de limitação funcional

A *garantia constitucional* restringe-se a impedir que comportamentos que violem prescrições jurídicas sejam adotados com propósitos específicos, seja em razão da necessidade de comprovarem-se fatos alegados em juízo, seja em razão da necessidade de adquirirem-se conhecimentos que, posteriormente, possam ser úteis à comprovação de uma alegação em eventual processo judicial.

Não há razão em pensar-se que o *efeito profilático* tenha capacidade protetiva diante de condutas que sequer são adotadas tendo por escopo a obtenção de meios de comprovação e, muito menos, quando o agente tem razoáveis motivos para crer que seu comportamento de forma alguma implicará violação de direito, ressalvando-se os casos de *erro de avaliação evitável* e de conduta inidônea ou negligente em contextos de divisão de tarefas e atribuições relacionadas à atividade probatória.

Tomando-se como premissa tais assertivas e diante do suporte fático do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição federal, mostra-se inevitável questionar se essas limitações do mecanismo preventivo da *regra de exclusão* podem ser consideradas razões suficientes para induzir a flexibilização da aplicação do instituto em casos como esses.

É premissa consolidada ao início deste trabalho que o direito brasileiro conta com uma verdadeira *regra* que impõe ao magistrado inadmitir (e a excluir) os meios de comprovação cujos atos de obtenção, formação ou utilização repercutam em avaliação negativa pelo *direito material*.

Assim sendo, em princípio, não é possível conjurarem-se exceções à regra partindo-se de uma nova ponderação das razões que foram tomadas em consideração pelo legislador constituinte ao elaborar a regra do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Tal afirmação, é bem verdade, implica reconhecer-se que as regras são dotadas de uma verdadeira “*eficácia de trincheira*”, mas que, ainda assim, podem ser *superadas*, desde que com fundamento em razões que revelem que sua aplicação mostra-se incompatível com a própria *finalidade* da regra, não tomadas em consideração pelo legislador ao momento de sua formulação.

E tomando em consideração o fato de que o mecanismo através do qual a *regra constitucional de exclusão de provas* exerce sua proteção apresenta limitações funcionais diante de certas situações que, conforme seu suporte fático, implicariam a

sua aplicação, não parece que o constituinte tenha as considerado ao elucubrar os elementos textuais do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Presume-se que as *limitações funcionais* foram simplesmente desconsideradas pelo constituinte, não tendo integrado o conjunto de razões ponderadas quando da adoção e elaboração da regra constitucional de exclusão de provas.

A conclusão é tirada de um breve exame das vantagens e desvantagens da aplicação da medida de exclusão para esses casos em que são evidentes as limitações funcionais da garantia.

A adoção de uma regra de exclusão em determinado ordenamento jurídico implica, no mínimo, ponderar-se, de um lado, o interesse em exercer a proteção de bens jurídicos através do instituto e, de outro lado, as repercussões negativas frente à busca da verdade e ao direito à prova.

Ou seja, de um lado, existem vantagens proporcionadas pela aplicação do instituto, ligadas à proteção por ele conferida; de outro, custosas desvantagens que comprometem a própria justiça da decisão que será proferida.

Nesses termos, concebe-se que a opção pela positivação de uma regra de inadmissibilidade é aceitável somente quando a proteção que é conferida pela *regra de exclusão* prevaleça sobre as razões opostas.

E essas razões opostas – desvantagens – são observáveis diante da aplicação da *regra de exclusão* nesses casos de *limitação funcional*, mas a vantagem – a própria proteção – não o é.

Diante da *finalidade* e do funcionamento do mecanismo protetivo da *regra*, não é possível identificar-se qualquer vantagem, ou melhor, qualquer razão que justifique a aplicação da regra de exclusão em casos nos quais o *efeito profilático* é simplesmente desconsiderado pelo agente que pratica a conduta, o que se dá tanto quando ele confia que sua conduta qualifica-se como juridicamente aceitável, como quando ele a pratica sem qualquer propósito de tornar disponível um elemento de comprovação, mas sim com outros objetivos.

Para os casos em que o agente busca obter provas e tem ciência da antijuridicidade da sua conduta, a aplicação da medida está afinada com a função desempenhada pelo *efeito profilático*, que investe a regra de exclusão de capacidade protetiva, porquanto “transmite a mensagem”: não é aceitável a deliberada adoção de condutas antijurídicas com o objetivo de obter, formar ou

utilizar meios de comprovação (viés educativo), sendo que sua adoção não repercutirá no aproveitamento de seu resultado probatório, o qual tornar-se-á ineficaz para comprovar alegações feitas em juízo.

O mesmo não pode ser dito para os casos em que a mensagem não alcança o destinatário, ou melhor, quando a existência de uma *regra de exclusão de prova* é fato conhecido pelo agente, mas que tido como irrelevante, porquanto o agente (1) possui motivos razoáveis para acreditar na *juridicidade* da conduta por ele empreendida; ou (2) sequer planeja obter meios de comprovação através das condutas adotadas.

A *capacidade de coibir* da regra de exclusão é simplesmente neutra em tais situações e, diante disso, (1) não é permitido dizer que a criação de uma exceção para essas hipótese implicaria em redução de sua capacidade protetiva; e (2) não há qualquer vantagem, mas somente desvantagens em aplicar-se o instituto para esses casos.

Ou melhor, para as situações apontadas, o prato da balança onde deveriam estar contidas as razões para a aplicação do instituto – vantagens – encontra-se simplesmente vazio, traduzindo-se a aplicação do instituto em verdadeira medida carente de qualquer razão de ser e diante da qual resultam somente desvantagens, tudo a desaconselhar sua adoção.

Desse modo, se é possível falar-se em *superabilidade* de uma regra diante de razões que revelam que sua aplicação representa um prejuízo maior do que um benefício (*more harm than good*), nos casos nos quais se vislumbra uma limitação funcional da *regra constitucional de exclusão de provas*, sua aplicação repercute em nenhum benefício, somente em prejuízo (*verdadeiro no good, just harm*).

Nesses termos, a necessidade de serem criadas exceções para os casos em que é nula a capacidade protetiva do instituto ante suas limitações funcionais sequer pode ser considerada fruto de uma ponderação através da qual se conclui pela prevalência de determinadas razões em face de razões opostas (ou de uma análise de *custo-benefício*, como feito pela U.S. Supreme Court nos casos *Leon* e *Herring*), mas, mais que isso, resulta da evidência de que não existem razões para aplicar-se o instituto em tais casos, somente razões opostas.

Diante disso, é de concluir-se que a aplicação da medida nesses casos de limitação funcional em nada contribui para a finalidade da *regra constitucional de exclusão de provas*, razão por que deve ser excepcionada sua aplicação.

4.6 A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Embora o texto do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, nada mencione acerca da chamada *prova ilícita por derivação*, é nítida a influência da *fruits of the poisonous tree doctrine* sobre a jurisprudência dos tribunais brasileiros, os quais – bem como a legislação processual penal – a assimilaram sob o mesmo fundamento emprestado pela Suprema Corte norte-americana.

Além disso, tanto a legislação infraconstitucional (processual penal) quanto a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal incorporaram duas das teorias que relativizam a transmissão dos efeitos contaminantes da prova originária para aquela derivada: a *independent source rule* e a *Inevitable Discovery Exception*.

Diante desse quadro, resta acentuada a preocupação acerca da compatibilidade de cada uma dessas construções teóricas da *U.S. Supreme Court* com finalidade, fundamentos e estrutura normativa ínsita à *regra constitucional de exclusão de provas*.

E mesmo que haja omissão legal no âmbito do processo civil sobre essas teorias, o caráter geral de seus fundamentos revela a possibilidade de recorrer-se à análise do tratamento conferido a essas construções em processos de natureza criminal, o que figura verdadeiramente oportuno para este estudo, uma vez que tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal debruçaram-se inúmeras vezes sobre o tema em questão nesse ramo do direito, mas nunca dedicaram atenção ao problema no âmbito do processo civil.

Inserida nessa perspectiva, a abordagem acerca da ilicitude por derivação partirá de um breve esboço acerca de sua assimilação por parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Após, serão explicadas as premissas fundamentais da *fruits of the poisonous tree doctrine* e sua compatibilidade com a finalidade insculpida no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Por fim, serão submetidas à apreciação, com o mesmo propósito, as teorias que implicam a mitigação da aplicação da medida de exclusão quanto às provas contaminadas, tanto daquelas que, conforme referido, já constituem um instrumental legalmente consolidado, quanto à *purged taint theory*, sobre a qual restam silentes a legislação e a jurisprudência brasileiras.

4.6.1 Escorço sobre a assimilação da *fruits of the poisonous tree doctrine* pelo direito brasileiro

Conforme assinalam Grinover, Gomes Filho, e Fernandes, mesmo antes da positivação no texto constitucional da *regra constitucional de exclusão de provas*, o Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado no sentido de reconhecer a contaminação das provas sucedâneas das ilícitas.³⁹⁵

Com o advento da Constituição Federal de 1988, através da qual foi positivada a *regra de exclusão de provas*, entretanto, as discussões sobre a aplicabilidade da construção norte-americana ao direito brasileiro revelou-se como não solucionada, havendo opiniões divididas acerca de sua aplicabilidade.

De fato, conforme demonstram discussões travadas em meio ao julgamento do *Habeas Corpus* 69.912-0 RS, a própria assimilação da *fruits of the poisonous tree doctrine* pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ocorreu em meio a um contexto de opiniões divididas e de uma sucessão de acontecimentos que, embora estranhos ao mérito da questão, foram vitais para a prevalência da tese que reconheceu a existência de efeitos contaminantes, consolidando a noção de ilicitude por derivação no direito brasileiro.

Por ocasião do julgamento, compunham o órgão colegiado, de um lado, Ministros que entendiam ser necessária a aplicação do instituto como forma de barrar qualquer aproveitamento dos conhecimentos que sejam obtidos através de uma conduta antijurídica; e de outro, Ministros que entendiam que o reconhecimento de efeitos contaminantes acabava por potencializar as desvantagens decorrentes dos efeitos prejudiciais da exclusão da prova à busca da verdade, na medida em que repercutem em excessiva exposição das decisões ao risco de resultarem em injustiça, o que agravar-se-ia ainda mais quando se tratasse de examinar provas em um processo que tem por objeto questões correlatas à criminalidade mais grave.³⁹⁶

³⁹⁵ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 134. Referem os autores: “O Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, havia sinalizado para a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada quando, contra o voto do relator, concluíra não apenas pelo desentranhamento das gravações clandestinas, mas também pelo trancamento do inquérito policial, por inexistirem nos autos elementos não viciados pela contaminação da prova ilícita (RTJ 122/47).”

³⁹⁶ Cfr. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Em meio ao contraste de opiniões, sobreveio uma primeira decisão do colegiado, através da qual o Supremo Tribunal Federal se manifestou expressamente no sentido de não incorporar a *fruits of the poisonous tree doctrine* à sistemática de tratamento das provas ilícitas do direito brasileiro. O resultado foi obtido através de uma apertada votação, com seis votos contrários a admitir-se a existência de efeitos contaminantes, contra cinco que defendiam sua aplicabilidade.³⁹⁷

Contudo, a decisão não se revestiu de estabilidade, porquanto foi constatado o impedimento de um dos Ministros que participaram da decisão, tendo esta sido anulada e, aproximadamente um ano mais tarde, realizado um novo julgamento.³⁹⁸

Em novo julgamento, em que estavam presentes os dez Ministros os quais não tinham qualquer impedimento, “deferiu-se a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, uma vez que o empate favorece o paciente”,³⁹⁹ razão pela qual prevaleceu, na ocasião, a tese de contaminação das provas derivadas da ilícita.

Assim, o resultado favoreceu o paciente em virtude do empate na votação, sendo evidente que o reconhecimento do impedimento de um dos Ministros foi vital para a aplicação da *fruits of the poisonous tree doctrine*, já que a maioria das cadeiras do Supremo eram ainda ocupadas pelos seis Ministros que repudiavam a tese da ilicitude por derivação.

Nesse quadro, se, para aquele caso, havia sido reconhecida a aplicabilidade da *fruits of the poisonous tree doctrine*, a tendência era a de que isso seria revertido em um julgamento próximo.

Entretanto, “com a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, adepto da incomunicabilidade da prova ilícita [...] a questão tornou-se pendente de futuro pronunciamento, já com a participação do Ministro Maurício Corrêa”, quem assumiu

³⁹⁷ Conforme salienta Alexandre de Moraes, “nesta decisão, votaram pela licitude das provas decorrentes das provas ilícitas os Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sidney Sanches, Néri da Silveira, Octávio Galloti e Moreira Alves.” (MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 292.

³⁹⁸ Uma análise mais detalhada de tais circunstâncias pode ser encontrada em PAIM, Gustavo Bohrer. A garantia da licitude das provas e o princípio da proporcionalidade no direito brasileiro. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 184.

³⁹⁹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 293.

sua cadeira e que, por ocasião da relatoria do *Habeas Corpus* n. 72.588/PB,⁴⁰⁰ mostrou-se favorável a incorporação da teoria norte-americana, invertendo a maioria e definindo a questão.⁴⁰¹

Apesar de envolvimento nessas circunstâncias peculiares, o julgamento do *Habeas Corpus* 69.912-0 RS é tido como o paradigma de assimilação da construção da Suprema Corte, contando com uma fundamentação que demonstra adequadamente a necessidade de adotar-se uma teoria como a tal. Na ocasião, o Ministro Sepúlveda Pertence sustentou que a doutrina da ilicitude por derivação, a *fruits of the poisonous tree doctrine*, seria “a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita”.⁴⁰²

Pode-se dizer que o raciocínio de base da tese prevalecente foi no sentido de que o não reconhecimento da *ilicitude por derivação* significaria uma redução de eficiência do *efeito profilático*, já que um aproveitamento da conduta antijurídica, mesmo que mínimo, resultaria em estímulo para adoção de condutas antijurídicas, esvaziando-se os efeitos desencorajadores proporcionados pela exclusão da prova originária, “abrindo-se uma larga porta para a burla da vedação constitucional”.⁴⁰³

⁴⁰⁰ Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 72588. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado em: 12 jun. 1996. DJ 04 ago. 2000. p. 00003. Ement vol-01998-02. p. 00289. RTJ vol-00174-02. p. 00491. A posição que prevaleceu no julgamento pode ser compreendida a partir do seguinte excerto da ementa: “As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente.”

⁴⁰¹ Cfr. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 293.

⁴⁰² Supremo Tribunal Federal. HC 69.912-0-RS. Conforme análise realizada por Danilo Knijnik, o contraponto oferecido pelos votos então dissidentes era de que a adoção da referida teoria não seria recomendável diante da gravidade do delito pelo qual os acusados estavam sendo processados – tráfico ilegal de substâncias entorpecentes – estando a análise a exigir temperamentos, a fim de que não haja apego excessivo a formalismos que culminariam em descarada impunidade. (KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 23, n. 66, p. 61-84, mar. 1996. p. 75.) De certa forma, portanto, pode-se dizer que os votos vencidos amparavam-se no argumento de que seria necessário flexibilizar a aplicação da *regra de exclusão* quando a necessidade de reprimir a criminalidade fosse superior ao interesse de proteger através da *regra de exclusão*. Se tudo o quanto foi dito com referência à técnica de ponderação de interesses, é o próprio voto vencido que não guarda compatibilidade com o direito brasileiro.

⁴⁰³ Supremo Tribunal Federal. HC 69.912-0-RS. O trecho transcrito é parte do voto do Ministro Ilmar Galvão, quem apoiou o voto vencedor do relator Ministro Sepúlveda Pertence no trecho em que afirma que “vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colhera, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.”

A compreensão defendida pela referida decisão, pioneira em tempos de uma nova Constituição e de uma regra constitucional de exclusão de provas, tornou-se a grande referência quanto à incorporação da *fruits of the poisonous tree doctrine*,⁴⁰⁴ mas como bem observa Danilo Knijnik, as discussões havidas por ocasião do *Habeas Corpus* 69.912-0 - RS - restringiram-se à necessidade de estabelecer a possibilidade de configurar-se a *ilicitude por derivação*, não sendo objeto de discussão a possível incorporação das teorias mitigadoras consagradas na tradição norte-americana.⁴⁰⁵

Não demorou, entretanto, para que outras construções correlatas à *fruits of the poisonous tree doctrine* passassem a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro, conforme será visto adiante, após esclarecido o fundamento da contaminação e a razão pela qual a derivação figura como um pressuposto para sua ocorrência.

4.6.2 O fundamento da contaminação e a derivação como seu pressuposto

Conforme análise realizada sobre os casos *Silverthorne* e *Nardone* e com esteio na lição de Jessica Forbes, “prova originária é uma prova obtida diretamente por uma conduta antijurídica, prova derivada é a prova que deriva, ou que ‘é viabilizada’, pela conduta antijurídica.”⁴⁰⁶

Nesses termos, de acordo com o até aqui exposto, a *prova ilícita* é aquela cuja *obtenção, formação ou utilização* corresponde diretamente a uma *conduta antijurídica*, ao passo que a *prova ilícita por derivação* deve ser considerada aquela

⁴⁰⁴ Referindo-se ao julgamento do HC 69.912-0-RS, o Ministro Ilmar Galvão, enquanto relator do HC 73.351, anotou que “O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 73351. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 9 maio 1996. DJ 19 mar. 1999. p. 00009 Ement vol-01943-01. p. 00007)

⁴⁰⁵ A conformidade de tais exceções ao modelo brasileiro será objeto de manifestação *infra*, donde demonstrar-se-á apoio à aplicabilidade da *independent source rule* e da *inevitable discovery exception*, mas também argumentar-se-á em desfavor da assimilação da *purged taint theory*.

⁴⁰⁶ FORBES, Jessica. The inevitable discovery exception, primary evidence, and the emasculating of the fourth amendment. *Fordham Law Review*, v. 55, n. 6, p. 1221–1238, 1987. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol55/iss6/14>>. p. 1222.

cuja realização dependeu de informações descobertas através de uma conduta antijurídica de *obtenção, formação* ou *utilização* de uma prova.⁴⁰⁷

Desde os precedentes *Silverthorne* e *Nardone*, a *fruits of the poisonous tree doctrine* traça parâmetros para verificação da extensão dos efeitos contaminantes de uma conduta antijurídica empreendida com vistas à obtenção de provas.

O argumento de base da *fruits of the poisonous tree doctrine* é o de que de nada adianta tentar coibir a adoção de condutas antijurídicas através da ineficácia de seus resultados diretos, sendo imprescindível determinar-se a impossibilidade de aproveitá-los de qualquer maneira. O contrário significaria, sem dúvida alguma, tornar uma atraente realidade a possibilidade de tirar-se proveito (ainda que reduzido) dessas condutas, esvaziando-se a *capacidade de coibir* de que está investida a *exclusionary rule*.

Nesses termos, reconhecer-se que provas obtidas por meios lícitos possam ser excluídas em decorrência de uma relação indireta havida com condutas antijurídicas é, antes de mais nada, uma forma de preservar a capacidade protetiva conferida pelo *efeito profilático*, o que figura plenamente compatível com os propósitos da *regra constitucional de exclusão de provas* brasileira.

Se o propósito do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, é coibir o emprego de condutas antijurídicas para fins de obtenção de provas, com a finalidade de protegerem-se direitos, os destinatários do *efeito profilático* devem estar plenamente cientes de que nenhum proveito será obtido através da adoção das referidas condutas.

E isso não é uma medida que visa enrijecer a aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas* e que visa outorgar-lhe um nível extra de proteção, mas sim uma medida em prol da manutenção de sua *capacidade de coibir*.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Nelson Nery Júnior, referindo-se somente a atividade de captação das fontes, leciona que “a *fruits of the poisonous tree doctrine* consiste em que se deve considerar ineficazes no processo, e, portanto, não utilizáveis, não apenas as provas obtidas ilicitamente, mas também aquelas provas que, se em si mesmas poderiam ser consideradas lícitas, se baseiam, derivam ou tiveram sua origem em informações ou dados conseguidos através da *prova ilícita*.” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 274.)

⁴⁰⁸ Beltrán aduz que “para desincentivar mais fortemente essas práticas, se instaura, a demais, a doutrina dos frutos das árvore venenosa, que prescreve não só sejam inadmitidas as provas diretamente obtidas em violação de direitos fundamentais, senão também todas aquelas as que se tenha chegado usando informações obtidas nessas mesmas condições” (FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 78), entanto, a ilicitude

Compreender-se o fundamento da ilicitude por derivação é essencial para evitarem-se equívocos quanto à sua aplicação.

Talvez o pior desses equívocos tenha lugar na ideia de que a simples existência de uma prova ilícita no processo dá lugar, automaticamente, à ineficácia de todo o acervo probatório, quando, na verdade, a própria possibilidade de contaminação pressupõe, sobretudo, que a prova seja *derivada* da conduta originária.⁴⁰⁹

E tal *pressuposto* só é verificável a partir da evidência de um *nexo causal* entre a existência de um e outro elemento de comprovação, de modo que uma prova deriva da outra somente quando a pretérita obtenção, formação ou utilização da prova originária (ilícita) se revela como verdadeira condição para que a obtenção daquela derivada.⁴¹⁰

Requer-se, nesses termos, um liame de dependência entre a realização de uma e de outra prova – a primeira ilícita e a segunda lícita – em razão dos subsídios informativos adquiridos através da *obtenção, formação ou utilização* da primeira, condutas sem as quais não seria possível chegar-se à prova que a sucede.⁴¹¹

por derivação não visa investir a *regra constitucional de exclusão de provas* de uma capacidade extra de coibir, mas sim zelar pela capacidade protetiva que dela é esperada.

⁴⁰⁹ Nesse sentido, aduzem Marinoni e Arenhart que “[...] uma prova ilícita não contamina, como é lógico, todo o material probatório, pois nada impede que um fato seja provado por meio de provas lícitas que nada tenham a ver com a prova ilícita. A prova obtida de modo ilícito pode propiciar uma outra prova, que então estará contaminada, mas nada impede que o fato que se desejou demonstrar seja objeto de uma prova que com ela não tenha qualquer vinculação. Tal prova é absolutamente autônoma e independente.” (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.254–255.)

⁴¹⁰ A relevância de comprovar a inexistência de um *nexo causal* é complementada pela ideia de fonte independente, mas com ela não se confunde, conforme se depreende da decisão do STJ nos autos da Reclamação n. 2.988 PE, sob relatoria da Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura: “[...] DESENTRANHAMENTO DA PROVA ILÍCITA E DAS DERIVADAS. OCORRÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE AS DEMAIS PROVAS TENHAM NEXO CAUSAL COM A ILÍCITA. EXISTÊNCIA DE FONTE INDEPENDENTE. RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. [...] 2. Na hipótese dos autos, inexistente descumprimento da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do writ 51.586/PE, pois o pronunciamento desta Corte concedeu a ordem em parte, “apenas para declarar a ilicitude da busca e apreensão realizada, bem como das provas dela derivadas”. 3. Não comprovando o reclamante o nexo de causalidade entre a prova tida como ilícita e as demais, e constando dos autos a existência de fonte independente, não tem como prosperar a presente reclamação, haja vista já ter sido determinada “a devolução do quanto apreendido naquelas medidas cautelares e a expunção do que adveio delas, inclusive laudos de exame em mídia de armazenamento computacional, laudos periciais de documentos e laudos contábeis” 4. Reclamação julgada improcedente.(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Rcl 2.988/PE. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 27 abr. 2011. **DJe** 30 maio 2011).

⁴¹¹ Daí falar Picó Y Junoy que “A doutrina dos frutos da árvore proibida vem a determinar a ineficácia jurídica daquelas provas validamente obtidas mas que se derivam de uma inicial atividade vulneradora de um direito fundamental.” (PICÓ Y JUNOY, Joan. La prueba ilícita en el proceso civil español. **Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, n. 5, nov. 2011. p. 9.) A

Sem que seja constatado o referido vínculo, a descoberta de uma informação ou a obtenção de uma prova que não tenha sido de forma alguma influenciada pelos conhecimentos decorrentes da *prova ilícita* sequer pode ser considerada *derivada*,⁴¹² excluindo-a desde já do âmbito de incidência da *fruits of the poisonous tree doctrine* e, por decorrência, a possibilidade de retirar-lhe a eficácia probatória por aplicação da regra constitucional de exclusão de provas.⁴¹³

4.6.3 A mitigação da ilicitude por derivação no direito brasileiro

Não demorou muito para que a *teoria da fonte independente* ganhasse adesão jurisprudencial⁴¹⁴ e, após, viesse a consagrar-se no âmbito da legislação infraconstitucional, ao lado da *exceção de descoberta inevitável*.

Em verdade, após algumas alterações promovidas por ocasião da Lei 11.690 de 2008, o artigo 157 do Código de Processo Penal, tratou de dar um tratamento mais apurado para o problema das provas ilícitas por derivação.

concisa, porém precisa, colocação do autor assenta a compreensão dos efeitos contaminantes em conformidade com o disposto na legislação espanhola (artigo 11 da L.O.P.J.), no sentido de que a obtenção de uma prova através de condutas que ofendem direitos fundamentais dá lugar à *inadmissibilidade* não só do elemento de comprovação diretamente colhido, mas também de todos aqueles que dela dependem e que compreende-se contaminados pela atividade antijurídica inicialmente empreendida.

⁴¹² Com tal conclusão, parece estar de acordo o *Tribunal Constitucional de España*: “si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible. (Tribunal Constitucional de España. Pleno. STC 81/1998, de 2 de abril de 1998, BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1998).

⁴¹³ O inteiro teor da decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do *Habeas Corpus* n. 59.967 - SP traz uma interessante discussão, em caso que teve ampla projeção na mídia, acerca da eliminação de prova que consistia em reprodução audiovisual de matéria veiculada em programa televisivo. A edição do material que foi transmitido em rede nacional continha gravações clandestinas da conversa de uma acusada pelo crime de homicídio e seu advogado, mas também continha trechos de uma entrevista que foi voluntariamente concedida pela paciente ao veículo jornalístico, de modo que houve dissenso entre os Ministros acerca da necessidade de eliminar todo o conteúdo da prova ou, tão somente, os trechos alusivos às conversas mantidas entre a paciente e a advogada. Cfr. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 59967/SP. Relator: Min. Nilson Naves. Julgado em: 29 jun. 2006. **DJ** 25 set. 2006. p. 316.

⁴¹⁴ Assim decidiu o STJ quando do julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 40.089, sob relatoria do Ministro Felix Fischer: “[...] Não há como acolher a pretensão do recorrente de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruits of the poisonous tree*), haja vista que o vergastado acórdão reconheceu a independência entre a prova tida como ilícita e as demais, [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no HC 40.089/MG. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em: 28 jun. 2005. **DJ** 29 ago. 2005. p. 378).

Mais especificamente no seu §1º, primeira parte, tratou de consignar expressamente que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas”, destinando a segunda parte do texto do §1º e também a redação do §2º a algumas ressalvas quanto à aplicação do instituto:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º 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.⁴¹⁵

Sobre o texto do dispositivo legal, três são as observações pertinentes.

A primeira diz respeito à ressalva constante no §1º, a qual dispõe que a inadmissibilidade não atinge as provas derivadas quando “não evidenciado um nexo de causalidade entre umas e outras”. Tais dizeres chegam a ser desnecessários, porquanto a existência de *nexo causal* entre a *prova obtida por meios ilícitos* e outro elemento constante no acervo probatório é algo que se pressupõe indispensável para qualificar-se este último como prova *derivada*.

Uma segunda observação pode ser feita com relação ao §1º, agora quanto a sua última parte. Trata-se do trecho do texto que ressalva a aplicação da ilicitude por derivação quando as provas derivadas “puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Identifica-se, nessa parte do dispositivo legal, o intento de positivar-se o critério delineador proposto pela *independent source rule*, que restringe a comunicabilidade da ilicitude entre a prova originária e a prova derivada aos casos em que a primeira trata de *conditio sine qua non* para existência da prova que a sucede.⁴¹⁶

⁴¹⁵ Artigo 157, caput e §§1º e 2º do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941, todos com redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008.

⁴¹⁶ Sobre isso, cabe salientar que em diversos precedentes o STF já lançou mão da *teoria da fonte independente* como parâmetro de averiguação da comunicação da ilicitude, como, por exemplo, o julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 90.376, de Relatoria do Ministro Celso de Mello: “Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, 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.

Uma terceira observação, de imprescindível enfrentamento, é conferida por Grinover; Gomes Filho; e Fernandes, autores que entendem que “ao empregar o verbo na 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 sua contaminação pela ilegalidade inicial.”⁴¹⁷ Tal observação, sobre a redação da parte final do §1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, revela uma certa ambiguidade do texto legal, a traduzir-se em duas possibilidades: a tão só adoção da *teoria da fonte independente*, ou sua adoção acompanhada também de uma construção similar à *Inevitable Discovery Exception*.

A ambiguidade, entretanto, parece ter sido eliminada pela própria atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

No caso do Supremo, veja-se, por exemplo, que em julgamento recente - Habeas Corpus 91.867/PA, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes – foi expressamente referido, ainda que em *obiter dictum*, que a *inevitable discovery exception*, criada no caso *Nix v. Williams*, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 11.690/2008, notadamente em função da nova redação por ela conferida ao artigo 157, caput e §§, do Código de Processo Penal.⁴¹⁸

- 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.” [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RHC 90376, Relato: Min. Celso de Mello. Julgado em: 03 abr. 2007. **DJe**-018. Divulg 17 maio 2007. Public 18 maio 2007. DJ 18 maio 2007. p. 00113. Ement vol-02276-02. p.00321. RTJ vol-00202-02 p. 00764. RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007. p. 145-147.); Também o STJ acolhe a *teoria da fonte independente*: “[...] São admitidas as provas colhidas quando da prisão em flagrante do paciente, na hipótese de ilicitude da busca e apreensão autorizada judicialmente, desde que tal medida não tenha sido determinante para a sua obtenção (teorias da fonte independente e da descoberta inevitável). [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Quinta Turma. HC 106.571/PR, Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em: 16 set. 2010. **DJe** 16 dez. 2010).

⁴¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 134.

⁴¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 91867. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 24 abr. 2012. Acórdão Eletrônico. **DJe**-185. Divulg 19 set. 2012. Public 20 set. 2012. Cabível aqui a transcrição de um trecho da ementa do julgado, a fim de corroborar nossas colocações: “À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º.”

Também o STJ, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 52.995/AL, reconheceu a aplicabilidade da *teoria da descoberta inevitável*.⁴¹⁹

De tais constatações, inevitavelmente surgem questionamentos variados acerca da compatibilidade das referidas teorias com o ordenamento jurídico brasileiro, para o que se mostra necessário atravessar uma análise entre a finalidade da *regra constitucional de exclusão de provas* e os argumentos que subjazem a *independent source rule*, a *inevitable discovery exception* e, também, da *purged taint exception* (embora quanto a esta não existam indicativos de que tenha sido, de qualquer forma, internalizada).

4.6.3.1 A compatibilidade da teoria da fonte independente

De acordo com a *independent source rule*, embora determinados conhecimentos possam ter sido adquiridos através de uma conduta antijurídica e, ao mesmo tempo, sido pertinentes para a realização de uma prova, caso haja outros *conhecimentos* ou elementos de prova que, por si só, tenham a aptidão de conduzir à obtenção dessa prova derivada, esta deve ser preservada nos autos.

Dito de outra maneira, compreende-se, a partir da *teoria da fonte independente*, que, caso uma *prova derivada* seja fruto tanto de uma *árvore venenosa* quanto de uma origem idônea, independentemente da conduta antijurídica, tal seria o bastante para que os efeitos contaminantes não se transmitam desde a prova originária ilícita, em que pese haja efetivamente um *nexo causal* entre esta e aquela, derivada.

Assim, com relação à *fonte independente*, deve-se questionar se é compatível com o propósito protetivo da regra de exclusão ignorar-se que uma prova foi obtida (também) com base em conhecimentos oriundos de uma *prova ilícita* apenas pelo fato de que existente uma outra fonte capaz de viabilizar (fática e juridicamente) e induzir a obtenção da *prova derivada*.

⁴¹⁹ “[...] o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie. 7. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 52.995/AL. Relator: Min. Og Fernandes. Julgado em: 16 set. 2010. DJe 04 out. 2010).

Ou melhor, partindo-se do pressuposto de que a *proteção através da regra de exclusão* prevalece frente à busca da verdade e ao direito à prova, deve-se perguntar, agora com base nos fundamentos da própria *fruits of the poisonous tree doctrine*, se de alguma forma a consideração da existência de uma *fonte independente* implica redução da capacidade própria do *efeito profilático* de coibirem-se comportamentos.

Em resposta, pode-se dizer que a adoção da referida teoria em nada compromete a capacidade de a *regra constitucional de exclusão de provas* coibir a adoção de condutas antijurídicas com vistas à obtenção, formação ou utilização de provas.

Caso exista uma fonte independente, o aproveitamento dos resultados da *prova derivada* não implica “encorajarem-se” condutas antijurídicas, mas sim o reconhecimento de que a conduta antijurídica é, na verdade, irrelevante para a realização da prova derivada.

É por isso que, caso uma prova possa ser considerada como derivada tanto de uma prova lícita, como de uma ilícita, isso não é causa suficiente para que a ela se comunique os efeitos da ilicitude.

Ou melhor, se a existência da prova derivada se sustenta por outras razões, ela não deve ser excluída.

Com isso, é possível estabelecer-se uma formulação básica, no sentido de que a *comunicação da ilicitude* está restrita aos casos em que a *conduta antijurídica* é *conditio sine qua non* para obtenção das provas que dela derivam.

Não havendo nexos causal de estrita dependência, igualmente não haverá qualquer motivo idôneo a conduzir a contaminação da prova derivada.

Saliente-se que não é o fato alegado, que se pretende ver provado, que é afetado pela medida de exclusão, como se a partir do reconhecimento da ilicitude na obtenção da prova ele não mais pudesse ser comprovado de outra maneira, desde que independente.⁴²⁰

Admitir-se que uma *fonte independente*, lícita, não possa excepcionar a aplicação da *regra de exclusão* seria o mesmo que extrapolar-se os preceitos

⁴²⁰ Lembre-se das noções básicas da relação entre a exclusão da *prova* e a não afetação de seu *objeto*, fornecidas pelo Mr. Justice Holmes por ocasião de sua *prevailing opinion* do caso *Silverthorne*. No mesmo sentido a concisa e elucidativa a lição de Marinoni e Arenhart: “Deixe-se claro, antes de mais nada, que a ilicitude da prova não contamina o *fato* a ser esclarecido, podendo se ligar, no máximo, a *outras provas*.” (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 254).

básicos do instituto, culminando na “sacralização” dos fatos objeto da *prova ilícita* e na restrição da eficácia de um meio de prova independente que é fonte idônea para obtenção da prova derivada.

Há, de fato, uma mitigação do arquétipo fundamental da *fruits of the poisonous tree*, pelo qual seria possível associar derivação com contaminação, exigindo-se agora que haja esse nexo de estrita causalidade, mas que é plenamente compatível com a finalidade da regra, não reduzindo sua capacidade de coibir.

Pelo contrário, a *teoria da fonte independente* é compatível com a *estrutura da norma* e representa um aprimoramento necessário à verificação da ilicitude por derivação, pois não há benefício algum ao propósito protetivo da regra em excluir-se uma prova lícita que, independentemente da existência da ilícita, seria obtida de qualquer maneira.

4.6.3.2 Compatibilizando a exceção de descoberta inevitável

Mesmo não havendo uma *fonte independente*, o direito norte-americano possibilita lançar mão da *inevitable discovery exception (hypothetical independent source rule)*.

Conforme o caso *Nix v. Willians*, tal se dá mediante a averiguação da existência de dados objetivamente valoráveis que indiquem que, provavelmente, a prova poderia ser descoberta a partir de uma *fonte independente* em relação àquela obtida através da conduta ilícita que efetivamente foi empreendida para a obtenção da prova originária.

A assimilação da *inevitable discovery exception* necessariamente implica admitir que mesmo não oriundo de uma *fonte independente*, é possível romper-se o nexo de estrita dependência entre a prova originária e a derivada com base em um juízo hipotético, de que a referida *fonte independente* poderia, provavelmente, existir.

A dúvida então é a seguinte: a aceitação de um juízo meramente hipotético como forma de suprir a inexistência (de fato) de uma fonte independente é prejudicial ao *efeito profilático*, de forma a reduzir a capacidade protetiva da regra de exclusão?

A resposta, a princípio, não parece muito animadora.

A questão é que admitir-se a quebra do nexo de estrita causalidade com base em juízos meramente hipotéticos pode dar margem a manobras astuciosas daqueles empenhados em obter, formar ou utilizar meios de comprovação, abrindo-se verdadeiras lacunas na proteção conferida pela *regra de exclusão*.

Não é por outro motivo que surgem manifestações da doutrina no sentido de que a exceção “abre as portas para que [...] toda e qualquer prova derivada de outra ilícita venha a ser convalidada [...] o que esvazia, por completo, o sentido da garantia.”⁴²¹

A redação do §2º do artigo 157 do Código de Processo Penal não traz critérios complementares ou outros elementos que indiquem um tratamento cauteloso com relação a isso, cuidando apenas de conceituar como “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”, uma definição que nada mais faz do que indicar a necessidade de recorrer-se a *regras de experiência* específicas da investigação criminal para análise da situação colocada no caso concreto e determinação da possível ocorrência da hipótese.⁴²²

Há, sim, nesses casos, um possível esvaziamento da garantia, na medida em que afeta a sua capacidade de coibir a adoção de condutas antijurídicas, o que já é o suficiente para tornar a *exceção de descoberta inevitável* incompatível com a *regra constitucional de exclusão de provas*.

Parece claro que a exceção foi criada pela Suprema Corte diante da inconformidade gerada pela fatalidade constatada no caso *Nix v. Williams*, no sentido de que o cadáver seria encontrado de qualquer maneira não fosse o agir displicente e impaciente dos policiais que faziam a escolta de Williams, em virtude do qual o

⁴²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 135-136.

⁴²² E o método de avaliação aparentemente ganhou adesão do Supremo Tribunal Federal durante o julgamento do Habeas Corpus 91.867/PA, cuja fundamentação ilustra ser o recurso à experiência, por si só, um critério adequado para caracterizar a fonte independente hipotética e, por decorrência, afastar a aplicação da regra de exclusão à prova derivada da ilícita. “o só fato de serem apreendidos os aparelhos celulares, indubitavelmente, levaria — como de fato aconteceu — à quebra do sigilo dos dados telefônico do corrêu com a consequente identificação dos usuários das linhas móveis e fixas que com ele mantiveram contato, mormente na data do cometimento do crime — trâmite esse, friso, típico e de praxe em casos análogas aos dos autos.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 91867. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 24 abr. 2012. Acórdão Eletrônico. **DJe**-185. Divulg 19 set. 2012. Public 20 set. 2012).

corpo e as demais provas dele dependentes figuravam como estritamente dependentes do interrogatório ilegal.

Os próprios fundamentos emprestados pela Suprema Corte no Caso *Willians* não são adequados para conjurar uma exceção, vez que não consideram prejuízos ao *deterrent effect*, mas tomam como parâmetro a ideia de que, no final, a disponibilidade de provas não se alteraria com ou sem a prática da conduta antijurídica ali evidenciada.

Ou seja, a própria U.S. Supreme Court, no Caso *Willians*, deixou de pensar a aplicação da regra a partir do fundamento consagrado no caso *Calandra*.

Apesar disso, não se descarta a possibilidade de promover-se uma adaptação da exceção, de forma a evitar-se que sejam criadas lacunas (brechas) protetivas no mecanismo de proteção preventiva através do qual funciona a garantia constitucional, ou seja, pautando-se pela necessidade de não conferir-se margem à possibilidade de reduzir-se a capacidade de coibirem-se comportamentos antijurídicos.

Para tanto, é necessário pensar em critérios complementares e até no aperfeiçoamento daqueles existentes no direito norte-americano.

Três são os requisitos a serem observados para impedir-se que a *capacidade de coibir* da regra de exclusão seja reduzida: (1) a total incapacidade daquele que praticou a conduta antijurídica prever a possibilidade de ser obtida a fonte independente; (2) que aquele que faria a descoberta inevitável seja um agente diferente do que praticou a conduta antijurídica e que não compartilhe com este o desígnio de *obter, formar* ou *utilizar* uma prova através de uma conduta antijurídica; e (3) que o *standard* probatório através do qual se reconhece a probabilidade de que se concretize a hipótese seja o da *prova além da dúvida razoável*.

O primeiro requisito é exigível, porquanto, nos casos em que o agente capaz de obter a prova através de uma conduta antijurídica puder prever que uma fonte independente poderia ser obtida através de uma conduta lícita, ele pode ver-se tentado a adotar uma prática antijurídica que lhe pareça conveniente.

Imagine-se que, por ocasião dos fatos relacionados ao caso *Nix versus Willians*, a exceção já tivesse sido criada pela Suprema Corte e que os policiais condutores do prisioneiro tivessem certeza (*provas além da dúvida razoável*) de que o grupo de buscas encontraria o corpo da vítima, sendo o único inconveniente o fator tempo. Diante dessas circunstâncias, os policiais poderiam entender que já

existiam elementos de comprovação suficientes para incriminar o réu,⁴²³ e também que as provas que derivariam das declarações ilicitamente obtidas teriam valor demonstrativo mais do que suficiente para comprovar a ocorrência do fato.⁴²⁴ A partir de tal análise, estando certos de que o cometimento de uma conduta antijurídica para obter a confissão do acusado resultaria tão só na supressão da prova originária, as declarações do próprio acusado, aos policiais seria facultado escolher entre duas opções: (1) aguardar que o corpo fosse encontrado e que o interrogatório fosse adequadamente realizado; ou (2) aceitar as desvantagens inerentes à exclusão do depoimento do acusado, mas calculando que isso seria irrelevante conquanto possível utilizarem-se as provas derivadas daquela que obteriam, ilícita, mas que suficientes para comprovar-se a materialidade e autoria do delito.

Tal situação não se mostra aceitável, porque a simples possibilidade de ser feita tal escolha revela, por si só, uma forma de ludibriar o mecanismo protetivo através da *exceção de descoberta inevitável*, incentivando, ou, ao menos, não desestimulando a adoção de condutas antijurídicas nesses casos em que é previsível que uma fonte independente poderia ser obtida de outra maneira.

Possibilitar que se calcule o risco em não contar com a prova originária, mas poder aproveitar prova derivada, é incompatível com o propósito da regra de exclusão.

Uma deficiência desse tipo na capacidade de coibir não é bem-vinda, devendo essa possibilidade de escolha ser inviabilizada.

O requisito parece estar preenchido no caso *Nix v. Willians*. Perceba-se que, evidentemente, os policiais que interrogaram o prisioneiro sem a presença de seu advogado não tinham condições de saber com precisão as possibilidades de êxito das diligências investigativas realizadas pelos grupos de busca, tendo adotado a decisão de interrogá-lo sem seu advogado como forma de garantir que o cadáver seria encontrado.

Os agentes tinham consciência acerca da existência de uma opção à conduta por eles empreendida, ou, ao menos, sabiam que havia uma opção a ser esgotada antes de recorrer a uma conduta antijurídica. Entretanto, era imprevisível que as

⁴²³ Testemunhas que viram Willians abduzindo a vítima, por exemplo.

⁴²⁴ As declarações referiam-se ao local do corpo. Sua localização provavelmente possibilitaria que fosse realizada prova técnica apta a comprometer Willians.

buscas tivessem um resultado positivo, o que só se tornou determinável após ter sido descoberta a localização do corpo e conferido as informações necessárias para determinar o quão provavelmente ele seria encontrado pelo grupo de buscas.

Ou seja, enquanto a possibilidade de êxito do grupo de buscas era imprevisível, os agentes que tinham condições de realizar o interrogatório não teriam qualquer margem de manobra em relação a possíveis brechas oriundas da *exceção de descoberta inevitável*, estando íntegro, em relação a eles, o desencorajamento ocasionado pela regra.

Quanto ao segundo requisito, revela-se incongruente permitir que a exceção seja empregada quando quem inevitavelmente faria a descoberta - o “agente da hipótese” – é a mesma pessoa que (de fato) empreendeu a conduta, ou que determinou sua realização, tendo a opção de empreender outros meios de buscar elementos de comprovação. Além de incongruente, aplicar a exceção quando o agente poderia ter efetivamente adotado uma conduta dotada de juridicidade é o mesmo que conferir-lhe a opção de ser desleal, em nada coibindo a conduta que viola direitos.

Outrossim, além de ser um sujeito diferente, é necessário que ele não esteja efetivamente disposto a praticar os atos de aquisição da prova apenas para possibilitar a aplicação da exceção para a conduta antijurídica.

Novamente, é possível dizer-se que o caso *Nix v. Williams* cumpria com esse requisito.

Os grupos de busca realizavam de forma independente a procura do cadáver, sem partilhar da escolha feita pelos interrogadores e sequer cogitavam que a conduta seria empreendida ou que as declarações do investigado seriam obtidas.

Nesses termos, a realização das buscas não foi uma conduta realizada para possibilitar uma eventual convalidação das provas derivadas daquela ilicitamente empreendida. Aqueles que – possível, provável, ou certamente – tinham condições de encontrar o corpo da vítima, não participaram da decisão de empreender a conduta antijurídica e nem a empreenderam única e exclusivamente sob a determinação de quem teria interesse em possibilitar a convalidação daquela conduta.

Tudo isso parece ter um peso significativo para que não sejam criadas brechas na proteção conferida pela *regra constitucional de exclusão de provas*.

Se os grupos de busca estivessem cientes e apoiassem a adoção da conduta antijurídica, ou se a ordem tivesse partido de um superior hierárquico comum para dois agentes diferentes, ordenando a um deles que organize um grupo de busca enquanto os outros tentariam extrair ilicitamente as declarações, a aplicação da exceção seria contraproducente, porquanto repercutiria em um *déficit* protetivo da regra de exclusão para as situações em que um destinatário do *efeito profilático* possui condições práticas de, ao mesmo tempo, escolher entre meios lícitos e ilícitos disponíveis para obtenção de uma mesma prova, sendo-lhe facultado adotar a conduta ilícita caso lhe pareça mais conveniente, sabendo, desde já, que terá os efeitos desejados ao menos em relação aos conhecimentos e provas deriváveis da hipótese independente.

Se o “agente hipotético” participa da decisão de adotar da conduta ilícita para fins de obtenção da prova e empreende a conduta alternativa, lícita, apenas para possibilitar que, eventualmente, as provas derivadas daquela originária sejam admissíveis, ele não faz outra coisa que não utilizar a *exceção de descoberta inevitável* como forma de acobertar a conduta antijurídica efetivamente praticada.

Ou seja, seriam assim condutas autônomas, mas direcionadas a uma finalidade comum de aproveitamento dos resultados da conduta ilícita, o que não pode ser permitido.

Dito isso, e simplificando, trata-se de superarem-se as brechas na proteção através de duas perspectivas diferentes: (1) com relação à conduta antijurídica praticada, deve-se exigir que aquele que a pratica ou que determina sua prática não tenha condições de certificar-se da possibilidade de obtê-la por meios lícitos, ou seja, que os resultados de uma possível alternativa sejam imprevisíveis; e (2) com relação à conduta que conduziria à fonte hipotética, deve-se exigir que fosse executada, ou que pudesse ser determinada por quem não participou da decisão de empreender a conduta ilícita.

No entanto, além desses dois requisitos – referentes às circunstâncias de fato –, entende-se que nenhum outro *standard* de convencimento parece ser satisfatório para a verificação da provável descoberta da *fonte hipotética* além daquele de *prova além da dúvida razoável*.

Conforme analisado *supra*, no caso *Nix v. Willians*, a Suprema Corte norte-americana adotou meramente o *standard* de *preponderância de provas*, havendo

uma objeção por parte do Justice Brennan no sentido de que o standard a ser aplicado seria o da *prova clara e convincente*.

Tratando-se de um juízo hipotético, nem um nem outro desses *standards* seria o suficiente para eliminar o status de *conditio sine qua non* entre a prova originária (ilícita) e a derivada (lícita – alvo da contaminação).

O convencimento do magistrado acerca da hipótese deve atingir um grau máximo para que se tenha quase como “certo” que o fato hipotético estava em vias de concretizar-se na realidade empírica e que inevitavelmente ocorreria, não fosse a prática da conduta ilícita, que a ela se antecipou, a fim de impedir que raciocínios excessivamente vagos possam dar lugar à inaplicabilidade da garantia e, assim, encorajar a adoção de condutas antijurídicas na atividade probatória.

Constata-se, disso, que uma vez observados esses requisitos, a *capacidade de coibir* da *regra constitucional de exclusão de provas* não seria afetada porque excepcionada sua aplicação, diante de um caso concreto.

4.6.3.3 A incompatibilidade da *purged taint exception*

Superadas as análises atinentes à hipotética ou efetiva existência de uma fonte independente de prova, a análise volta-se para a possibilidade de aplicação da *purged taint theory*.

A referida teoria é usualmente aplicada em casos em que, após terem-se obtido provas ou informações de forma ilegal, sem administração dos *Miranda Warnings* (Eltad); ou sem um mandado de busca (*Wong Sun* e Cecccolini), por exemplo, são fornecidas declarações (1) em uma situação de legalidade e (2) que prestadas em condições nas quais o livre arbítrio do declarante não esteja “afetado” pela ilegalidade.

De acordo com Danilo Knijnik, três seriam os parâmetros para averiguação da purgação da mácula: “a existência de um largo espaço de tempo entre a ilegalidade e a obtenção da prova; a intervenção de fatores independentes e adicionais; e o grau de ilegalidade na conduta do agente policial.”⁴²⁵

Todos seriam fatores a apaziguar as circunstâncias intimidatórias e/ou condicionantes do conteúdo das declarações prestadas, de forma que a

⁴²⁵ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 23, n. 66, p. 61-84, mar. 1996. p. 81

espontaneidade da conduta revelaria necessariamente a ausência de uma conexão entre aquela prova e a conduta lesiva de direitos fundamentais.

E de fato, Wong Sun já estava livre quando retornou à delegacia, voluntariamente; Elstad já havia sido advertido de seus direitos quando prestou novamente suas declarações, renovando seu teor; e a testemunha do *caso Ceccolini* só foi oficialmente interrogada meses depois de o policial Biro ter descoberto evidências incriminadoras no estabelecimento onde ela trabalhava.

Entretanto, os critérios sustentados pela *purged taint theory* são altamente questionáveis.

Há um relevante desvio de foco na avaliação da ilicitude da prova que simplesmente ignora a questão da derivação, ou melhor, torna irrelevante o fato de que o acusado, ou a testemunha, acaba por prestar declarações tão somente em virtude da obtenção ilícita de determinados conhecimentos por parte da polícia.

Em outras palavras, os fundamentos da exceção desconsideram que o declarante não estaria naquela condição se não fosse a conduta antijurídica, de forma que a prova ilícita por derivação se torna simplesmente aproveitável.

E o fato de poder aproveitar-se dos frutos de uma conduta antijurídica para fins de prova simplesmente acarreta em *deficit* da *capacidade de coibir*, uma vez que ações estrategicamente planejadas poderiam englobar, por exemplo, a deliberada realização de uma conduta ilícita para adquirirem-se conhecimentos os quais poderiam então ser utilizados em um momento mais oportuno, após implementadas as condições de dissipação da mácula.

Em breve conclusão, pode-se dizer que a exceção em comento não merece ser acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, que, diante da rigidez de sua regra constitucional de exclusão, não poderia abrir mão de seu escopo protetivo nos termos propostos pela *purged taint theory*.

4.7 CONCLUSÕES

Superada a análise dos problemas surgidos da abordagem aos caracteres gerais de aplicação da *exclusionary rule* do direito norte-americano, constata-se a possibilidade de incorporar novos elementos à sistemática de aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas*, principalmente com relação aos casos de

limitação funcional da regra e naquilo que concerne aos critérios configuradores da *exceção de descoberta inevitável*.

Na maioria dos casos, no entanto, os argumentos que buscam restringir aprioristicamente a aplicação da garantia não investem as *razões para não aplicá-la* de força o suficiente para que prevaleçam sobre as *razões para utilizá-la*.

Nesse sentido, tanto a estrutura normativa da regra constitucional de exclusão de provas quanto o caráter prospectivo da proteção por ela conferida demonstram ser pouco conveniente pré-conceber que a exclusão da *prova ilícita* só deve ocorrer em casos nos quais a obtenção, formação ou utilização da prova repercuta em violação, direta ou indireta, de direitos fundamentais.

Por sua vez, a finalidade da garantia – e no caso dos direitos fundamentais, também o *dever de proteção do Estado* – revela a insubsistência das teses que visam a limitar a aplicação da regra: ao âmbito do processo penal; ou aos casos em que a prova ilícita se origina de uma conduta deflagrada por agentes estatais.

A necessidade de preservar-se a *capacidade de coibir* a adoção de condutas antijurídicas – e, portanto, de proteger bens jurídicos –, por sua vez, é o argumento principal contra as teses que visam a estabelecer requisitos de legitimação para requerer a exclusão da prova e aproveitar seus efeitos; ou limitar a exclusão aos casos em que é a própria parte interessada na prova que pratica a *conduta antijurídica*.

Por outro lado, os casos de *limitação funcional da regra* – em que o responsável pela obtenção, formação ou utilização de uma *prova ilícita* ou possui motivos razoáveis para acreditar na *juridicidade* da conduta por ele empreendida; ou sequer planeja obter meios de comprovação através das condutas adotadas – revelam aptidão para configurar hipóteses de superabilidade da regra.

A já assimilada *fruits of the poisonous tree doctrine*, a seu turno, é plenamente adequada à estrutura normativa, ao fundamento e à finalidade da *regra constitucional de exclusão de provas*.

Incorporar a ilicitude por derivação é indispensável para preservar a *capacidade de coibir* da garantia, a qual, por sua vez, pode ser considerada compatível com a *independent source rule*, pode ser compatibilizada com a *inevitable discovery exception*, mas que é incompatível com a *purged taint exception*.

5 CONCLUSÃO

O contexto de regulação jurídica a que está submetida a *prova*, no direito brasileiro, dá lugar a dois perfis básicos de antijuridicidade: a *prova nula* e a *prova inadmissível*.

A nulidade de uma prova pode ser *decretada* após constatar-se alguma desconformidade da *prova* com as limitações de *tempo* e *forma* impostas pela regulação jurídica que incide sobre o *procedimento probatório*.

A *inadmissibilidade da prova*, por seu turno, é um efeito jurídico cominado pelo legislador por razões vinculadas a finalidades processuais (geralmente epistêmicas) ou extraprocessuais (de natureza não processual), em vista das quais se determina excluir (ou inadmitir) uma *prova relevante*.

A *inadmissibilidade das provas ilícitas* é definida em razão de uma finalidade alheia aos propósitos e à lógica do processo. Por isso, ao ser aplicada: (1) necessariamente atinge o *direito à prova* – o direito fundamental a utilizar-se de todas as provas relevantes disponíveis para comprovar suas alegações – da parte que requereu sua admissão; (2) geralmente causa um prejuízo à *busca da verdade* dos fatos alegados; e (3) possivelmente repercute em óbice para o magistrado atingir, através da valoração da prova, uma averiguação fidedigna dos fatos relevantes para a causa.

Esse impacto negativo da aplicação do instituto sobre o *direito fundamental à prova* e à *busca da verdade* (e, por decorrência, sobre a possibilidade de obter-se a verdade) define as principais razões para que a *prova ilícita*, enquanto *prova relevante*, não seja excluída.

A concepção de *prova ilícita* enquanto conceito teórico originou-se de discussões doutrinárias acerca da necessidade de excluírem-se as provas cujas condutas empreendidas para obtenção, formação ou utilização processual violavam prescrições de *direito material* e *direitos fundamentais*.

Prova ilícita é um termo jurídico que qualifica um *meio de prova* em casos nos quais as condutas de *obtenção*, *formação* ou *utilização processual* de uma *prova* não estão em conformidade com o *direito material*.

Prova ilícita, portanto, é todo *meio de prova* cuja *obtenção*, *formação*, ou *utilização processual* é *materialmente antijurídica*.

Atualmente, no direito brasileiro, ao conceito teórico de *prova ilícita* corresponde uma prescrição de *inadmissibilidade*, encartada no rol de direitos e garantias fundamentais do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a qual pode ser chamada de *regra constitucional de exclusão de provas*.

Anteriormente à promulgação da atual Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal já havia determinado a exclusão de *provas ilícitas* no âmbito do direito processual civil. Nessas ocasiões, porém, utilizou como fundamento legal a vedação às *provas moralmente ilegítimas*, que pode ser interpretada do Artigo 332 do Código de Processo Civil de 1973.

E, apesar de a leitura dos elementos textuais do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, induzir a conclusão de que apenas a *hipótese típica de ilicitude* referente à *obtenção* da prova está fadada à *inadmissibilidade*, pode-se concluir, por *interpretação extensiva*, que também as hipóteses de *ilícita formação* e *utilização* estão vedadas pela garantia.

O fundamento e a finalidade das prescrições do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, podem ser buscados em cinco diferentes teses: (1) a *unidade do ordenamento jurídico*; a (2) *unidade do ordenamento jurídico sob prisma constitucional*; a (3) *deterrent effect theory*; a (4) *judicial integrity theory*; e, por fim, aquela que define (5) a garantia como uma *regra de exclusão* de função epistêmica.

As duas primeiras teses, cuja origem pode ser reconduzida a discussões travadas no direito alemão, trazem fundamentos eminentemente teóricos que induzem à compreensão de que as *provas ilícitas* deveriam ser inadmitidas pelo mero fato de a elas estarem vinculadas a condutas contrárias ao permitido pelo direito material (para a tese da *unidade do ordenamento jurídico*); ou, nos mesmos moldes, condutas que estão em desacordo com preceitos consagrados na constituição (conforme a *unidade do ordenamento jurídico sob prisma constitucional*).

Essas duas teses, no entanto, não fornecem quaisquer argumentos aptos a demonstrar que a *inadmissibilidade* dessas provas poderia conduzir a um benefício maior do que os reflexos negativos da exclusão de uma prova relevante – definidos pela potencial injustiça da decisão e pela necessária inobservância do *direito fundamental à prova* das partes.

A *deterrent effect theory* e a *judicial integrity theory*, por sua vez, são teses nascidas em meio ao desenvolvimento da *exclusionary rule* criada por precedentes da *U.S. Supreme Court*.

A *judicial integrity theory* enfatiza que a aplicação da *exclusionary rule* é necessária para não comprometer a legitimidade do *poder judiciário*, concebendo que a exclusão de *provas ilícitas* repercute na afirmação de que os tribunais encaram com seriedade o respeito que o Estado deve aos direitos (fundamentais) dos cidadãos; mas que sua admissão significaria o oposto.

A *deterrent effect theory*, por sua vez, defende que a estipulação de uma *regra de exclusão de provas* para os casos em que elas tenham sido obtidas com violação de determinados direitos fundamentais encartados na *Bill of Rights*, teria o condão de coibir a adoção desses comportamentos.

Com base na *deterrent effect theory*, pode-se determinar o fundamento e a finalidade da *regra constitucional de exclusão de provas*. Seus subsídios teóricos servem à concepção de que a exclusão de *provas ilícitas* é uma medida *adequada* e *necessária* ao propósito de conferir uma proteção complementar aos *bens jurídicos* normativamente tutelados, ao menos no que tange às atividades de *obtenção, formação e utilização* de meios para comprovar alegações em juízo.

A capacidade de a *regra constitucional de exclusão de provas* conferir essa proteção complementar se explica pela ação de um *efeito profilático*, que – de forma similar ao *deterrent effect* da *exclusionary rule* – caracteriza-se por sua aptidão para educar e coibir a adoção de *condutas antijurídicas* que tenham por propósito possibilitar a comprovação de um fato.

A garantia investe-se dessa aptidão para coibir em razão do efeito jurídico da exclusão da prova ilícita – a *ineficácia probatória* –, que serve para desestimular a adoção de condutas antijurídicas.

E a promoção desta proteção de caráter (1) complementar e (2) prospectivo-preventivo é uma boa razão para aplicar a *regra constitucional de exclusão de provas*.

Por outro lado, o resguardo da legitimidade do poder judiciário – nos termos da *judicial integrity* – não representa um fundamento que prevalece sobre as *razões para não excluir uma prova relevante*.

Embora não seja aceitável que os órgãos do poder judiciário tenham parte em condutas antijurídicas, o mero fato de entrar em contato com uma *prova ilícita* não

faz deles cúmplices das condutas empreendidas. Além disso, não é plausível interpretar a admissibilidade de uma *prova ilícita* como uma forma de ser conivente com a conduta antijurídica praticada, visto que é a própria atuação do poder judiciário que oportuniza ganharem *eficácia real* as consequências previstas no *direito material* para tais condutas.

Quanto à quinta tese, que encara a garantia como uma *regra de exclusão de função epistêmica*, também não se baseia em argumentos que superam as razões para não excluir-se, do processo, uma *prova relevante*.

A afirmação de que as proposições inferíveis da *prova ilícita* sejam distorcidas em algum grau por decorrência do método empregado na sua obtenção ou formação trata-se de um dado contingente – não necessário. É equivocado considerar que a possibilidade de obter-se a verdade é resguardada através da exclusão da prova ilícita. A possibilidade de obter-se uma fidedigna reconstrução dos fatos é, na verdade, comprometida através da exclusão da prova.

Em suma, o Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, deve ser compreendido como uma *regra de exclusão* que detém aptidão para coibir a antijurídica *obtenção, formação ou utilização* de provas; em razão de um mecanismo de desestímulo – o *efeito profilático*; que, por sua vez, é determinado pela própria cominação de *ineficácia* das *provas ilícitas*; tudo com vistas a fortalecer a proteção normativa conferida aos bens jurídicos materiais pelo ordenamento jurídico (constitucional e infraconstitucional).

Trata-se, portanto, de uma norma que tem por escopo regular condutas praticadas tanto dentro como fora do processo judicial.

No entanto, apesar de a finalidade da garantia ser a proteção de bens jurídicos, não é todo o caso de violação de *bens jurídicos* através da *obtenção, formação ou utilização* de uma prova que caracteriza, necessariamente, a ilicitude probatória.

O suporte fático da norma só estará preenchido quando a conduta, mais do que contrária a uma determinada prescrição legal que fornece tutela normativa a um *bem jurídico*, contrariar o que é permitido pelo ordenamento jurídico como um todo.

Sobre isso, é importante considerar-se, em primeiro lugar, que tanto a legislação ordinária quanto a Constituição Federal cominam exceções que relativizam a proteção normativa conferida a determinados *bens jurídicos*. Exemplo disso são as próprias ressalvas expressas nos incisos XI e XII do Artigo 5º da

Constituição Federal, que relativizam a inviolabilidade de domicílio e das comunicações telefônicas.

Em segundo lugar, ainda há que se considerar que as condutas praticadas podem estar acobertadas por preceitos permissivos de ordem geral, tal qual o *estado de necessidade* e a *legítima defesa*, cuja incidência exclui a antijuridicidade da conduta praticada.

Sobre os *preceitos permissivos*, constata-se, inclusive, (1) que a própria *obtenção, formação ou utilização* de uma prova em um processo pode caracterizar-se como *necessária* para repelir uma *agressão injusta (legítima defesa)* ou afastar o perigo que cerca um *bem jurídico* do qual não é exigível o sacrifício (*estado de necessidade*); e que (2) existindo um processo judicial cujos efeitos da decisão incidam sobre um determinado bem jurídico – ou sendo provável para o *observador inteligente* a existência de um futuro processo judicial – já estaria representado o *perigo atual* pressuposto do *estado de necessidade*, pelo que eventuais condutas empreendidas para possibilitar a comprovação de um fato e, indiretamente, para resguardo do bem jurídico em questão, poderiam ser consideradas como adotadas em *estado de necessidade*, conquanto preencham os demais requisitos exigíveis à espécie.

Acaso nenhum preceito indique um custo juridicamente aceitável do sacrifício do bem jurídico afetado pela *obtenção, formação ou utilização* da prova, estará caracterizada a *ilicitude da prova* e preenchido o *suporte fático da regra constitucional de exclusão de provas*.

E o julgador, quando diante de uma *prova ilícita*, deve ter em consideração que a *natureza da descrição normativa* contida no Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, demonstra tratar-se de uma *regra* – e não de um *princípio* de exclusão de prova –, a qual deve ser aplicada por *subsunção* e não pode ser submetida a uma *ponderação horizontal* com outras *normas*.

A opção do constituinte por determinar a *inadmissibilidade das provas ilícitas* por meio de uma verdadeira *regra – estrutura da norma* – implica reconhecer a prevalência, *prima facie*, da proteção por ela conferida aos bens jurídicos frente à *busca da verdade* – o que pode ser prejudicial à justiça da decisão – e ao direito das partes de utilizar todos os meios de prova disponíveis para comprovar suas alegações.

Isso não quer dizer, contudo, que exceções não possam ser estabelecidas ao momento de aplicar-se a regra, desde que atendido o ônus de fundamentação adequado à indicação das razões por que sua aplicação não deve ser feita em um determinado caso.

Desse modo, partindo-se de pressupostos compatíveis com a noção de *superabilidade* de uma *regra*, a *teoria da ponderação de interesses* propõe a realização de uma *segunda ponderação*, com base em elementos aferíveis no caso concreto, e com vistas a determinar os casos em que é indicado excepcionar a aplicação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Entretanto, é importante considerar que o dimensionamento dos interesses a ser ponderados não prescinde de quatro fatores essenciais: (1) a importância do bem jurídico que determina o *interesse em proteger os valores em jogo no caso concreto*; (2) a importância do bem jurídico que determina o *interesse em proteger um bem jurídico através da regra de exclusão*; (3) o caráter prospectivo da proteção conferida pelo *efeito profilático*; e (4) o caráter complementar da proteção conferida pela *garantia*.

A conjugação desses fatores indica que *exceções à regra* estarão justificadas somente em casos: (1) de significativa disparidade de importância entre os bens jurídicos que determinam os interesses a ser ponderados; e (2) em que seja mais importante o *bem jurídico* que determina o *interesse de proteger os valores em jogo no caso concreto*.

Todavia, a problemática acerca da necessidade de, em determinados casos, abandonar o arquétipo de aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas* (insculpido pelos parâmetros enunciados por seu *suporte fático*), não pode ficar restrita à *teoria da ponderação de interesses* e sequer deve ficar restrita a questões atinentes à possibilidade de excepcionar sua aplicação.

Essa constatação surge da análise dos caracteres gerais de aplicação da *exclusionary rule* da *Bill Of Rights* e dos argumentos a eles subjacentes.

Em síntese, pode-se dizer que a *U.S. Supreme Court*: (1) aplica a *exclusionary rule* da *Bill Of Rights* para proteger posições jurídicas específicas, dotadas de fundamentalidade, e não a generalidade dos bens jurídicos normativamente tutelados; (2) exclui *provas ilícitas* somente em razão de condutas antijurídicas praticada por agentes estatais – em razão da vigência da *State Action Doctrine* – que pertencem a classes que revelam inclinação para essas práticas; (3)

tende a restringir a aplicação da *exclusionary rule* aos processos de natureza criminal, afastando-o do processo civil com base em argumentos retirados de análises de custo-benefício cujo resultado parece sofrer influências da conjugação dos dois caracteres suprarreferidos; (4) restringe, com base em análises de custo-benefício, a legitimidade para requerer a exclusão de uma prova ilícita e aproveitar seus efeitos; (5) não exclui a prova ilícita em casos nos quais o agente que pratica a conduta antijurídica supõe não estar violando qualquer direito; e (6a) além dessas peculiaridades que limitam a aplicação do instituto, determina a exclusão das provas derivadas indiretamente dos conhecimentos adquiridos através de condutas antijurídicas, (6b) salvo algumas exceções pontuais, determinadas pela *independent source rule*; pela *inevitable discovery exception*; e pela *purged taint exception*.

Dessas constatações, intensifica-se a problemática que envolve a aplicação da *regra constitucional de exclusão de provas* por que as prescrições do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, nada dispõe quanto: (1) ao *pedigree* dos bens jurídicos sob sua proteção; (2) a qualificativos dos sujeitos cujas condutas se destina a coibir; (3) restrições para aplicá-la somente ao processo penal; (4) a critérios definidores da legitimidade para exigir e fruir dos efeitos da exclusão da prova; (5) a necessidade de excepcionar-se a *inadmissibilidade* quando o agente acredita na juridicidade da conduta; (6a) a possibilidade de a ilicitude comunicar-se às provas indiretamente derivadas da conduta antijurídica; e (6b) a necessidade de interromper essa “contaminação” em determinados casos.

A análise desses problemas revela que é possível aprimorar a *regra constitucional de exclusão de prova*, ainda que isso seja feito de um modo muito distinto daquilo que propõe a *U. S. Supreme Court*, conforme constatado ao longo do terceiro capítulo deste estudo.

E mesmo que a maioria das teses mitigadoras tenham sido afastadas, a análise de cada um dos aspectos polêmicos foi útil para estabelecerem-se alguns dogmas com relação à aplicação do instituto, os quais vão abaixo sintetizados.

Não existem boas razões para restringir a aplicação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, aos casos em que a obtenção, formação ou utilização da prova implica violação, direta ou indireta, de direitos fundamentais.

O caráter prospectivo da proteção por ele conferida indica que na maioria dos casos a exclusão de provas *obtidas, formadas* ou *utilizadas* a menoscabo de bens jurídicos não fundamentais traduz-se em benefício maior do que prejuízo no longo

prazo. Nessas condições e para esses casos, não se configura um *excesso de proteção* somente em razão de o direito à prova revestir-se do caráter de garantia fundamental, e os bens jurídicos protegidos não estarem dotados de *fundamentalidade material*.

Também não é conveniente, nem compatível, com o ordenamento jurídico brasileiro; e com o escopo protetivo da *regra constitucional de exclusão de provas*, restringir sua aplicação às condutas praticadas por agentes estatais; ou que deflagradas pela parte interessada na utilização da prova.

Os particulares também devem ser considerados destinatários do *efeito profilático* tanto porque (1) as violações por eles cometidas não podem ser consideradas menos graves do que aquelas praticadas por agentes estatais; como em razão de (2a) o preenchimento do *suporte fático* da *regra constitucional de exclusão de provas* não poder ser interpretado a partir de uma construção teórica como a *State Action Doctrine*; mas sim (2b) a partir do *dever de proteção do Estado*; (2c) sendo irrelevante determinar se os particulares são direta ou indiretamente vinculados ao direito fundamental violado.

Assim, (1) quando a *prova ilícita* tiver relação com a violação – direta ou indireta – de direitos fundamentais, a *regra de exclusão* deve ser compreendida a partir do *dever de proteção do Estado*, que se dá tanto em virtude de condutas praticadas por agentes estatais e por particulares; e (2) quando estiver relacionada a condutas antijurídicas que não violam direitos fundamentais, deve-se verificar se a prescrição normativa tem um destinatário específico caso a caso.

Ainda, a aplicação da garantia não deve ficar restrita aos casos em que a conduta antijurídica seja empreendida ou determinada pela própria parte que requer sua admissão.

Isso porque (1) a *inadmissibilidade* da prova não é uma forma de punir aqueles que praticam condutas antijurídicas, mas sim um efeito jurídico que determina a *capacidade de coibir* a futura prática dessas condutas; mas também em razão de que (2) essa *capacidade de coibir* seria seriamente comprometida acaso fossem admitidas as provas antijuridicamente obtidas ou formadas por terceiros em favor de uma parte – tenham eles praticado a conduta com ou sem a aquiescência do titular do *direito à prova* afetado.

A aplicação da *regra* também não pode ser limitada ao âmbito do processo penal, já que (1) o resultado da ponderação das *razões para aplicá-la* e das *razões*

para não aplicá-la permanece o mesmo em qualquer um desses ramos do direito processual; e visto que (2) o caráter endêmico das violações de direitos em meio à de persecução e investigação penal empreendida pelo estado e a inclinação dos policiais para essas práticas não é um fator relevante para determinação de uma relação de custo-benefício.

Por um lado, (1) a aplicação da *garantia* no processo civil agrega um amplo valor educativo no sentido de promover-se o respeito aos direitos fundamentais e ao ordenamento jurídico em geral, além de, é claro, ser determinante para prevenir a ocorrência de violação aos bens jurídicos a eles correspondentes – tudo conforme se espera do *efeito profilático*; ao mesmo tempo e de outro lado, (2) a medida de exclusão da prova tem aplicação pontual, em casos específicos, não representando um custo para a garantia do direito à prova e à busca da verdade em toda a oportunidade em que for provocado o poder judiciário para por fim a um litígio. Ou seja, tem-se um benefício generalizante – a proteção -, enquanto o custo correspondente – a exclusão da prova – refere-se somente a casos em que a obtenção, formação ou utilização da prova corresponda a uma conduta antijurídica.

No mesmo sentido, a criação de restrições à legitimidade para requerer a aplicação da regra e - ou - para “aproveitar” os efeitos da exclusão da prova revela-se incompatível com o propósito protetivo da regra.

Limitar os efeitos da exclusão da prova ao titular do direito violado pela obtenção, formação ou utilização de uma prova ilícita seria o mesmo que destituir a garantia da sua capacidade de coibir a adoção dessas condutas contra terceiros (desde estranhos ao processo até litisconsortes).

Além disso, a garantia não é, propriamente, um direito processual da parte, mas sim um mecanismo que visa à consecução de propósitos extraprocessuais e cujos benefícios não são experimentados por titulares em específico.

Antes de um direito da parte, o Artigo 5º deve ser compreendido como uma garantia para os *bens jurídicos*, objetivamente considerados.

E se tudo quanto foi dito até aqui nessa síntese conclusiva aponta para a impossibilidade de aprimorar-se a regra de exclusão, o mesmo não pode ser dito das abordagens decorrentes da análise dos fundamentos teóricos da *good faith exception* e da *fruits of the poisonous tree doctrine*.

A análise da *good faith exception* induziu à constatação de que a *regra constitucional de exclusão de provas*, diante de certas situações, apresenta limitações funcionais que reduzem ou extinguem sua *capacidade de coibir*.

O *efeito profilático*, por ter sua *capacidade de coibir* definida por um *efeito jurídico de inadmissibilidade da prova*; que corresponde à antijurídica *obtenção, formação ou utilização* de uma prova, só detém capacidade de coibir essas condutas quando (1) praticadas com o intuito de possibilitar a comprovação de um fato; (2) aquele que as pratica tem consciência de que a conduta praticada é antijurídica.

O *efeito profilático* não alcança seus destinatários, portanto, quando (1) deliberadamente adotam condutas antijurídicas, porém não têm por objetivo *obter* ou *formar* provas; e quando (2) agem com vistas a obter, formar ou utilizar uma *prova ilícita*, supondo que a conduta empreendida está dotada de juridicidade – situações de *putativa juridicidade da conduta*.

Diante disso, considera-se que: (1) criarem-se exceções para casos de limitação funcional em nada reduz a *capacidade de coibir* da *regra de exclusão* para casos similares; (2) que não existem razões para excluir uma prova relevante nesses casos, ao passo que as razões para não aplicar o Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, permanecem presentes; e (3) os casos de *limitação funcional* fornecem parâmetros para averiguar casos em que é possível superar a aplicação da regra, excepcionando-a.

Ressalva-se, no entanto, com relação às situações de *putativa juridicidade da conduta* que, se o erro de apreciação das circunstâncias for evitável, porque negligente o comportamento de quem as aprecia, a prova ilícita deve ser excluída.

Outrossim, nos casos em que a *putativa juridicidade da conduta* se der em *contextos de divisão de tarefas e atribuições relacionadas à atividade probatória*, é importante ter em consideração não só a postura adotada pelo *longa manus* durante a avaliação das circunstâncias que estão diante dele; mas, também, se o comportamento de todos aqueles que (1a) praticaram atos determinantes para a ocorrência do *erro de avaliação* por parte do executor e, ao mesmo tempo, (1b) compartilhavam de atribuições relacionadas à atividade probatória desempenhada, (1c) pode ser considerado inidôneo ou negligente, conduzindo, assim, à inadmissibilidade da *prova ilícita*.

A incorporação da *fruits of the poisonous tree doctrine* pelo ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, foi oportuna e indispensável para munir a *regra*

constitucional de exclusão de provas da capacidade de coibir necessária para cumprir seu desiderato protetivo.

A ilicitude por derivação não é uma medida que visa a enrijecer a aplicação da *regra de exclusão*. A expansão dos efeitos da *inadmissibilidade* para as provas derivadas é, na verdade, uma maneira de preservar sua *capacidade de coibir* condutas antijurídicas. Se as provas indiretamente derivadas das condutas antijurídicas de obtenção, formação ou utilização de uma prova pudessem ser aproveitadas, sua prática poderia, em alguma medida, manter-se atraente para aqueles que pretendem viabilizar a comprovação de um fato alegado em juízo.

A contaminação incide somente em decorrência da existência de um *nexo causal* entre os conhecimentos obtidos mediante a antijurídica obtenção, formação ou utilização originária e a realização da prova lícita sujeita à contaminação. Não existindo o *nexo causal*, a prova não é *derivada* e, portanto, não se torna passível de contaminação.

Nesses termos, a simples presença de uma *prova ilícita* no acervo probatório não contamina as demais.

Ressalva-se, ainda, que é salutar a compreensão proposta pela *teoria da fonte independente*, no sentido de que a *comunicação da ilicitude* deve limitar-se aos casos em que a aquisição de conhecimentos pela *conduta antijurídica* é *conditio sine qua non* para obtenção das provas que dela derivam.

A teoria da fonte independente promove uma mitigação do arquétipo de aplicação da *fruits of the poisonous tree* – pelo qual seria possível associar *derivação* e *contaminação* –, pelo que se exige um *nexo* de estrita causalidade entre os conhecimentos obtidos através da conduta antijurídica e a prova derivada.

A *exceção de descoberta inevitável*, por seu turno, não pode ser assimilada da forma como proposta pelo § 2º do Artigo 157 do Código de Processo Penal, o qual sugere apenas um recurso às máximas de experiência para determinar se a prova poderia ter sido obtida através de uma *fonte independente* (hipotética).

Nesses termos, a *capacidade de coibir* condutas antijurídicas seria comprometida porquanto os destinatários do *efeito profilático* poderiam utilizar-se de manobras astuciosas para ludibriar a aplicação da garantia. Cogita-se, por exemplo, que, uma vez cientes da possibilidade de juridicamente *obter, formar* ou *utilizar* uma prova (1) poderiam eles – por entenderem conveniente – optar por adotar uma conduta antijurídica (portanto *desnecessária*); ou, ainda, (2) associar-se com

terceiros para que iniciem a prática da conduta juridicamente aceitável, com vistas a quebrar a cadeia de contaminação da prova derivada dos conhecimentos que adquirirem através da prática antijurídica.

Tais problemas, contudo, podem ser resolvidos através de duas análises complementares: (1) com relação à conduta antijurídica praticada, deve-se exigir que aquele que a pratica ou que determina sua prática não tenha condições de certificar-se da possibilidade de obtê-la por meios lícitos, ou seja, que os resultados de uma possível alternativa sejam imprevisíveis; e (2) com relação à conduta que conduziria à fonte hipotética, deve-se exigir que fosse executada, ou que pudesse ser determinada, por alguém que não participou da decisão de empreender a conduta ilícita.

Para dificultar ainda mais a capacidade de manobras astuciosas, além dessas duas análises, deve-se exigir que a comprovação de sua ocorrência submeta-se a um *standard* probatório de *prova além da dúvida razoável*.

Por fim, com relação à *exceção de purgação da mácula*, deve-se considerar que é plenamente incompatível com a finalidade da regra constitucional de exclusão de provas, na medida em que causa significativo déficit na sua capacidade de coibir a adoção de condutas antijurídicas com o propósito de possibilitar a comprovação de um fato alegado em juízo.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALLENA, Gianni. Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 32, n. 2, p. 506-528, apri./giugno1989.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 2. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e Jeremy Waldron. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007.
- AMBOS, Kai; LIMA, Marcelus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 23 de dez. 2012.
- _____. **Teoria dos princípios**. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BALTAZAR JÚNOR, José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). **Prova judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: sexta série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006.

BLOOM, Robert M.; FENTIN, David H. A more majestic conception. The importance of judicial integrity in preserving the exclusionary rule. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, p. 47-80, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no HC 40.089/MG. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em: 28 jun. 2005. **DJ** 29 ago. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 52.995/AL. Relator: Min. Og Fernandes. Julgado em: 16 set. 2010. **DJe** 04 out. 2010.

_____. HC 59967/SP. Relator: Min. Nilson Naves. Julgado em: 29 jun. 2006. **DJ** 25 set. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Rcl 2.988/PE. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 27 abr. 2011. **DJe** 30 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 87543. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 13 fev. 2007. **DJ** 09 mar. 2007. p. 00042. Ement vol-02267-02 p. 00278.

_____. RE 100094. Relator: Min. Rafael Mayer. Julgado em: 28 jun. 1984. **DJ** 24 ago. 1984. p.13482. Ement Vol-01346-03. p. 00560. RTJ vol-00110-02. p. 00798.

_____. RE 331303 AgR. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 10 fev. 2004. **DJ** 12 mar. 2004 p. 00042 Ement Vol-02143-05. p. 00905.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Quinta Turma. HC 106.571/PR, Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em: 16 set. 2010. **DJe** 16 dez. 2010.

_____. HC 161.053/SP. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em: 27 nov. 2012. **DJe** 03 dez. 2012.

_____. HC 107.285/RJ. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em: 09 nov. 2010. **DJe** 07 fev. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 91613. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 15 maio 2012. Acórdão Eletrônico **DJe**-182. Divulg 14 set. 2012. Public 17 set. 2012.

_____. HC 91867. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 24 abr. 2012. Acórdão Eletrônico. **DJe-185**. Divulg 19 set. 2012. Public 20 set. 2012.

_____. HC 93050. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 10 jun. 2008. **DJe 142**. Divulg. 31 jul. 2008. Public. 01 ago. 2008 Ement vol-02326-04. p. 00700.

_____. RE 85439. Relator: Min. Xavier De Albuquerque. Julgado em: 11 nov. 1977. **DJ 02 dez. 1977**. p. 08748. Ement Vol-01081-02. p. 00643. RTJ vol-00084-02. p. 00609.

_____. RHC 63834. Relator: Min. Aldir Passarinho. Julgado em: 18 dez. 1986. **DJ 05 jun. 1987**. p. 11112. Ement Vol-01464-01. p. 00090.

_____. RHC 90376, Relato: Min. Celso de Mello. Julgado em: 03 abr. 2007. **DJe-018**. Divulg 17 maio 2007. Public 18 maio 2007. DJ 18 maio 2007. p. 00113. Ement vol-02276-02. p.00321. RTJ vol-00202-02 p. 00764. RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007. p. 145-147.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sexta Turma. RHC 8.753/SP. Relator: Min. Vicente Leal. Julgado em: 05 out. 1999. **DJ 11 dez. 2000**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 69.912-0-RS. Segundo julgamento. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 16 dez. 1993. **DJ 25 mar. 1994**. p. 06012. Ement Vol-01738-01. p. 00112. RTJ vol-00155-02. p. 00508.

_____. HC 72588. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado em: 12 jun. 1996. **DJ 04 ago. 2000**. p. 00003. Ement vol-01998-02. p. 00289. RTJ vol-00174-02. p. 00491.

_____. HC 75338. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgado em: 11 mar. 1998. **DJ 25 set. 1998**. p. 00011. Ement vol-01924-01. p. 00069.

_____. RE 251445. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 21 jun. 2000. **DJ 03 ago. 2000**. p. 00068.

CABELEIRA, Carlos Vinicius Soares. **Prova ilícita no processo civil**. Dissertação (Mestrado). - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2010.

CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 34, p. 143–159, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução da 2ª ed. italiana por Lisa Pary Scarpa. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARRATA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova. **Rivista di Diritto Processuale**, Milano, v. 56, n. 1, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008. v. 4: Arts. 332 a 475.

COLE, David. Uncle Sam is Watching You. **The New York Review of Books**, v. 51, n. 18, 2004.

COSTA ANDRADE, Manoel da. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.

DAMASKA, Mirjan R. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. **University of Pennsylvania Law Review**, n. 121, p. 513-525, 1973. p. 513. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1591>.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Victor de Zavalía, 1974. v. 1.

FENOLL, Jordi Nieva. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

FLETCHER, George P.; OHLIN, Jens David. **Defendiendo a la humanidad: redefiniendo a la legítima defense en el derecho internacional**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

FORBES, Jessica. The Inevitable Discovery Exception, Primary Evidence, and the Emasculation of the Fourth Amendment. **Fordham Law Review**, v. 55, n. 6, p. 1221–1238, 1987. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol55/iss6/14>>.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

JOHNSON, Philip E. **Cases and materials on criminal procedure**. St. Paul: West, 1994.

KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 23, n. 66, p. 61-84, mar. 1996.

_____. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. Os meios moralmente legítimos de prova. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 14, n. 39, p. 84-102, mar. 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATTOS, Sérgio Luis Wetzel. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

McINNIS, Tom N. Nix v. Williams and the inevitable discovery exception: creation of a legal safety net. **Saint Louis University Public Law Review**, v. 28, 2009.

MENDONÇA, Raquel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MILHOMENS, Jônatas. **A prova no processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAIM, Gustavo Bohrer. A garantia da licitude das provas e o princípio da proporcionalidade no direito brasileiro. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre constituição e processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PENNEY, Steven. Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the Charter. **McGill Law Journal**, v. 49, n. 1, p. 105-144, 2004.

PICÓ Y JUNOY, Joan. La prueba ilícita en el proceso civil español. **Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, n. 5, nov. 2011.

_____. **Las garantías constitucionales del proceso.** Barcelona: Bosch, 1997.

PINHO, Judicael Sudário de. **Temas de direito constitucional e o Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Atlas, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação de prova. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores.** 2 ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos.** 4 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2002.

REGO, Hemenergildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**, p. 34–87, 1987.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Especial Cível. Apelação Cível Nº 70004590683. Relator: Nereu José Giacomolli. Julgado em: 09 dez. 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** 5. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organização e introdução: Leonardo Martins; Tradução Beatriz Henning; Prefácio: Jan Woischnik. Montevideo: Konrad Adenauer, 2005.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo. A prova ilícita no cível. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). **Prova cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 187-206.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista di Diritto Procesuale**, v. 20, n. 2, jan./mar. 1997.

_____. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2009.

_____. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 52. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffré, 1974.

YAGLA, Carolyn A. The Good Faith Exception to the exclusionary rule. the latest example of new federalism in the states. **Marquette Law Review**, v. 71, p. 166-199, 1987.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.