

INFLUÊNCIA AMERICANA NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

AMERICAN INFLUENCE ON THE REFORM OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE

ODILON ROMANO NETO

*Mestrando em Direito Processual na Universidade
do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Federal Substituto
em Volta Redonda/RJ*

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo analisar a disciplina das provas ilícitas e do procedimento de inquirição de testemunhas, no processo penal brasileiro anterior e posterior às reformas do Código de Processo Penal ocorridas no ano de 2008, bem como sua disciplina no direito processual penal norte-americano, de forma a demonstrar que o regramento adotado no direito brasileiro a partir da edição das Leis 11.689, 11.690 e 11.719 sofreu grande influência do direito americano, em especial no tratamento das provas ilícitas por derivação, com a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada e as respectivas exceções da fonte independente e da descoberta inevitável e, ainda, no tocante à inquirição de testemunhas, com a adoção do sistema de inquirição direta e cruzada.

Palavras-Chave: Provas Ilícitas, Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, Testemunhas, Inquirição Direta, Inquirição Cruzada.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the regulation of illegal evidence and of the procedure for examination of witnesses, in the brasilian criminal procedure before and after the reforms of the Criminal Procedure Code occurred in 2008, as well their discipline in the american criminal procedure, in order to demonstrate that the rules adopted in brasilian law after the edition of the Laws 11.689, 11.690 e 11.719 has suffered great influence from the american law, specially in the treatment of the illegal derivative evidence, with the adoption of the fruits of the poisonous tree doctrine and the respective independent source and inevitable discovery exceptions and also with regart to the examination of witnesses, with the adoption of the direct- and cross-examination system.

Key Words: Illegal Evidence; Fruits of the Poisonous Tree Doctrine; Witnesses; Direct Examination, Cross Examination.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As provas ilícitas no processo penal brasileiro – 3. As provas ilícitas no processo penal norte-americano – 4. O tratamento das provas ilícitas na reforma do código de processo penal – 5. A inquirição de testemunhas no código de processo penal brasileiro – 6. A inquirição de testemunhas no processo penal norte-americano – 7. A inquirição de testemunhas na reforma do código de processo penal – 8. Conclusão - Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A busca do bem comum de seus cidadãos é um dos vetores axiológicos que orientam a atuação do Estado e justificam sua existência, não sendo outra a razão pela qual a Constituição Federal de 1988 incluiu a “*promoção do bem de todos*” e a “*construção de uma sociedade livre, justa e solidária*” como um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

O alcance desse objetivo passa, dentre outros meios, pela construção de um arcabouço jurídico capaz de prover o Estado e a sociedade de segurança e estabilidade nas relações desenvolvidas nas mais diversas searas da atividade humana, inclusive pela instituição de um mecanismo eficiente de solução de conflitos.

No âmbito do direito processual, essa busca de aperfeiçoamento tem se manifestado por meio de inúmeras reformas processuais havidas ao longo de décadas.

Embora intensificadas as reformas processuais nas últimas duas décadas, sobretudo no que diz respeito ao direito processual civil, é certo que o fenômeno não é recente.

Com efeito, para corroborar tal afirmação desnecessário se faz regredir muito na busca de antecedentes históricos ou enveredar-se por searas distantes da lida diária. Há um diploma legal de fundamental importância e que se insere no cotidiano da grande parte dos operadores do direito que o demonstra: o atual Código de Processo Civil, datado de 1973.

Já a mensagem de encaminhamento de seu projeto ao Congresso Nacional evidenciava o propósito de aperfeiçoamento do sistema estatal de solução de conflitos:

Na Reforma das leis processuais [...] cuida-se [...] conferir aos órgãos jurisdicionais os meios de que necessitam para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do direito [...] com economia de tempo e despesas para os litigantes.

Este excerto nos dá uma idéia bastante nítida do quanto já se fazia presente naquela ocasião a preocupação em empreender uma reforma que se orientasse pelos princípios da celeridade e da efetividade da prestação jurisdicional, com economia de tempo e de recursos, evidenciando que o aperfeiçoamento do sistema oficial de solução de conflitos é um dos pilares necessários ao progresso social e ao alcance do bem comum.

Na mesma linha a Exposição de Motivos do CPC de 1973, da lavra do então Ministro da Justiça, o jurista Alfredo Buzaid, contém, na sua abertura, conhecida citação de Chiovenda: “*Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso*”⁷³¹.

Na busca desse aperfeiçoamento de seu arcabouço jurídico, não raro os Estados buscam no direito estrangeiro experiências exitosas e que possam ser incorporadas aos seus respectivos ordenamentos jurídicos.

⁷³¹ . CHIOVENDA, Giuseppe - *La riforma del procedimento civile* – Roma – 1911 – p. 04 *apud* BUZAID, Alfredo – *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*.

No âmbito do direito processual civil, dentre muitos exemplos que poderiam ser citados, dois podem ser destacados como paradigmáticos da influência que o direito estrangeiro muitas vezes exerce nas reformas legislativas empreendidas no ordenamento jurídico brasileiro: a introdução da audiência preliminar, mediante alteração do artigo 331 do CPC pela Lei 8.952/94, e o desenvolvimento do microssistema dos Juizados Especiais (Leis 9.099/95 e 10.259/01), como alternativa para a solução de conflitos de menor expressão econômica ou de menor complexidade.

A audiência preliminar ou audiência de conciliação, introduzida no processo civil brasileiro pela Lei 8.952/94, que alterou a redação do artigo 331 do CPC, como nos dá notícia o renomado professor fluminense José Carlos Barbosa Moreira, encontra como fonte de inspiração a *erste Tagsatzung*, prevista no Código de Processo Civil austríaco de 1895⁷³² e concebida pelo jurista Franz Klein⁷³³.

Já os Juizados Especiais têm como principal fonte de inspiração o direito norte-americano, no qual encontramos as primeiras referências a *pequenas causas* e à criação de órgãos judiciais especialmente voltados à sua resolução, como forma de ampliar o acesso à justiça.

Com efeito, foi justamente nos Estados Unidos, em 1934, que surgiu em Nova York o primeiro Juizado de Pequenas Causas, então denominado *Poor Man's Court* e cuja competência se voltava ao julgamento de causas de pequeno valor, assim consideradas aquelas inferiores a cinquenta dólares⁷³⁴.

A experiência de Nova York se difundiu nos Estados Unidos, dando origem às atualmente denominadas *Small Claim Courts*⁷³⁵ e chegando por fim ao direito brasileiro com a Lei 7.244/84, que tratou dos então chamados Juizados Especiais de Pequenas Causas, posteriormente sucedida pelas Leis 9.099/95 e 10.259/01, que trataram dos Juizados Especiais Cíveis, na esfera estadual e federal respectivamente.

Este fenômeno de incorporação de experiências do direito estrangeiro pode ser igualmente verificado na esfera do direito processual penal, em especial nas reformas legislativas levadas a cabo pelas Leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas editadas no ano de 2008 e que alteraram o Código de Processo Penal.

Nesse contexto, especial relevância adquire o direito norte-americano, haja vista que uma análise sistemática das leis referidas permite identificar ao menos dois pontos em que o nosso legislador buscou inspiração no sistema processual penal dos Estados Unidos.

De um lado, o tratamento legal das provas ilícitas, tal qual introduzido pelas leis que reformaram o Código de Processo Penal, espelha em muitos aspectos a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) do direito norte-americano.

⁷³² . BARBOSA MOREIRA (2004) – p. 61.

⁷³³ . BARBOSA MOREIRA, (2007) – p. 105.

⁷³⁴ . PEREIRA (2004) – pp. 19/20.

⁷³⁵ . *Idem, ibidem*.

De outra parte, o sistema de inquirição direta de testemunhas por advogados e membros do Ministério Público, outro importante ponto da reforma, encontra como principal fonte de inspiração o sistema de *cross-examination* do direito norte-americano.

O presente trabalho tem por proposta justamente analisar esses dois importantes pontos da reforma empreendida no ano de 2008 em nosso Código de Processo Penal e demonstrar de maneira analítica a influência do direito norte-americano no tratamento por ela conferido às provas ilícitas e à forma de inquirição de testemunhas.

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 contém, no capítulo relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos, dispositivo expresso vedando a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos, qual seja, o artigo 5º, inciso LVI (“*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”).

Em outras palavras, as provas obtidas por meios ilícitos são *provas vedadas*⁷³⁶ em nosso sistema jurídico pela própria Constituição, na medida em que produzidas em contrariedade material ou formal com norma decorrente de dispositivo legal.

Assim, a título de exemplo, é ilícita a prova obtida em diligência de busca e apreensão realizada sem prévia autorização judicial ou, ainda, em diligência de busca e apreensão domiciliar realizada em período noturno, pois em qualquer dessas situações, haverá clara violação à norma jurídica que veda, de um lado, a realização de buscas e apreensões sem ordem judicial ou, de outro, sua realização no horário noturno. Da mesma forma, ilícitas se afiguram a confissão obtida mediante tortura ou uso de substâncias entorpecentes na pessoa do investigado.

Essa regra constitucional, como bem acentuou Eugênio Pacelli de Oliveira⁷³⁷, além de seu valor no processo penal, enquanto garantia voltada à preservação de direitos fundamentais do indivíduo sujeito à persecução penal, cumpre ainda, em termos de política criminal, uma função também de fundamental importância, que é a de atuar no “*controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção*”, função que o próprio autor qualifica como *eminentemente pedagógica*.

Não obstante a vedação constitucional acerca da utilização de provas ilícitas no processo, o Código de Processo Penal brasileiro, na redação vigente até a edição das leis reformadoras do ano de 2008, não havia conferido qualquer tratamento ao tema, de forma que questões de fundamental importância, tais como a das provas ilícitas por derivação e da descoberta inevitável, careciam de fundamento normativo, recebendo tratamento numa seara unicamente doutrinária e jurisprudencial, a partir da experiência sobretudo do processo penal norte-americano.

⁷³⁶ . CAPEZ (2000) – p. 30.

⁷³⁷ . OLIVEIRA (2009) – p. 299.

As provas ilícitas por derivação são aquelas que, em si mesmas, não contêm uma contrariedade à norma jurídica, mas cuja produção foi possível em razão de anterior ilicitude.

Assim ocorre, por exemplo, se a autoridade policial procede a uma interceptação telefônica, sem a necessária autorização judicial, e, como consequência, vem a descobrir o local onde armazenados produtos de origem ilícita, os quais são posteriormente apreendidos com base em mandado judicial regularmente expedido.

A busca e apreensão em si mesma não se afigura ilícita, eis que realizada com base em ordem judicial; não obstante, a identificação do lugar em que a busca foi realizada apenas se deu em razão da ilícita interceptação telefônica realizada. Nesse contexto, haveria de se determinar em que medida esta ilicitude originária contamina a prova lícitamente produzida pela apreensão e, ainda, se a vedação constitucional de provas ilícitas alcança ou não as provas derivadas de ilícitas, como no exemplo dado.

Essa discussão, como já se expôs, passou ao largo do Código de Processo Penal, que nada dispôs acerca das provas ilícitas, encontrando no direito brasileiro anterior às reformas processuais do ano de 2008 uma abordagem unicamente doutrinária e jurisprudencial, a partir da construção feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos conhecida como *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada).

A ausência de um tratamento legal específico dessas questões, no entanto, propiciava terreno fértil para polêmicas relativas ao alcance da cláusula constitucional de vedação das provas ilícitas e, ainda e em especial, quanto ao alcance da própria noção de *derivação*⁷³⁸, quando aplicada ao tema das provas ilícitas, ou seja, em que medida é possível afirmar que determinada prova *derivou* de outra considerada ilícita.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em julgado anterior às reformas processuais ocorridas no ano de 2008⁷³⁹, havia rejeitado – em julgamento não unânime – a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Neste caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, a autoridade policial realizou, durante largo período, interceptação telefônica dos réus, com autorização judicial, logrando identificar o lugar onde estes armazenavam drogas, que veio então a ser regularmente apreendida, realizando-se ainda a prisão em flagrante dos acusados.

Não obstante a existência de autorização judicial, o Supremo Tribunal Federal - com exceção do Ministro Paulo Brossard⁷⁴⁰ - considerou ilícita a interceptação telefônica, ao argumento de que à

⁷³⁸ . OLIVEIRA (2009) – p. 315.

⁷³⁹ . STF - HC 69.912/RS – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ de 23/11/1993 – p. 321.

⁷⁴⁰ . Em seu voto, o Ministro Paulo Brossard elaborou interessante construção interpretativa para sustentar que o texto constitucional, em sua integralidade, ao qual se agregavam tratados internacionais dos quais o Brasil era signatário, tornava o combate ao tráfico de drogas questão tão prioritária, que seria inescapável ao legislador infraconstitucional incluir, dentre as hipóteses em que a interceptação telefônica seria juridicamente autorizada, a repressão a esta modalidade de crime, de sorte que seria lícito ao Judiciário – ainda que inexistente regulamentação legal – deferir a interceptação telefônica em tais casos.

época ainda não havia sido regulamentado o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, de forma que qualquer interceptação telefônica – ainda que contasse com autorização judicial – seria vedada pela Constituição.

Adicionalmente, discutiu-se no Supremo se a ilegalidade das interceptações telefônicas contaminava a busca e apreensão realizada no local cuja identificação se deu justamente em razão das interceptações, situação que nitidamente configura campo de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Em seu voto, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence defendeu expressamente a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, de forma a que fossem excluídas do processo não só as interceptações telefônicas, mas também a prova decorrente das buscas e apreensões, na medida em que estariam estas contaminadas pela ilicitude daquelas, sendo em seu entender a teoria do *fruits of the poisonous tree* a “única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita”.

Não obstante o posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence tenha contado com a adesão dos Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal acabou por rejeitar a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, sendo de se ressaltar, no tocante a essa rejeição, o voto do Ministro Sydney Sanches, segundo o qual “*pouco importa que tais provas só tenham sido possíveis depois da alegada violação ilícita do sigilo telefônico*”, pois tal questão haveria de se resolver unicamente no plano da responsabilização civil e administrativa dos responsáveis, não ficando por isso “*invalidadas todas as demais provas posteriormente obtidas*”.

Também o Ministro Moreira Alves, em seu voto, destacou que “*se num processo houver provas lícitas e provas ilícitas, a ilicitude destas não se comunica àquelas para que se chegue à absolvição por falta de provas, ou para que se anule o processo pela ilicitude de todas as provas produzidas*”.

É certo que, após a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard e subsequente ingresso no STF do Ministro Maurício Correia, a posição da Corte Maior, como nos dá notícia Fernando Capez⁷⁴¹, passou a ser a de reconhecer também a inadmissibilidade das provas lícitas derivadas de provas ilícitas (cf. HC 72.588/PB, HC 73.351/SP, HC 74.116/SP e HC 76.641/SP).

Essa nova orientação do Supremo Tribunal Federal, porém, não invalidava a conclusão de que a ausência de um maior detalhamento no plano normativo infraconstitucional criava um ambiente de absoluta insegurança jurídica a respeito do tema, eis que qualquer dos posicionamentos a respeito da teoria dos frutos da árvore envenenada contava com adesão quase idêntica dentre os Ministros integrantes daquela Corte.

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL NORTE-AMERICANO

⁷⁴¹ . *Op. cit.*, p. 32.

A doutrina das *Exclusionary Rules*

A quarta emenda⁷⁴² à Constituição Federal americana estabelece a garantia de inviolabilidade de pessoas, residências e papéis contra buscas e apreensões arbitrárias (*unreasonable searches and seizures*), só podendo se proceder a tais medidas mediante mandado judicial de prisão (*arrest*) ou busca e apreensão (*search and seizure*) fundado em indícios robustos (*probable cause*). A quinta emenda⁷⁴³, por sua vez, estabelece a garantia da liberdade pessoal, o direito à não auto-incriminação e a garantia do devido processo legal.

A doutrina desenvolvida a partir da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana acerca da inadmissibilidade da utilização, no processo, de provas obtidas em desrespeito a essas garantias constitucionais é denominada, no direito norte-americano, de *exclusionary rules*⁷⁴⁴.

A Suprema Corte, inicialmente, em razão de uma compreensão radical do princípio federativo, entendia que as *exclusionary rules* se aplicavam unicamente às provas obtidas ilicitamente por autoridades policiais federais, não se aplicando as restrições da quarta emenda às provas obtidas por agentes policiais estaduais (*Weeks v. United States*⁷⁴⁵)⁷⁴⁶.

Tal entendimento da Suprema Corte ligava-se à própria origem das oito primeiras emendas à Constituição Federal americana, conhecidas como *Bill of Rights*.

Com efeito, tendo as colônias americanas se libertado do domínio inglês, preocuparam-se os delegados dos recém-criados Estados em estabelecer um corpo de garantias, a fim de que não caíssem os Estados e o povo sob o jugo do Governo Federal. A Carta de Direitos (*Bill of Rights*), dessa forma, foi concebida como um conjunto de garantias inseridas na Constituição com o fim de

⁷⁴² “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 probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” (Numa tradução livre: “O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra buscas e apreensões arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios razoáveis, confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas”).

⁷⁴³ . “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.” (Numa tradução livre: “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou em sua integridade física; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização”).

⁷⁴⁴ . “The exclusionary rule is a criminal defendant’s remedy for a violation of his or her constitutional (Fourth, Fifth, or Sixth Amendment) rights by police. The remedy entitles the criminal defendant to have all evidence obtained as a result of the violation excluded from his or her trial” (Numa tradução livre: “A regra de exclusão é um remédio à disposição do acusado em caso de violação de seus direitos constitucionais (Quarta, Quinta ou Sexta Emendas) pela polícia. O remédio assegura ao acusado a exclusão do seu processo de toda evidência obtida como um resultado dessa violação.”) (KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 228).

⁷⁴⁵ . 232 U.S. 383, 34, S. Ct. 341, 58 L. Ed. 652 (1914).

⁷⁴⁶ . WAYNE; JEROLD; NANCY – p. 106.

proteger os cidadãos contra a opressão do Governo Federal, sendo portanto, como entendeu a Suprema Corte dos Estados Unidos originalmente, inaplicável aos atos praticados pelos Governos Estaduais⁷⁴⁷.

Tal cenário veio a mudar após a Guerra Civil americana, com a aprovação, em 1868, da 14ª Emenda à Constituição Americana⁷⁴⁸, que estendeu aos Estados à garantia do *due process of law*, fornecendo à Suprema Corte norte-americana subsídios para que pudesse ampliar sua interpretação acerca da aplicabilidade da *Bill of Rights*⁷⁴⁹.

Assim, em 1927, a Suprema Corte passou a entender que as *exclusionary rules* também se aplicavam às autoridades policiais estaduais, sempre que houvesse participação na diligência de oficiais federais ou que a diligência fosse praticada para fins federais (*federal purposes*)^{750 751}.

Posteriormente, alicerçada também na 14ª Emenda à Constituição norte-americana, a Suprema Corte passou a entender que muitas das garantias constitucionais previstas nas oito primeiras Emendas seriam igualmente oponíveis aos atos praticados por agentes dos Estados, dentre elas as garantias contidas na Quarta e na Quinta Emendas (*Wolf v. Colorado*, *Rochin v. California* e, em especial, *Elkins v. United States*⁷⁵² e *Mapp v. Ohio*⁷⁵³).

Dessarte, a Suprema Corte norte-americana, desde *Mapp v. Ohio*, sedimentou uma interpretação ampla das *exclusionary rules*, de forma a considerar inadmissível uma prova obtida em desconformidade a garantias constitucionais, quer seja (1) apresentada perante uma Corte Federal, ainda que obtida por agentes estaduais, (2) apresentada perante uma Corte Estadual, ainda que obtida por agentes federais ou (3) apresentada perante a Corte de um Estado, embora obtida por agentes de outro Estado.

Evidentemente, o principal objetivo das *exclusionary rules* é impedir buscas e apreensões desarrazoadas (*Wolf*, *Elkins* e *Mapp*, além do posterior *Linkletter v. Walker*⁷⁵⁴), desencorajando as autoridades policiais de violar a Constituição⁷⁵⁵.

⁷⁴⁷. KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 20.

⁷⁴⁸. “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities 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.” (numa tradução livre: “Nenhum Estado poderá aprovar ou executar qualquer lei que possa restringir os privilégios ou imunidades dos Estados Unidos; nem deve qualquer Estado privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”).

⁷⁴⁹. KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 23.

⁷⁵⁰. *Byars v. United States* (273 U.S. 28, 47 S Ct. 248, 71 L.Ed. 520) (1927) e, ainda, *Gambino v. United States* (275 U.S. 310, 48, S. Ct. 137, 72 L.Ed. 293) (1927), *apud* WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* - p. 109.

⁷⁵¹. WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* - p. 106.

⁷⁵². O caso *Elkins v. United States* é particularmente representativo dessa evolução na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, na medida em que nele houve específica negativa da denominada *silver platter doctrine*, ou seja, da doutrina segundo a qual evidências ilegais seriam admissíveis em cortes federais, quando obtidas por agentes dos Estados. (*Idem*, p. 107).

⁷⁵³. Em *Mapp v. Ohio*, a Suprema Corte entendeu que as provas obtidas em desconformidade com as garantias estabelecidas na quarta e na quinta emendas da Constituição Federal eram igualmente inadmissíveis perante as cortes estaduais (*idem, ibidem*).

⁷⁵⁴. 381 U.S. 618, 85 S. Ct. 1731, 14 L. Ed. 2d 601 (1965), *apud* WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* - p. 108.

Assim, como assentou a Suprema Corte em *Burdeau v. McDowell*⁷⁵⁶, a Quarta Emenda e as *exclusionary rules* dela decorrentes surgiram historicamente com a finalidade de impor limites à atuação de agentes estatais e, portanto, têm como principal propósito conter a ação de tais agentes, em prol de liberdades individuais.

Não obstante, há outros propósitos igualmente destacados na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana⁷⁵⁷.

Assim, por exemplo, entende a Suprema Corte norte-americana que as *exclusionary rules* são também um imperativo da integridade judicial, impedindo que o Judiciário se torne cúmplice do descumprimento da Constituição e, ainda, um imperativo da própria confiabilidade no Governo, na medida em que mostra ao cidadão que o governo não vai se beneficiar de uma conduta ilegal⁷⁵⁸.

Na Suprema Corte norte-americana, assim como se deu no Supremo Tribunal Federal brasileiro, houve posicionamentos contrários à exclusão das provas ilicitamente obtidas, como é de se destacar o posicionamento do *Chief Justice Burger*, que no julgamento *Bivens v. Six Unknown named Agents*⁷⁵⁹ sugeriu que as provas fossem admitidas em juízo, assegurando-se de outra parte às vítimas da violação à garantia constitucional um direito à reparação civil.

Tais entendimentos, no entanto, não prevaleceram na Suprema Corte norte-americana⁷⁶⁰, que, a despeito de variadas críticas (paralisação da atividade policial, benefício a culpados e outras), consolidou o entendimento de que as provas ilícitas não são admissíveis no processo, devendo ser dele excluídas (*exclusionary rules*), ainda que em alguns casos tenha a Suprema Corte dado alguma margem de admissão a tais provas⁷⁶¹.

⁷⁵⁵ . *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1, 115 S.Ct. 1185, 131 L. Ed. 2d 34 (1995), *apud* KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) –p. 228.

⁷⁵⁶ . 256 U.S. 465, 41 S.Ct. 574, 65 L.Ed. 1048 (1921), *apud* WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* – p. 120.

⁷⁵⁷ . WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* - pp. 107/108.

⁷⁵⁸ . *Idem, ibidem*.

⁷⁵⁹ . 403 U.S. 388, 91 S. Ct. 1999, 29 L.Ed. 2d 619 (1971), *apud* WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* - p. 109.

⁷⁶⁰ . Quando afirmamos que tal entendimento não prevaleceu, não queremos dizer com isso que a Suprema Corte tenha negado o direito à reparação civil da vítima da violação de uma garantia constitucional, mas apenas que a Suprema Corte pretendeu assentar que a discussão não se esgota na reparação civil, gerando a ilicitude também uma repercussão processual, qual seja, a inadmissibilidade da prova. No tocante à reparação, é importante destacar que o Código dos Estados Unidos (USCA), na Seção 1983, Título 42, assegura que todo aquele que houver violado garantia estabelecida na Constituição, poderá ser demandado e responsabilizado em juízo como causador do dano por aquele que o sofreu (*Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress [...]*). Esse é o suporte legal para uma ação de responsabilidade civil por violação de garantia constitucional, a ser movida em face de agentes públicos municipais ou estaduais, principalmente policiais (promotores são imunes em sua atuação). No caso de violações praticadas por agentes federais, embora inaplicável a seção 1983, é possível buscar a responsabilização do agente policial federal, com base em entendimento jurisprudencial da Suprema Corte (*Bivens v. Six Unknown Named Agents*) e é possível, ainda, responsabilizar o governo com base em Lei aprovada em 1974, que impôs ao Governo uma responsabilidade subjetiva.

⁷⁶¹ . Assim, por exemplo, em *United States v. Leon* a Suprema Corte entendeu que são admissíveis as provas obtidas com base em mandado de busca e apreensão judicial que posteriormente se revele desprovido de suporte razoável, pois as cláusulas de exclusão se dirigem à atividade policial e não a corrigir erros dos juízes, havendo de se pesar custos e benefícios da adoção das *exclusionary rules* em tais situações. (WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* - p. 110). É

The fruits of the poisonous tree

A *exclusionary rule* extraída da Quarta e da Quinta Emendas à Constituição Americana, em conformidade com a jurisprudência firmada pela Suprema Corte norte-americana, não se limitou à inadmissibilidade das provas obtidas diretamente em desconformidade com as garantias constitucionais (v.g., uma apreensão realizada sem mandado judicial e sem *probable cause*), mas passou a alcançar toda e qualquer prova ou evidência a que tenha a autoridade policial chegado em razão da diligência ilegal.

Esta é a doutrina que ficou conhecida como *fruits of the poisonous tree doctrine*⁷⁶², ou ainda, *Wong Sun doctrine*, em referência ao famoso caso *Wong Sun v. United States*⁷⁶³, no qual foi reconhecida a inadmissibilidade das entre nós denominadas provas ilícitas por derivação, os tais frutos da árvore envenenada⁷⁶⁴.

Em conformidade com a teoria dos frutos da árvore envenenada, todo aquele que teve garantias constitucionais violadas pela autoridade policial pode invocar a exclusão do processo de todas as evidências obtidas direta ou indiretamente em razão dessa violação⁷⁶⁵.

importante ressaltar, no entanto, que este julgamento da Suprema Corte não excluiu completamente a incidência das *exclusionary rules* em buscas realizadas com suporte em mandado judicial, pois estas vão incidir sempre que “*falte ao policial fundamentos razoáveis para acreditar que o mandado foi validamente expedido*” como se dá, por exemplo, quando o policial tem conhecimento de que o mandado foi expedido com suporte em evidências falsas ou fabricadas ou é de tal forma deficiente que não pode ser reputado como válido.

⁷⁶² . A expressão *fruits of the poisonous tree* foi cunhada pelo Justice Frankfurter, no caso *Nardone v. United States* (308 U.S. 338, 60 S. Ct. 266, 84 L. Ed. 307 – 1939, *apud* WAYNE; JEROLD; NANCY – *op. cit.* - p. 509).

⁷⁶³ . 371 U.S. 471, 83 S. Ct. 407, 9 L. Ed. 2d 441 (1963) *apud* KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 228. Neste caso, agentes federais ingressaram no apartamento de Blackie Toy, algemaram-no e o prenderam sob acusação de tráfico de drogas, tudo sem mandado judicial ou *probable cause*; Blackie Toy, no ato da prisão, deu declarações comprometedoras para si mesmo e para uma outra pessoa chamada Johnny Yee; a polícia, então, foi à casa deste último e lá o prenderam e encontraram heroína em sua posse, que ele disse ter comprado de Blackie Toy e Wong Sun, que então foi posteriormente preso. Após ter sido solto, Wong Sun retorna voluntariamente à delegacia e confessa. Nesse complexo caso, a Suprema Corte entendeu que tanto as declarações comprometedoras dadas por Blackie Toy, quanto a droga encontrada com Johnny Yee não poderiam ser utilizadas como prova contra Blackie Toy, porque fruto de uma busca e apreensão e prisão inconstitucionais (*idem*, p. 281).

⁷⁶⁴ . KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 231.

⁷⁶⁵ . De outra parte, é importante observar que a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana estabeleceu que apenas aquele que teve suas garantias constitucionais violadas pode invocar a exclusão da prova. Assim, embora a prova não sirva para condenar aquele que teve garantias constitucionais violadas, poderá ser utilizada no processo de terceiro que não tenha tido violadas garantias constitucionais. Não há uma ilicitude da prova em si, mas um direito de requerer a exclusão da prova por parte daquele que teve garantias violadas. Um exemplo dado por KLOTTER *et alli* (1998) deixa bem claro esse entendimento da Suprema Corte: suponha que a polícia entre na residência de uma mulher, sem mandado judicial ou *probable cause*, procurando por evidências de tráfico de drogas e lá encontre cinco quilos de cocaína, uma balança de precisão e uma foto do irmão da mulher ao lado de uma plantação de maconha e, com base nisso, obtenha um mandado judicial para busca na residência desse irmão, onde vem a encontrar a plantação de maconha, bem como inúmeras fotos do irmão e da irmã cultivando a planta. No caso da irmã, a cocaína apreendida não poderá ser utilizada como prova em eventual acusação por tráfico de drogas, na medida em que a apreensão se deu de forma irregular, violando seus direitos constitucionais; de outra parte, também não poderão ser utilizadas as fotos apreendidas na casa de seu irmão como prova contra a irmã de seu envolvimento no tráfico de maconha, na medida em que tais fotos estão excluídas por aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada; não obstante, o irmão poderá ser regularmente acusado com base nas provas apreendidas na residência dele, eis que ele não teve qualquer direito constitucional violado, na medida em que a busca realizada baseou-se em mandado judicial regularmente expedido (KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 232).

Assim, por exemplo, se uma pessoa é presa em flagrante portando irregularmente arma de fogo e a polícia, mediante tortura, obtém a informação de que esta pessoa armazena grande quantidade de droga ilícita em sua residência, ainda que venha a autoridade policial a obter um mandado de busca e apreensão da droga, esta não poderá ser utilizada como prova no processo, porque, não obstante a apreensão tenha ocorrido lícitamente com base em mandado judicial, a diligência está, por aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, contaminada pela violação originária de garantias constitucionais⁷⁶⁶.

Dessarte, a regra, na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, é a da exclusão (*exclusionary rule*) tanto das provas obtidas diretamente em violação a uma garantia constitucional (v.g., apreensão realizada sem mandado judicial ou *probable cause*), quanto das provas obtidas a partir de uma violação originária, da qual derive (aplicação da *fruits of the poisonous tree doctrine*).

No entanto, ao lado desta regra geral de exclusão, a Suprema Corte norte-americana elaborou algumas exceções à aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, ou seja, concebeu algumas situações em que, a despeito da ilicitude originária, a prova derivada poderia ser utilizada no processo, porque sua exclusão não atenderia a qualquer dos propósitos da regra de exclusão (*doctrine of attenuation*).

São as exceções da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*), da violação de boa-fé (*good faith exception*) e da fonte independente (*independent source exception*)⁷⁶⁷.

No caso da exceção da descoberta inevitável, assentou a Suprema Corte que a prova derivada será admissível no processo, se a acusação for capaz de demonstrar que a evidência ou prova ilegalmente obtida seria encontrada mesmo na ausência da violação⁷⁶⁸.

Assim, por exemplo, se ocorre um acidente de trânsito e um dos motoristas ameaça o outro com uma faca, evento posteriormente relatado pelo motorista ameaçado ao policial que registra a ocorrência, este policial está autorizado (porque presente *probable cause*) a realizar uma busca pessoal no motorista supostamente armado, ou mesmo no porta luvas, a fim de encontrar referida arma.

Encontrada a arma com o motorista e sendo este regularmente preso pelo porte ilegal, não há mais *probable cause* para se dar continuidade à busca em outras partes do veículo. Mas se, a despeito da ausência de *probable cause*, a autoridade policial der prosseguimento à busca e abrir o porta malas do veículo, lá encontrando certa quantidade de drogas, esta última evidência, não obstante ilegalmente obtida, poderá ser aproveitada, na medida em que, tendo sido regularmente preso o motorista, a droga seria inevitavelmente descoberta em posterior inventário dos objetos existentes no veículo, a ser realizado na delegacia de polícia.

⁷⁶⁶ . “[...] when a confession is tainted by police illegality, the taint carries over and destroys the admissibility of **derivative evidence** that was discovered as a result of the confession” (“[...] quando uma confissão é viciada por ilegalidade policial, a mácula acompanha e destrói a admissibilidade da prova derivada que foi descoberta como um resultado da confissão”) (KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 281).

⁷⁶⁷ . KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 233.

⁷⁶⁸ . *Idem, ibidem*.

De outra parte, também não há o que se falar em exclusão da prova, segundo a Suprema Corte, quando esta resulta concomitantemente de uma fonte independente, como se tem exemplo no célebre caso *Wong Sun v. United States*, já referido anteriormente⁷⁶⁹.

Neste caso, embora toda a sequência de provas e evidências colhidas tenha sido derivada de uma prisão e de uma busca e apreensão inconstitucionais realizadas no apartamento de Blackie Toy e, por isso mesmo, reputadas inadmissíveis por aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, diferente foi a conclusão da Suprema Corte com relação à confissão feita por Wong Sun dias depois de haver sido solto da prisão ilegal.

Como já mencionado, após sua prisão ilegal, Wong Sun foi solto e, dias depois, regressou espontaneamente à Delegacia, confessando os crimes de tráfico de drogas. Evidentemente, esta segunda confissão nunca teria existido não fossem as ilegalidades originárias praticadas pela polícia; no entanto, entendeu a Suprema Corte que estava de tal forma caracterizada a fragilidade da derivação (regresso espontâneo dias depois da soltura), que a confissão haveria de ser considerada oriunda de uma fonte independente (a própria e espontânea vontade de confessar – *independent act of free will*), sendo, portanto, admissível sua utilização como prova⁷⁷⁰.

A aplicação da exceção da fonte independente, como acentuam KLOTTER, John C.; KANOVITZ, Jacqueline R.; KANOVITZ, Michael I.⁷⁷¹, envolve considerações de três ordens: (1) o tempo decorrido desde a cessação da violação a direito garantido na Quarta Emenda, (2) a presença de circunstâncias intervenientes que afetem a cadeia causal e (3) o grau mais ou menos elevado de intenção de violar tais garantias presente na autoridade policial.

A exceção da violação de boa-fé, por sua vez, parte da premissa de que por mais cuidadosa que seja a autoridade policial, violações acidentais e involuntárias de direitos constitucionais podem ocorrer e que, em tais circunstâncias, a exclusão da prova não atenderia a qualquer dos propósitos da regra, em especial, não atenderia ao propósito de inibir o abuso policial⁷⁷².

Para que a exceção seja aplicável, é necessário que a violação não seja intencional, ou seja, o policial deve agir na suposição de que está no regular exercício de sua atividade, em conformidade com as garantias da Quarta Emenda e, adicionalmente, tal convicção há de ser razoável sob as circunstâncias em que a violação concretamente ocorreu⁷⁷³.

Um exemplo claro dessa exceção de boa-fé na jurisprudência da Suprema Corte é o já referido caso *Arizona v. Evans*. Na hipótese, policiais fizeram uma parada de rotina de um veículo e, ao checar na base de dados o nome do condutor do veículo, verificaram haver indicação da existência de um mandado de prisão expedido em desfavor do mesmo, razão pela qual efetuaram a sua prisão e procederam a uma busca pessoal e no veículo, encontrando drogas. Posteriormente, veio a se

⁷⁶⁹ . Vide nota 33.

⁷⁷⁰ . *Idem*, pp. 281/282.

⁷⁷¹ . *Op. cit.*, pp. 283/284.

⁷⁷² . *Idem*, p. 233.

⁷⁷³ . *Idem*, p. 234.

descobrir que a prisão foi ilegal, porque o mandado de prisão havia sido revogado dezessete dias antes, estando desatualizada a base de dados da polícia.

Diante de tal situação, a defesa do motorista arguiu que a droga apreendida deveria ser excluída como prova, na medida em que derivada a apreensão de uma prisão ilícita, por ausência de mandado.

A Suprema Corte, no entanto, discordou da tese da defesa, ao argumento de que os policiais agiram de boa-fé, com base em informações disponíveis na base de dados da polícia, de modo que não restava evidenciado que os policiais pretendessem violar qualquer direito previsto na Quarta Emenda. A exclusão da prova em situações como essa, ao entender da Suprema Corte, não iria reduzir o número de prisões ilegais, razão pela qual a regra de exclusão não poderia ser aplicada⁷⁷⁴.

O TRATAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS NA REFORMA DO CPP

Como referido anteriormente, embora a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, considere inadmissíveis as provas ilicitamente obtidas, o legislador infraconstitucional não cuidou de regulamentar o dispositivo constitucional, de forma que a temática tem passado ao largo da legislação processual e do próprio Código de Processo Penal.

A discussão sobre o tema, no direito brasileiro, como já se expôs, desenvolveu-se unicamente em sede doutrinária e jurisprudencial, colhendo subsídios sobretudo na teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), num ambiente de clara indefinição acerca dos limites de aplicação da cláusula constitucional, sobretudo no que diz respeito às provas ilícitas por derivação.

Outros subsídios doutrinários que também são frequentemente invocados na temática das provas ilícitas são a técnica da ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade, que, embora deitem raízes na Tópica e na Teoria da Argumentação, encontraram na obra do doutrinador alemão Robert Alexy sua formulação mais difundida⁷⁷⁵.

No tratamento do tema das provas ilícitas, as reformas processuais de 2008, em especial a Lei 11.690/08, representaram grande avanço sob o aspecto legislativo, ao conferir-lhe, com a nova redação do artigo 157 do CPP, a disciplina infraconstitucional até então inexistente.

⁷⁷⁴ . Para um relato mais completo do caso, remetemos o leitor a KLOTTER; KANOVITZ; KANOVITZ (1998) – p. 234.

⁷⁷⁵ . Sobre o tema da ponderação de interesses e do princípio da proporcionalidade, recomenda-se a leitura de ALEXY, (2007), de ALEXY (2007) e de SARMENTO.

A reforma processual buscou inspiração principalmente na teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada, não tratando de maneira expressa do princípio da proporcionalidade e da ponderação de interesses⁷⁷⁶.

Embora críticas possam ser feitas aos dispositivos recém-introduzidos ao Código de Processo Penal, sobretudo no que se refere à inadequada compreensão de algumas das teorias elaboradas no direito norte-americano, ao menos agora há um texto normativo que servirá – ao lado dos subsídios doutrinários e jurisprudenciais já existentes – à sistematização do tema.

Assim restou definida pela reforma a redação do artigo 157 do CPP:

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.

§3º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§4º. (VETADO)

Como se percebe da leitura do dispositivo legal em questão, preocupou-se o legislador reformador com a disciplina de diferentes aspectos ligados ao tema da prova ilícita, tratando do próprio conceito de prova ilícita, de prova ilícita por derivação, bem como das questões relativas à fonte independente e à descoberta inevitável.

Clara, portanto, a influência da teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) na reforma empreendida em nosso ordenamento processual penal.

No tocante ao conceito de prova ilícita, optou o legislador por uma concepção ampla, que englobasse tanto as provas obtidas em violação a norma constitucional (v.g., interceptação telefônica realizada sem autorização judicial), quanto aquelas obtidas em violação a norma legal

⁷⁷⁶ . Como bem ressaltou Andrey Borges de Mendonça, a circunstância de a regulamentação legal não haver feito referência ao princípio da proporcionalidade e à ponderação de interesses não significa que tal omissão constitua óbice absoluto à sua utilização, sobretudo no que diz respeito à admissibilidade de provas ilícitas em favor do réu (MENDONÇA (2008) – pp. 171/172). O tema, porém, não será objeto de abordagem no presente trabalho, que tem como foco a influência do processo penal norte-americano nas reformas processuais de 2008.

(v.g., busca e apreensão realizada sem mandado judicial), sendo indiferente se a norma violada é de caráter substancial ou processual.

Assim, o conceito legal de prova ilícita estabelecido no *caput* do artigo 157 engloba tanto as provas obtidas em violação a normas de direito material (denominadas em doutrina *provas ilícitas*), quanto as provas obtidas em violação a normas de direito processual (denominadas em doutrina *provas ilegítimas*)⁷⁷⁷.

Parece-nos com razão a parcela da doutrina que vê no conceito legal uma demasiada amplitude, a merecer alguns temperamentos, haja vista que não necessariamente qualquer violação a dispositivo legal processual implica a inadmissibilidade da prova⁷⁷⁸. No entanto, o desenvolvimento de tal crítica desborda os limites propostos pelo presente estudo, cujo propósito é identificar e demonstrar a influência do processo penal norte-americano na reforma processual ocorrida no ano de 2008.

A adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, por sua vez, restou evidente no parágrafo primeiro do dispositivo legal em questão, relativo ao tema da prova ilícita por derivação, o qual vedou a utilização no processo de provas que, a despeito de sua licitude, tenham origem em provas ilícitas (v.g., busca apreensão realizada com suporte em ordem judicial, mas que seja cumprido em endereço fornecido pelo investigado em confissão mediante tortura).

De modo similar ao que se dá no direito processual penal norte americano, a preocupação principal do legislador é a de desestimular – pela imprestabilidade da prova obtida - condutas policiais violadoras de direitos fundamentais⁷⁷⁹.

Também encontramos no tratamento legislativo conferido à matéria outras importantes influências da teoria dos frutos da árvore envenenada, como se dá em especial pela incorporação de algumas das limitações construídas pela jurisprudência da Suprema Corte Americana à sua aplicação, tais como a limitação da fonte independente (*independent source exception*) (art. 157, §1º), a limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*) (art. 157, §2º)⁷⁸⁰.

A redação do §2º do artigo 157, ao se referir à exceção da fonte independente, apresenta impropriedade, na medida em que o conceito nela exposto se aproxima do conceito atribuído no direito norte-americano à limitação da descoberta inevitável.

Não obstante tal impropriedade, resulta claro do texto legal que tanto a exceção da fonte independente, quanto a limitação da descoberta inevitável foram acolhidas pelo legislador reformador.

A limitação da boa-fé (*good faith exception*), não obstante possa servir como subsídio doutrinário e jurisprudencial à aplicação do dispositivo legal, não recebeu expressa positivação na reforma processual.

⁷⁷⁷ . MENDONÇA (2008) – p. 170.

⁷⁷⁸ . Para uma análise mais abrangente deste ponto, recomenda-se a leitura de GOMES FILHO (2008) – pp. 265/266.

⁷⁷⁹ . MENDONÇA (2008) - p. 173.

⁷⁸⁰ . *Idem, ibidem*.

A INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS NO CPP BRASILEIRO

É da tradição do direito processual brasileiro, seja no processo civil, seja processo penal, seja no processo do trabalho, que a produção da prova testemunhal tenha na pessoa do juiz o seu principal ator, bem como que a interlocução dos advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público com as testemunhas inquiridas se dê necessariamente por intermédio do juiz.

Com efeito, dispõe o Código de Processo Civil que o juiz é o primeiro inquiridor, formulando perguntas antes das partes e antes do Ministério Público, aos quais cabe formular perguntas “*tendentes a esclarecer ou completar o depoimento*” (artigo 416 do CPC). Além disso, estabelece o Código que a inquirição das testemunhas é atribuição do juiz (artigo 413 do CPC), de forma que a formulação de perguntas pelas partes sempre se dá por intermédio dele.

O mesmo panorama é encontrado na Consolidação das Leis do Trabalho, cujo artigo 820 dispõe que “*as partes e as testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente*” e que as partes e seus advogados formularão perguntas que a elas serão dirigidas “*por intermédio do juiz*”.

No processo penal brasileiro anterior às reformas de 2008, ao menos com relação aos processos desenvolvidos perante os juízos singulares, é possível afirmar que esse sistema de mediação era igualmente o que prevalecia, tendo em vista que o artigo 212 do Código de Processo Penal dispunha que “*as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha*”.

Apenas com relação à inquirição de testemunhas no plenário do júri registrava-se alguma divergência doutrinária, tendo por base a redação então vigente para os artigos 467 e 468 do CPC.

Com efeito, segundo Fernando Capez⁷⁸¹ e Magalhães Noronha⁷⁸², por exemplo, a inquirição de testemunhas perante o Tribunal do Júri não se submetia a esse sistema de mediação pelo juiz, eis que referidos autores entendiam que o disposto nos artigos 467 e 468 do CPP autorizaria a inquirição direta de testemunhas por advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, afastando-se do regramento geral estabelecido pelo artigo 212 do mesmo Código.

Esse posicionamento, no entanto, não era tranquilo na doutrina, sendo de se destacar entendimentos no sentido de que os artigos 467 e 468 do CPP não autorizavam – a despeito de aparentemente assim o fazerem – a inquirição direta de testemunhas.

Registre-se, nesse sentido, a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira⁷⁸³:

Embora possa parecer que o art. 467 permite a inquirição *direta* das partes, parece-nos que tal não ocorre. O nosso sistema processual, ao contrário do Direito anglo-americano, em que vige o *cross examination* (exame cruzado, isto é, por quem não arrolou a testemunha) e o *direct examination* (a ser

⁷⁸¹ . *Op. cit.*, p. 575.

⁷⁸² . NORONHA (1999) - p. 357.

⁷⁸³ . *Op. cit.* – p. 578.

feita pela parte que a arrolou), somente autoriza a inquirição de testemunhas por intermédio, ou pela mediação, do juiz

Vê-se, portanto, que excepcionados os processos relativos a infrações penais inseridas na competência do Tribunal do Júri, trata-se de procedimento sedimentado no direito processual nacional que a colheita da prova testemunhal tem como protagonista o juiz, único ator do processo legitimado a manter diálogo direto com as testemunhas. A comunicação entre partes e testemunhas é, em qualquer dos ramos do processo, objeto de *filtragem* por parte do juiz que conduz a audiência.

Este método de inquirição das testemunhas, que entre nós prevalece de longa data, e que pode ser denominado *sistema de exame judicial*⁷⁸⁴ ou *sistema presidencialista*⁷⁸⁵, tem por fundamento, de um lado, a circunstância de o juiz ser o principal destinatário da prova⁷⁸⁶ e, de outro lado, a premissa de que a inquirição direta das testemunhas pelos advogados e membros do Ministério Público teria o condão de, muitas vezes, intimidar a testemunha ou induzi-la a erro.

A INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL NORTE-AMERICANO

No processo penal americano, diferentemente do que ocorre no processo penal brasileiro, a regra é a de que o julgamento se dê perante o júri (*trial*), embora seja verdade que parcela expressiva dos casos sequer cheguem a esta fase, resolvendo-se na fase do denominado *pre-trial*, em grande parte em razão de acordo celebrado entre a defesa e a acusação.

Não obstante, nos casos em que se chega ao *trial*, a sessão de julgamento se desenvolve segundo uma sequência de atos determinados⁷⁸⁷: (1) declarações iniciais pela defesa e pela acusação, em que as partes expõem sumariamente aos jurados as provas que pretendem produzir (*opening statements*); (2) depoimentos testemunhais, iniciando-se pelas testemunhas da acusação (*evidence in chief*) e seguindo-se com as da defesa (*evidence in defense*); (3) depoimentos testemunhais em réplica pela acusação, com o fim de desconstituir a prova defensiva (*rebuttal witnesses*), podendo consistir em novas testemunhas ou reinquirição de testemunhas anteriormente ouvidas; (4) em surgindo fatos ou circunstâncias novas na réplica, a defesa pode produzir prova testemunhal em tréplica (*rejoinder* ou *surrebuttal*); (5) alegações finais pelas partes e (6) instruções aos jurados⁷⁸⁸.

No que toca ao procedimento para inquirição das testemunhas, cada testemunha é inicialmente inquirida pela parte que a arrolou (*direct examination*), ao que se segue inquirição pela

⁷⁸⁴ . CAPEZ - *Op. cit.*, p. 278.

⁷⁸⁵ . MENDONÇA (2008) – p. 285.

⁷⁸⁶ . A respeito da primeira justificativa, que deita raízes no processo inquisitório, no qual preponderava a figura do juiz na direção da prova, lecionava o eminente Magalhães Noronha que “*não se deve esquecer que ao juiz compete a última palavra no assunto, pois é ele quem vai julgar*” (*op. cit.* – p. 155).

⁷⁸⁷ . A sequência de atos aqui exposta constitui uma simplificação ou visão panorâmica do procedimento desenvolvido no *trial*, desconsiderando-se eventuais incidentes ou objeções que podem surgir, mas que não guardam uma relação direta com o objeto do presente trabalho. Para uma visão mais completa do procedimento perante o *trial*, remete-se o leitor à obra de STRONG (1999).

⁷⁸⁸ . *Idem*, pp. 6/7.

parte contrária (*cross examination*), com possibilidade de nova inquirição na sequência pela própria parte que a arrolou (*re-direct examination*) e pela parte contrária (*re-cross examination*)⁷⁸⁹.

Tal inquirição é feita diretamente pelo promotor ou pelo advogado da defesa, sem intermediação do juiz, que exerce apenas um papel de fiscalização da produção da prova e de decisão, relativamente a eventuais objeções que sejam feitas por uma das partes em relação ao questionamento que é levado a efeito pela outra.

Se, de um lado, o exame direto da testemunha pela parte que a arrolou (*direct examination*) tem por finalidade permitir à parte comprovar a sua versão dos fatos, tal qual exposta pela acusação ou pela defesa, de outro lado, o direito de inquirir a testemunha arrolada pela parte contrária (*cross examination*) tem sido reconhecido, inclusive pela Suprema Corte norte-americana, como uma decorrência necessária do direito ao confronto (*confrontation*) estabelecido na Sexta Emenda da Constituição americana⁷⁹⁰.

A INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS NA REFORMA DO CPP

Como já observado em capítulo precedente, é da tradição de nosso direito processual que a inquirição de testemunhas tenha como principal ator o juiz, seja pela previsão de ser o juiz o primeiro a formular perguntas (principal inquisidor), cabendo às partes buscar esclarecimentos ou complementação do depoimento, seja pela adoção de um sistema em que a formulação das perguntas pelas partes sempre é realizada por intermédio do juiz (sistema presidencialista).

As reformas levadas a cabo no Código de Processo Penal brasileiro pelas Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08 incorporaram em grande medida, no tocante à colheita da prova testemunhal, a sistemática vigente nos países de tradição do *common law* exposta no capítulo anterior.

Em linhas gerais, pode-se dizer que, embora a reforma não tenha reduzido o juiz à condição de mero expectador da cena processual, seu papel foi substancialmente modificado, na medida em que passou de primeiro a último inquiridor e, ainda, em razão da adoção da sistemática da *direct examination* e da *cross examination*.

Com efeito, o artigo 212 do Código de Processo Penal, com a redação atribuída pela Lei 11.690/08, inequivocamente autorizou as partes a formularem perguntas diretamente às testemunhas, sem a necessidade de intermediação pelo juiz, como se dá no entre nós tradicional sistema presidencialista.

Da mesma forma, restou disposto em referido artigo que a função inquisidora do juiz é subsidiária ou secundária, cabendo-lhe apenas, ao final da inquirição realizada pelas partes, complementá-la em relação a pontos que não tenham restado suficientemente esclarecidos.

⁷⁸⁹ . *Idem, ibidem.*

⁷⁹⁰ . *Idem*, p. 34.

Mesmo na sessão plenária do Júri, em relação à qual prevalecia em doutrina⁷⁹¹ o entendimento de que a inquirição das testemunhas era realizada diretamente pelo membro do Ministério Público ou pelo Advogado do acusado, conforme dispunham os artigos 467 e 468 do Código de Processo Penal, registravam-se opiniões em contrário⁷⁹², a sustentar a incidência do sistema presidencialista.

A Lei 11.689/08, de forma a afastar quaisquer dúvidas ou divergências, expressamente dispôs, no artigo 473 do Código de Processo Penal, que tanto o juiz, quanto o Ministério Público, o acusado, o querelante e o assistente da acusação “*tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação*”, mantendo ainda, a forma de inquirição direta para as testemunhas da defesa (art. 473, §1º, CPP).

Em outras palavras, o sistema de *direct* e *cross examination*, nos moldes do que dispôs o artigo 212 do Código de Processo Penal na disciplina geral da prova, passou a ser inequivocamente adotado também na sessão plenária do Júri^{793 794}.

Também na primeira fase do procedimento dos crimes da competência do Tribunal do Júri, que passou a ter regramento próprio com a Lei 11.689/08, abalizada doutrina⁷⁹⁵ vem sustentando que a inquirição das testemunhas em audiência de instrução (artigo 411 do CPP), diante da ausência de previsão específica, há de observar analogicamente a sistemática estabelecida no artigo 212 do CPP, seja no tocante à ordem de formulação de perguntas, seja no tocante à sistemática de inquirição (*direct* e *cross examination*).

Cabe por fim observar, ainda que não se refira à inquirição de testemunhas, que o sistema de inquirição direta (*direct* e *cross examination*) do direito norte-americano foi incorporado também à colheita do depoimento do ofendido e ao interrogatório do acusado na sessão plenária do Júri, por força do disposto nos artigos 473, *caput*, e 474, §1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.689/08.

Assim, o sistema americano de inquirição de testemunhas e partes (*direct* e *cross examination*) serviu de inspiração não só à reforma da sistemática de inquirição de testemunhas, mas também da sistemática de colheita do depoimento do ofendido e do interrogatório do acusado, embora com relação a estes apenas no que diz respeito aos depoimentos em sessão plenária do júri, preservando-se o tradicional sistema presidencialista nos demais procedimentos.

⁷⁹¹ . BADARÓ (2008) – p. 170.

⁷⁹² . OLIVEIRA – *op. cit.* – p. 578.

⁷⁹³ . É de se ressaltar que a reforma processual de 2008 manteve inalterada a ordem de inquirição de testemunhas na sessão plenária do júri, iniciando-se as perguntas pelo juiz e, apenas depois, perguntando as partes. Assim, na sistemática atual, embora o sistema de *direct* e de *cross examination* tenha sido adotado tanto nos processos do Júri, quanto nos processos da competência do juiz singular, apenas com relação a estes últimos houve a inversão na ordem tradicional de formulação de perguntas, com o juiz perguntando ao final.

⁷⁹⁴ . Apenas as perguntas formuladas pelos jurados às testemunhas não seguem o sistema de perguntas diretas, na medida em que o art. 473, §2º, do CPP dispõe que, em relação a tais perguntas, segue-se observando o sistema presidencialista, com intermediação do juiz presidente.

⁷⁹⁵ . BADARÓ (2008) – p. 66.

Como se vê, com a reforma processual, o papel do juiz passa a ser principalmente o de fiscalizar a atuação das partes, por ocasião da inquirição das testemunhas, indeferindo perguntas impertinentes, indutivas ou repetidas, e apenas secundariamente o de ele próprio inquiri-las, no que se manifesta nítida aproximação com o direito americano.

CONCLUSÃO

Do quanto se expôs ao longo do presente trabalho, constata-se que a disciplina existente no direito norte-americano, relativamente à inadmissibilidade das provas ilícitas, sobretudo no que diz respeito à vedação das provas ilícitas por derivação (*fruits of the poisonous tree doctrine*) e às limitações à regra de exclusão dessas provas (*independent source exception* e *inevitable discovery exception*), serviu de fonte de inspiração à reforma processual penal, em especial para a nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal.

De outra parte, é nítida na reforma a tendência ao abandono do sistema presidencialista de inquirição de testemunhas, do ofendido e do acusado, substituindo-se tal sistema pelo de inquirição direta e cruzada (*direct* e *cross examination*) existente no direito processual norte-americano.

Afirma-se, portanto, a título de conclusão, que as reformas empreendidas no Código de Processo Penal no ano de 2008, por meio das Leis 11.689, 11.690 e 11.719, sofreram influência direta do direito processual norte-americano, sobretudo no que diz respeito à disciplina da prova ilícita por derivação e à nova sistemática de produção da prova testemunhal.

BIBLIOGRAFIA

- ALEX, Robert – *Teoria dos direitos fundamentais* – Tradução de Virgílio Afonso da Silva – São Paulo: Malheiros – 2008.
- _____. *Constitucionalismo discursivo* – Tradução de Luís Afonso Heck – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora – 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos – Reformas processuais e poderes do Juiz – In: *Temas de direito processual – Oitava série* – São Paulo: Saraiva – 2004.
- _____. La significación social de las reformas procesales – In: *Temas de direito processual – Nona série* – São Paulo: Saraiva – 2007
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy – Tribunal do Júri – In: *As Reformas no Processo Penal – As novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma* (coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura) – São Paulo: Revista dos Tribunais – 2008.
- CAPEZ, Fernando – *Curso de Processo Penal* – 5ª Edição – São Paulo: Saraiva – 2000.
- KLOTTER, John C.; KANOVITZ, Jacqueline R.; KANOVITZ, Michael I. – *Constitutional Law* – 8º ed. – Cincinnati (Ohio): Anderson Publishing Co. – 1998
- MENDONÇA, Andrey Borges de – *Nova Reforma do Código de Processo Penal* – São Paulo: Editora Método – 2008.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org.) – *As Reformas no Processo Penal* – São Paulo: Revista dos Tribunais – 2008.

NORONHA, Edgard Magalhães – *Curso de Direito Processual Penal* – 27ª edição – São Paulo: Saraiva – 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de – *Curso de Processo Penal* – 7ª Edição – Belo Horizonte: Del Rey – 2007.

PEREIRA, Guilherme Bollorini – *Juizados Especiais Federais Cíveis* – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris – 2004.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes – *A ponderação de interesses na Constituição* – Dissertação de Mestrado em Direito Público defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

STRONG, John W. *et alli* – *McCormick on Evidence* – Fifth Edition – St. Paul, Minn.: West Group – 1999.

WAYNE, R. La Fave; JEROLD, H. Israel; NANCY J. King – *Criminal Procedures* – 4ª Edição – St. Paul/MN: Thomson West – 2004.