

TERESA ARMENTA DEU

A PROVA ILÍCITA
Um estudo comparado

Tradução

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

A prova ilícita: um estudo comparado

Teresa Armenta Deu

Título original: *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*

(1.ª edição: 2009; 2.ª edição: 2011)

Tradução (da 2.ª edição original)

Nereu José Giacomolli

Capa

Nacho Pons

Preparação e editoração eletrônica

Ida Gouveia / Oficina das Letras*

Todos os direitos reservados.

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

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

D494p

Deu, Teresa Armenta.

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

Tradução de: La prueba ilícita: un estudio comparado

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-85-66722-13-0

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

14-08209

CDU: 343

© Teresa Armenta Deu

© Nereu José Giacomolli

© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.

Av. Brigadeiro Faria Lima, 1461, conj. 64/5, Torre Sul
Jardim Paulistano CEP 01452-002 São Paulo-SP

☎ (11) 3192.3733

www.marcialpons.com.br

SUMÁRIO

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

CAPÍTULO I

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

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

CAPÍTULO II

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

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

CAPÍTULO III

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

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

CAPÍTULO IV

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

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

CAPÍTULO V

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