

ABOLIÇÃO DA PROVA ILÍCITA: O COMPARATISMO E A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

ABOLISHING THE EXCLUSIONARY RULE: COMPARATISM AND DECONSTITUTIONALIZATION OF
EXCLUSIONARY RULE

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Pós-Doutor pela Universidade Federico II; Doutor em Direito pela UFPR; Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS. Coordenador da Especialização em Ciências Penais da PUC-RS. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2085174043653648>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1205-380X>

ricardogloekner@hotmail.com

Resumo: O artigo tenta demonstrar como o comparativismo como ferramenta metodológica e o recente giro desconstitucionalizante produzido pela Suprema Corte americana são usados de uma forma certamente incorreta no Processo Penal. O uso equivocado do direito comparado como um índice epistêmico contribuiu para aumentar as brechas nas garantias processuais penais, principalmente a prova ilícita. A importação de "regras de inclusão" significa uma operação disfarçada rumo à abolição destas regras probatórias.

Palavras-chave: Processo Penal - Prova Ilícita - Direito Comparado.

Abstract: The article intends to show how comparativism as a methodological tool and the ultimate deconstitutionalization turn of exclusionary rules produced by U.S. Supreme Court are used in a certainly wrong way in criminal procedure. The misuse of comparative law as an epistemologic index has contributed to increase breaches in criminal procedure guarantees, mainly the exclusionary rule protection. The importation of "inclusionary rules" means a disguised operation into the abolition of these kind of evidence rules.

Keywords: Criminal Procedure - Exclusionary Rule - Comparative Law.

Uma das temáticas centrais em torno da prova é a tensão existente entre procedimentos para a sua produção, métodos de obtenção e temas que podem ser ou não admitidos no processo. De fato, em torno destas questões o sistema anglo-saxão desenvolveu, mediante práticas coligadas ao Tribunal do Júri, um direito probatório, que atualmente se reveste de natureza disciplinar em algumas escolas de direito (TWINING, 2006). Um caso clássico de discussão sobre proibição probatória no século XVIII era a tortura, admitida por **Bentham**, que se caracterizou, ao longo de sua produção, pela primeira elaboração sistemática em favor da abolição das regras probatórias (TWINING; TWINING, 1973, p. 308). Prova seria liberdade. Posição similar pode ser encontrada em **Sentís Melendo** (1979, p. 336), para quem "direito e probatório, esse substantivo e este adjetivo são termos antagônicos. A prova é liberdade; e quando o direito tenta submetê-la a normas rígidas, deixa de ser prova para se converter, senão em uma caricatura, em algo que já não é prova".

As diversas reformas processuais que se sucederam na Europa e na América Latina (RODRÍGUEZ-GARAVITO *apud* DEZALAY; GARTH, 2011) em torno do Processo Penal acabaram, em maior ou menor medida, abraçando duas características importantes do direito norte-americano: uma configuração das provas ilícitas tomando-se como modelo as regras de exclusão desenvolvidas pela Suprema

Corte dos Estados Unidos; um modelo de adversarialismo calcado no sistema da negociação, em que o *plea bargaining* acaba se tornando o próprio sistema de justiça criminal, na feliz expressão de **Scott e Stuntz** (1992, p. 1912).

A expansão das regras de exclusão aos demais países – mormente por meio de uma "difusão a partir da periferia" (LANGER, 2017, p. 11) – carregou consigo dois problemas bastante importantes. O primeiro deles corresponde ao processo de "desconstitucionalização da prova ilícita", que já se iniciou na década de 1970 nos Estados Unidos e se consumou plenamente na Corte Burger e na Corte Roberts. Por desconstitucionalização da prova ilícita compreende-se o fenômeno a partir do qual as regras de exclusão é que se tornaram verdadeiras exceções diante da expansão das limitações ao reconhecimento da ilicitude. Originariamente, a compreensão acerca do fundamento das regras de exclusão atribuía a natureza de garantia constitucional, como nos casos *Boyd*, *Weeks* e *Mapp*. Além deste fundamento que parece ser o mais relevante, a partir do caso *Elkins v. United States*,¹ de 1960, a Suprema Corte norte-americana se referiu a um fundamento subsidiário: as regras de exclusão deveriam atender também ao preceito de que o Estado não pode cometer crimes para combater outros. A preservação de conduta ética do Estado por intermédio de seus agentes públicos estava

na raiz do fundamento de que as regras de exclusão contribuíam para a garantia da integridade judicial (*judicial integrity principle*) (MIRANDA ESTRAMPES, 2019, p. 37).

A situação mudará drasticamente na metade dos anos 1970, quando a Suprema Corte norte-americana abandona os fundamentos constitucionais das regras de exclusão. Iniciava-se ali um processo de progressiva desconstitucionalização dos fundamentos atribuídos às regras de exclusão e, obviamente, às próprias regras. O uso de argumentos pragmáticos será a tônica a partir de então (MIRANDA ESTRAMPES, 2019, p. 39). A partir do caso *United States v. Calandra*, julgado em 1974, as regras de exclusão passarão a ser tratadas como um remédio de criação jurisprudencial, destinado à salvaguarda dos direitos relativos à IV Emenda, mediante um efeito preventivo sobre as atuações policiais (MIRANDA ESTRAMPES, 2019, p. 40). Também é oportuno referir que a Suprema Corte se valerá, a fim de estabelecer os fundamentos do caso, de uma técnica ponderativa na qual são sopesados os benefícios sociais da exclusão da prova ilícita e os seus custos sociais. Em *United States v. Janis*,² de 1976, mediante a ponderação de interesses, a decisão da Suprema Corte estabeleceu que a principal finalidade das regras de exclusão seria tão somente evitar futuras condutas policiais ilícitas. Foi justamente o uso da técnica de ponderação de interesses, que analisa os benefícios da proteção contra buscas irrazoáveis – em termos de efeito dissuasório dos agentes policiais – e os custos da perda probatória, que acabou por dar lugar, como consequência prática, a uma restrição significativa ao uso das regras de exclusão como resposta às violações constitucionais. A conclusão geral é a de que em não havendo efeito preventivo, não haveria espaço para as regras de exclusão (MIRANDA ESTRAMPES, 2019, p. 48). A desconstitucionalização da prova ilícita (especialmente nos julgados sucessivos à Corte Warren) estabeleceu um período de redução das regras de exclusão, privando de fundamento a doutrina estabelecida em *Mapp v. Ohio* (MIRANDA ESTRAMPES, 2019, p. 46).

O segundo problema detectado é que esta espécie de globalização da cultura jurídica norte-americana permitiu um uso inadequado, antietimológico e epistemologicamente pobre do direito comparado. O traslado das regras de exclusão norte-americanas a partir das modificações introduzidas pela Corte Burger oferece um mecanismo de importação desconstitucionalizada de tais regras. Isso pode ser perfeitamente observável na reforma processual penal brasileira de 2008, em que uma comissão de juristas protagonizou uma das mais deletérias formas de restrição de uma norma constitucional, introduzindo exceções fora do alcance normativo do art. 5º, LVI da CF, consubstanciadas nos parágrafos do art. 157 do CPP. A malsucedida e imprecisa importação das exceções norte-americanas não levou em conta que as regras de exclusão, nos Estados Unidos, são o fruto da interpretação conferida pela Suprema Corte à Quarta e à Sexta Emendas. As discussões em torno de “efeitos preventivos” das regras de exclusão contra possíveis ações irregulares da polícia perdem qualquer sentido no Brasil, posto que a configuração normativa em um e outro país tornaria irreconciliáveis quaisquer pretensões de fungibilidade. Não se pode atribuir ao conteúdo constitucional qualquer espécie de instrumentalismo preventivo, justamente pelo fato de que, ao contrário dos Estados

Unidos (cuja construção das regras de exclusão deriva da proteção contra buscas irrazoáveis), a inadmissibilidade da prova ilícita no Brasil não se subordina a critérios ponderativos que procuram analisar os custos sociais das regras de exclusão.

Pode-se dizer que neste tema há a prevalência de um comparatismo mambembe protocientífico que também não hesita em traçar possíveis comparações com julgados proferidos pela Corte Constitucional alemã, país que não dispõe de qualquer espécie de regulação constitucional quanto à prova ilícita. Tanto que a discussão em torno do “efeito à distância” (cujo desenho é similar à doutrina dos frutos da árvore venenosa norte-americana) é ainda irresoluta no quadrante jurisprudencial alemão, o que não deixa de indicar o baixo desenvolvimento dogmático do tema neste país. Além deste problema, deve-se registrar que dogmaticamente as linhas de estruturação do instituto das proibições de prova não podem ser tratadas de forma contígua ao modelo norte-americano. As “proibições de prova” seriam, nos dizeres de **Beling** (*apud* BELING; AMBOS; GUERRERO, 2009, p. 5), restrições criadas pelo próprio Estado e por ele autoimpostas. Neste sentido, diversamente do modelo norte-americano, a funcionalidade de tais regras orienta-se para garantir

direitos fundamentais e preservar a integridade constitucional, especialmente o *fair trial* (AMBOS *apud* BELING; AMBOS; GUERRERO, 2009, p. 61). Assemelha-se, portanto, aos primeiros casos julgados pela Suprema Corte norte-americana (casos *Boyd*, *Weeks* e *Mapp*) centrados nas regras de exclusão como garantias constitucionais, protetivas do devido processo e secundariamente, objetivando a integridade judicial. De uma forma esquemática, pode-se dizer que as proibições de produção de prova limitam a busca da verdade em ao menos três direções: a) proibição de investigar determinados temas;

b) a proibição de emprego de determinados meios probatórios; e c) a proibição de utilização de certos métodos probatórios. Além disso é possível falar-se também em proibições de utilização de provas, que limitam o uso jurídico de provas já obtidas (AMBOS *apud* BELING; AMBOS; GUERRERO, 2009, p. 65). De acordo com **Aguilera Morales**, o objetivo das proibições de prova é servir de proteção a direitos fundamentais, preservando assim, a “pureza do processo” (*Reinheit des Verfahrens*) (AGUILERA MORALES *apud* BACHMAIER WINTER, 2008, p. 78). O objetivo das proibições de prova em um sistema continental não seria o de prevenir más condutas policiais, mas a proteção objetiva de direitos – em especial dos direitos fundamentais – a partir do próprio direito processual. Não se trata de um fundamento teleológico como o norte-americano, mas constitucional (AGUILERA MORALES *apud* BACHMAIER WINTER, 2008, p. 83).

Não é difícil encontrar-se afirmações de que em todos os sistemas processuais existem exceções às regras de exclusão. E, diante de tal fato, também se deveria relativizar a regra constitucional brasileira. Tais afirmações são, em realidade, confissões de ausência de profundidade e falta de estudo sério sobre o tema. O art. 177, § 2º do Código de Processo Penal Grego estabelece um sistema de exclusão automática da prova ilicitamente obtida (TURNER; WEIGEND *apud* GLESS; RICHTER, 2019, p. 256; GIANNIPOULOS, 2007, p. 181-212). Sem exceções. Portanto, o argumento de que não há sistemas absolutos de exclusão probatória é mais o produto de falta de

"[...] A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL NÃO SE SUBORDINA A CRITÉRIOS PONDERATIVOS QUE PROCURAM ANALISAR OS CUSTOS SOCIAIS DAS REGRAS DE EXCLUSÃO."

comprometimento científico do que qualquer outra coisa.

Recentemente, com o projeto Dez Medidas Contra a Corrupção, postulou-se a criação de inúmeras exceções à prova ilícita brasileira, com especial atenção para a doutrina da boa-fé, que tem a maior amplitude das *inclusionary rules*. O fenômeno não raras vezes é justificado a partir dos custos sociais de uma absolvição “injusta”, conformando um cenário de estrangulamento de normas constitucionais protetivas. Vejamos os dados. Nos Estados Unidos, estima-se que os tribunais federais excluam provas apenas em 1,3% de todos os casos ajuizados pelos promotores e moções de supressão da prova baseadas em buscas ilegais obtiveram êxito em apenas 0,7% de todos os casos criminais. Além disso, promotores que atuam no âmbito federal deixaram de oferecer denúncia em casos de prisões baseadas em buscas ilegais em apenas 0,2% dos casos (sob o temor de perder a prova) (ALSCHULER, 2008, p. 1375; DAVIES, 1983). Em estudo de **Nardulli** (1987, p. 230), a taxa de sucesso nas moções para a supressão de prova foi – contando todos os Estados analisados pelo autor –, de apenas 1,7%. No ano de 2003, uma pesquisa conduzida pelo Instituto Nacional de Justiça concluiu que apenas 0,84% dos casos foram de alguma forma “prejudicados” pela aplicação de uma regra de exclusão (EUSAMIO MAZAGATOS; SÁNCHEZ RUBIO, 2016, p. 180). Portanto, o segundo argumento levado a cabo pelos abolicionistas da prova ilícita – o da insegurança social causada pela colocação em liberdade de criminosos – é uma vez mais, decorrente do parco comprometimento científico de seus ideólogos e da vulgarização do senso comum jurídico.

Como se as coisas não fossem suficientemente ruins diante do panorama acima apontado, deparei-me com uma tese de doutorado que propõe acrescer maior espectro ao campo da excepcionalização da prova ilícita mediante o recurso à noção de “justo título” (FALCÃO JÚNIOR, 2021), importada desde o direito romano e que dispõe de aplicabilidade no direito privado. O argumento que gira em torno desta figura apócrifa do Processo Penal seria a elaboração/criação de um “espaço argumentativo”, no qual seriam expostos “fundamentos relevantes” como a “boa-fé”, “gravidade do crime”, “compensação de danos para a parte contra a qual foi usada a prova”. Este “justo título” seria o espaço anterior ao

exame da aplicação das exceções à prova ilícita (no caso brasileiro, a fonte independente e a descoberta inevitável).

A utilização de teorias argumentativas em nada colabora com qualquer possibilidade de agregar, ao espaço decisório, a propagandeada “segurança jurídica”. Pelo contrário, serve como mote para incremento, maximização e normalização da excepcionalidade que afasta regra protetiva prevista na Constituição. Que se recorra a uma categoria do período formulário do direito romano para, por meio de um uso espúrio, aumentar os espaços de discricionariedade judicial parece de todo dispensável. Gravidade do crime não tem qualquer adminículo relacional com o tema de prova. A boa-fé como “regra de inclusão” já foi adotada pela Suprema Corte norte-americana em 1984, no caso *United States v. Leon*.³ Diga-se de passagem, que a ampliação desmedida da exceção da boa-fé e de suas variantes culminou por converter as regras de exclusão em um último recurso, dotado de um caráter absolutamente excepcional (MIRANDA ESTRAMPES, 2019, p. 53). Aliás, a menção do juiz **Scalia** em *Hudson v. Michigan* foi exatamente neste sentido, ocasionando a ampliação do uso de técnicas ponderativas nos tribunais inferiores, com análises caso a caso (DAVIES; SCANLON, 2008) e em efeito cascata.

Ademais, a afirmação carreada na tese de que se deveria analisar “mecanismos de compensação” alternativos às regras de exclusão também podem ser encontrados em *Hudson v. Michigan* e no caso *Herring v. United States*.⁴

Seria mais honesto propor-se a abolição das provas ilícitas. A “tese” acima mencionada, ao propor um instituto do Direito Romano como mecanismo auxiliar a uma teoria argumentativa aplicada sobre a prova ilícita não contribui absolutamente em nada. Não passa de um sincretismo anacrônico que procura mesclar institutos que não dispõem da menor conexão. Todavia, representa muito bem o quadro geral do Processo Penal brasileiro, em que todos os argumentos passam a ser considerados válidos se o escopo de atenuar as garantias fundamentais do imputado for alcançado. Abolir a prova ilícita de forma paramétrica ao sucedido nos Estados Unidos é um dos cenários que se avizinhm. Esforços neste sentido não têm faltado.

Notas

¹ *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960).

² *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976).

³ *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

⁴ *Herring v. United States*, 555 U.S. 135, 129 S. Ct. 695 (2009).

Referências

AGUILERA MORALES, Marien. Regla de exclusión y acusatorio. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ALSCHULER, Albert. Studying the exclusionary rule: an empirical classic. In *The University of Chicago Law Review*, v. 75, n. 4, 2008.

AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. In: BELING, Ernst von; AMBOS, Kai; GUERRERO, Óscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Temis, 2009.

BELING, Ernst von. Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal. In: BELING, Ernst von; AMBOS, Kai; GUERRERO, Óscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Temis, 2009.

DAVIES, Sharon L.; SCANLON, Anna B. Katz in the age of *Hudson v. Michigan*: some thoughts on “Suppression as last resort”. *University of California Davis Law Review*, v. 41, 2008.

DAVIES, Thomas Y. A hard look at what we know (and still need to learn) about the “costs” of the exclusionary rule: the NIJ study and other studies of “lost” arrests. *American Bar Foundation Research*, v. 611, n. 660, 1983.

EUSAMIO MAZAGATOS, Ester; SÁNCHEZ RUBIO, Ana. *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

FALCÃO JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. *O justo título da relativização da prova ilícita: metodologia de aplicação da regra de calibragem do sistema jurídico*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2021.

GIANNIPOULOS, Dimitrios. The exclusion of improperly obtained evidence in Greece: putting constitutional rights first. In *The International Journal of Evidence & Proof*,

n. 11, 2007.

LANGER, Maximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 37, 2017.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense: crónica de una muerte anunciada*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

NARDULLI, Peter F. The societal costs of the exclusionary rule revisited. *University of Illinois Law Review*, n. 2, 1987.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Toward a sociology of the global rule of law field: neoliberalism, neoinstitutionalism, and the contest over judicial reform in Latin America. In: DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. *Lawyers and the rule of law in an era of globalization*. Abingdon: Routledge, 2011.

SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. Plea-bargaining as contract. *Yale Law Journal*, v. 101, 1992.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Buenos Aires: EJE, 1979.

TURNER, Jenia Iontcheva; WEIGEND, Thomas. The purposes and functions of exclusionary rules: a comparative overview. In: GLESS, Sabine; RICHTER, Thomas. *Do exclusionary rules ensure a fair trial? A comparative perspective on evidentiary rules*. Cham: Springer, 2019.

TWINING, William. *Rethinking evidence: exploratory essays*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TWINING, William L.; TWINING, P. E. Bentham on torture. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 24, n. 3, 1973.