

## **A TEORIA DA EXCLUSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DA CEDH E SUA INFLUÊNCIA SOBRE AS DECISÕES DO TJUE: ESPECIAL REFERÊNCIA AOS CRIMES QUE AFETAM OS INTERESSES FINANCEIROS DA UE**

Patrícia Carraro Rossetto\*

O objetivo da conferência é abordar em que medida as decisões do Tribunal europeu de direitos humanos (TEDH) em matéria de proteção ao direito a um processo equitativo influenciam a jurisprudência do Tribunal de justiça de União Europeia (TJUE) que trata da admissibilidade de provas ilícitas na persecução judicial dos delitos contra os interesses financeiro da União Europeia (UE).

A importância dessa abordagem radica em duas questões intimamente relacionadas:

Em primeiro lugar, tanto o TEDH como o TJUE já se pronunciaram no sentido de que o direito europeu em geral, e a legislação europeia em matéria de direitos humanos em particular, não regulam o procedimento para a obtenção, admissibilidade e uso de provas em processos de natureza penal, estando essa matéria, em princípio, incluída dentro da competência dos Estados-membros. Dessa forma, de acordo com ambas as cortes, cabe aos juízes e tribunais nacionais determinar, em atenção à legislação interna vigente, se uma prova penal obtida através de meios ilícitos ou proibidos pode ensejar efeitos processuais negativos - v. g. inadmissibilidade e ineficácia probatória - no âmbito do procedimento penal correspondente. No entanto, em que pese esse entendimento, o TEDH se reserva a competência de analisar, a partir dos casos concretos que lhe são submetidos, se durante a obtenção da fonte de prova se vulnerou algum dos direitos estabelecidos na Convenção europeia de direitos humanos (CEDH) e se, como consequência, existiu uma violação ao direito a um processo penal equitativo, previsto no art. 6º, §1º da convenção mencionada.

Por outro lado, e em segundo lugar, a jurisprudência do TJUE reiteradamente confirma o princípio da primazia ou da prevalência do direito europeu sobre o direito interno estatal, sustentando que o disposto no art. 53 da carta dos direitos fundamentais

---

\* Doutora em ciências jurídicas e sociais pela Universidade de Málaga. Pesquisadora «Margarita Salas» com estágio pós-doutoral na Humboldt Universität zu Berlin. E-mail: patriciarossetto@uma.es.

da União Europeia (CDFUE) não modificou o conteúdo deste tradicional princípio. De essa forma, em caso de conflito de normas, o direito nacional há de ceder ante o direito europeu. Dentro desse contexto, considera o tribunal que, embora os Estados-parte tenham autonomia tanto institucional como processual para conhecer, processar e julgar condutas delitivas que afetem os interesses financeiros da UE, esta autonomia, em virtude do disposto no art. 325, números 1 e 2, do Tratado de funcionamento da União Europeia (TFUE), está limitada por dois princípios básicos do direito europeu. De um lado, pelo princípio da equivalência, que preconiza que estas infrações devem ser sancionadas em condições, tanto substantivas como procedimentais, análogas àquelas aplicáveis às violações da legislação nacional de natureza e importância similares que afetam os interesses financeiros nacionais. E, de outro lado, pelo princípio de efetividade, que determina que, em todo caso, estas sanções devam ser efetivas, proporcionais e dissuasórias. Sobre essa base, conclui o tribunal que às autoridades e tribunais nacionais lhes compete oferecer uma adequada proteção aos interesses financeiros da UE, deixando de aplicar as disposições internas que, no marco de um processo penal sobre infrações em matéria de IVA, impeçam a aplicação de sanções eficazes, proporcionais e dissuasoras a estas condutas delitivas. Entre estas disposições normativas, ganha relevância, sem dúvida alguma, as que regulam as condições de admissibilidade e eficácia de provas obtidas através de meios ilícitos.

Feitas essas breves considerações, estruturo a conferência da seguinte forma. Inicialmente, farei uma breve análise sobre o tratamento dispensado pela jurisprudência estadunidense à questão da inadmissibilidade das provas ilícitas - neste âmbito denominada regra de exclusão (*exclusionary rule*) ou teoria da supressão (*suppression doctrine*) -, bem como sobre seus significativos avanços, retrocessos e restrições. Essa análise preliminar se justifica devido a que, se bem atualmente a teoria da exclusão representa um dos pilares básicos dos modernos Estados democráticos de direito, seus antecedentes e delimitação teóricas se encontram ao longo de distintos precedentes judiciais da Suprema Corte dos Estados Unidos, incorporando-se progressivamente e com matizes aos sistemas constitucionais e processuais de diferentes países, sobretudo, a partir da segunda metade do século XX. Ato contínuo, examino a jurisprudência do TEDH em matéria de provas ilícitas. A ideia é averiguar, de um lado, em que medida o paradigma teórico estadunidense tem aplicabilidade nesse âmbito, identificar, de outro, as normas substantivas da CEDH que podem ser violadas em investigações criminais prévias à fase judicial, e indicar, por último, em que hipóteses o tribunal considera justificado decretar

a (in)admissibilidade e (in)eficácia probatória das provas obtidas mediante violações destas pautas normativas. No último epígrafe abordo a problemática das provas ilícitas na jurisprudência do TJUE em matéria de persecução penal da fraude e outras atividades delitivas contra os interesses financeiros da UE.

## **A REGRA DE EXCLUSÃO NA JURISPRUDÊNCIA ESTADUNIDENSE**

A regra de exclusão postula que são inadmissíveis no processo judicial, devendo ser excluída dos autos, as provas obtidas mediante violação de direitos e garantias fundamentais.

No direito comparado, a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas foi aventada por primeira vez pela jurisprudência estadunidense, especificamente no caso *Boyd v. United States* (1886), sendo posteriormente desenvolvida ao longo de inúmeros precedentes judiciais, destacando-se entre estes as decisões como *Weeks v. United States* (1914), *Wolf v. Colorado* (1949), *Mapp v. Ohio* (1961), *Wong Sun v. U.S.* (1963), *Calandra v. United States* (1974) e *United States v. Leon* (1984).

A chave para entender o desenvolvimento e as posteriores restrições realizadas pela Suprema Corte estadunidense à regra de exclusão, entre elas a teoria da exceção de boa-fé, está na natureza de seus fundamentos e suas respectivas implicações. Em *Weeks v. U.S.*, a regra de exclusão se alicerçava em duas principais razões: de um lado, na tutela dos direitos individuais abarcados pela 4ª emenda e, de outro, na necessidade de evitar a confirmação judicial de ações inconstitucionais da polícia. Em *Mapp v. Ohio*, por sua vez, a Suprema Corte defendeu como imperativos a serem considerados na aplicação da regra a integridade judicial e, principalmente, a dissuasão ou prevenção de futuras violações de garantias constitucionais pela polícia. Além disso, aduziu que a regra de exclusão consistia em um direito constitucional fundado na 4ª e na 14ª emendas da Constituição estadunidense e, por esse motivo, deveria ser adotada por todos os estados federados. Finalmente, no precedente *Calandra v. United States* a Suprema Corte estadunidense concluiu que o único fundamento da regra de exclusão é a dissuasão de futuras práticas ilegais por agentes de polícia na obtenção da prova.

Uma das ampliações mais significativas da regra de exclusão decorreu da elaboração da teoria das provas ilícitas por derivação, denominada *fruits of the poisonous tree doctrine*, a qual determina que a regra de exclusão se aplica não apenas às provas diretamente obtidas por meio de violação de norma constitucional, mas também àquelas derivadas

dessa violação original. Assim, as provas ilícitas por derivação são lícitas em si mesmas, mas oriundas de um fato ilícito. Por este motivo, tais provas são contaminadas pelo vício da ilicitude.

Concomitante ao desenvolvimento da teoria dos frutos da árvore envenenada, a Suprema Corte estadunidense procurou estabelecer exceções à aplicação da regra.

A teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) determina que se a acusação demonstrar que obteve legitimamente novos elementos probatórios a partir de uma fonte autônoma de prova que não guardasse qualquer relação de dependência com a prova original violadora da 4ª emenda, tais elementos poderiam ser admitidos na medida em que não teriam sido contaminados pelo vício da ilicitude originária. Com isso, o vício da ilicitude ficaria afastado se demonstrado que a prova foi obtida através de uma fonte autônoma, inexistindo uma relação de causalidade entre a prova ilícita original e a prova posteriormente produzida. A teoria da conexão atenuada ou da contaminação expurgada (*attenuation of the taint exception*) preconiza que a ilegalidade inicial que contamina a prova pode ser expurgada por um ato independente interveniente, praticado pelo acusado ou por terceiro, que interrompa a conexão causal entre a ilegalidade originária e a prova produzida posteriormente de tal maneira que esta já não possa ser considerada fruto da ilegalidade anterior. Finalmente, teoria da descoberta inevitável propugna que a prova considerada ilícita poderia ser admitida no processo penal caso fosse comprovado, mediante dados concretos, que a prova teria sido descoberta inevitavelmente por meio de atividades investigatórias lícitas (fonte hipotética independente), sem qualquer relação com a violação.

*Restrição da regra de exclusão:*

Exceção da boa-fé (*good faith exception*): não seria justificável a aplicação da regra de exclusão quando o agente público age com confiança objetiva de que sua conduta está amparada pelo direito, tendo em vista os altos custos sociais implicados pela inadmissibilidade de elementos de prova. A admissão das provas ilícitas, por tanto, se respaldaria em uma ponderação entre interesses contrapostos – ou seja, efeito dissuasor da medida x custo social -, uma vez consideradas as circunstâncias do caso concreto. Passa a ter grande importância a questão da boa-fé na análise da conduta policial, sendo possível a supressão de provas ilícitas de julgamentos criminais, apenas quando constatada uma conduta dolosa e deliberada do policial no sentido de transgredir os direitos humanos ou fundamentais.

Com o passar dos anos, a Suprema Corte passa a demonstrar um certo ceticismo quanto à efetividade da regra de exclusão e quanto aos benefícios advindos de sua aplicação indiscriminada, o que levou a uma série de restrições e modificações no seu conteúdo. Entre as restrições mais destacadas está a *teoria da exceção de boa-fé*, a qual dispõe que não seria justificável a aplicação da regra de exclusão quando o agente policial age com confiança objetiva de que sua conduta está amparada pelo direito, tendo em vista os altos custos sociais implicados pela inadmissibilidade de elementos de prova.

#### **A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS**

Ao longo das últimas décadas, o TEDH vem desenvolvendo uma prolífica atividade em matéria processual penal. Não é para menos, já que essa disciplina jurídica mantém uma conexão intrínseca com o tema dos direitos humanos. Um dos âmbitos a receber maior atenção pelo tribunal diz respeito às normas que abordam a questão (in)admissibilidade e (in)eficácia de provas obtidas através de meios ilícitos. Se bem a CEDH não regula explicitamente questões de direito probatório, o TEDH já contou com várias oportunidades para pronunciar-se sobre a problemática, elaborando gradualmente um marco normativo tendente a identificar as normas substantivas da CEDH que podem ser violadas em investigações criminais prévias à fase judicial e, em última instância, a relacionar a questão da admissão e eficácia da prova penal ao *direito a um processo justo e equitativo* do art. 6º, §1º da CEDH.

Dentro desse contexto, se argumenta que os critérios utilizados pelo tribunal para delimitar o direito ao uso justo e equitativo de evidências probatórias podem ser sistematizados em um modelo analítico de dois níveis. Em um primeiro nível, o TEDH examina se as diligências de colheita de provas realizadas durante o curso de investigação criminal implicaram uma vulneração de algum dos direitos humanos previstos na CEDH. Em um segundo nível, o tribunal avalia se a admissão e/ou uso da evidência obtida mediante tais violações traria inexoravelmente consigo uma violação do direito a um processo judicial equitativo. Para o autor, com base no nível de risco à equidade processual, seria possível dividir as distintas tendências jurisprudenciais em três diferentes grupos. O primeiro grupo abarcaria as vulnerações que supõem um baixo risco de lesão ao direito à equidade processual penal, integrando-se nesse conjunto as vulnerações ao direito à privacidade. O segundo grupo englobaria os meios de obtenção

de evidências que envolvem um alto risco de incumprimento do direito à equidade processual penal, abarcando o uso de meios degradantes e desumanos na colheita de prova. Finalmente, no terceiro grupo se incluiriam as provas obtidas mediante tortura, implicariam um altíssimo risco de lesão ao direito a um processo equitativo.

Com exceção da prova penal obtida mediante tortura, que inevitavelmente conduz à violação do art. 6º, §1º da CEDH, o tribunal costuma aplicar um (nem sempre bem estruturado e convincente) juízo de ponderação ou teste de equilíbrio sendo sua finalidade avaliar, a partir das circunstâncias do caso concreto, se a admissão e o uso da prova ilicitamente obtida implicaram uma violação à equidade ou justiça do processo em seu conjunto. Se trata, portanto, de um juízo ponderativo de segundo nível que aborda a própria essência e dinâmica do direito a um processo justo e equitativo, analisando questões como i) a gravidade da violação à norma substantiva identificada durante a análise de primeiro nível, ii) a utilidade, valor probatório e grau de fiabilidade das provas obtidas através dessa violação, iii) a existência de outras provas condenatórias e, em ocasiões, iii) a gravidade do crime investigado e, portanto, o interesse público em resolver o crime e punir o culpado. Cabe destacar ademais que, nessa avaliação, ganha relevo a magnitude do risco de lesão ao direito a um processo justo e equitativo. Nas violações que envolvem um baixo risco de lesão, o valor probatório da evidência adquire um valor decisivo, inclinando-se o tribunal pela admissibilidade da prova e pela defesa de mecanismos alternativos para remediar a violação identificada, sendo eles a aplicação de multas proporcionais e dissuasórias, a responsabilização disciplinar ou penal dos agentes responsáveis pela violação e as indenizações civis. Nas demais hipóteses, esse valor probatório perde relevância, procedendo o tribunal a uma ponderação mais rigorosa entre os interesses em pauta, decantando-se pela inadmissibilidade e exclusão da evidência como forma de dissuadir a futura má-conduta policial.

### **PROVAS ILÍCITAS E PERSECUÇÃO PENAL DOS DELITOS CONTRA OS INTERESSES FINANCEIROS DA UNIÃO EUROPEIA: O ASSUNTO C-310/16 DO TJUE**

Finalmente, é chegado o momento de analisar a jurisprudência do TJUE que trata da admissibilidade de provas ilícitas na persecução judicial dos delitos contra os interesses financeiro da União Europeia.

A matéria representa o núcleo do processo n. C-310/16, que aborda a questão prejudicial suscitada pelo Tribunal penal especial da Bulgária (*Spetsializiran nakazatelen sad*)

respeito a se o direito da UE em matéria de proteção dos interesses financeiros da União se opõe à aplicação pelo juiz nacional de uma norma jurídica interna que proíbe a admissibilidade e uso de provas obtidas mediante interceptações telefônicas ilegais em um processo penal por fraude e evasão de IVA, mesmo quando esses elementos probatórios sejam imprescindíveis para comprovar a materialidade do crime e/ou a culpabilidade do réu. Em termos simples, se questiona se a proteção efetiva dos recursos próprios da UE exige a inaplicabilidade de normas jurídicas nacionais que proíbem a utilização de provas obtidas por meios ilegais.

Em 17 de janeiro de 2019, o TJUE proferiu acórdão no sentido de que as normas do direito da UE em matéria de proteção dos interesses financeiros devem ser interpretadas no sentido de que não se opõem à aplicação pelo órgão jurisdicional nacional de um dispositivo legal interno que proíbe a admissão e uso em um processo penal de elementos de prova, como escutas telefônicas, que requerem uma autorização judicial prévia quando essa autorização foi emitida por um tribunal incompetente, mesmo que só estes elementos de prova sejam suscetíveis de provar a prática das infrações em causa. Em sua decisão, o tribunal reitera que as normas harmonizadas em matéria de IVA obrigam os Estados-membros a assegurar a proteção dos interesses financeiros da UE mediante mecanismos eficazes de arrecadação da receita tributária correspondente. Do mesmo modo, impõem o dever de que as fraudes e quaisquer outras atividades ilegais lesivas a estes interesses sejam sancionadas em condições substantivas e processuais análogas às aplicáveis às violações do direito nacional de natureza e importância semelhantes e, ademais, que estas sanções sejam efetivas, proporcionadas e dissuasórias.

O tribunal adverte, no entanto, que o argumento da efetividade não é irrestrito, dado que, por força do art. 51, n. 1 da CDFUE, a aplicação do direito da União pelos Estados está sujeita à observância dos direitos fundamentais e dos princípios gerais da UE. Em âmbito penal, estes direitos e princípios gerais devem ser respeitados não só em juízo, mas também durante a fase de investigação policial, a partir do momento em que o acusado é arguido. Paralelamente, o tribunal reconhece que, até o momento, não existem normas harmonizadas sobre os procedimentos probatórios aplicáveis aos processos penais em matéria de fraude e evasão de IVA, estando, em princípio, esse domínio abarcado pela competência dos Estados-membros, cujo exercício, em todo caso, deve obediência às normas constitucionais e internacionais que protegem direitos fundamentais, entre elas, quando for o caso, a CEDH. Assim, considerando que as escutas telefônicas constituem uma ingerência no direito à vida privada consagrado no art. 7º da CDFUE, estas somente

podem ser admitidas, segundo o disposto no art. 52, n. 1, da CDFUE, quando houver expressa previsão legal e, respeitando o conteúdo essencial do direito à privacidade e do princípio da proporcionalidade, desde que necessárias e corresponder efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União. Com base nesses argumentos, o tribunal considera que o direito da União não obriga o juiz nacional a afastar a aplicação da regra processual interna que proíbe a admissibilidade e uso de provas ilícitas, mesmo que a utilização dos elementos de prova ilegalmente obtidos fosse suscetível de aumentar a eficácia dos processos penais em matéria de fraude e evasão de IVA.

A título de conclusão, vale mencionar que a sentença DZIVEV representa mais um capítulo da saga que se inicia com TARICCO e que alcança seu ponto de inflexão na decisão M.A.S. E M.B., na qual o TJUE, flexibilizando sua jurisprudência clássica, passa a aceitar um limite externo à operatividade da primazia quando a inaplicação de uma norma nacional contrária ao direito da UE provoca a violação de um direito fundamental. Além disso, cabe esclarecer que, embora a argumentação do TJUE não esteja diretamente influenciada pela do TEDH, ambas as jurisprudências recorrem a um juízo de ponderação ao analisar a legitimidade das ingerências sobre o direito à privacidade. Finalmente, cabe recordar o disposto art. 52, n. 3 da CDFUE no sentido de que na «medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla».