

A adequação do inflexível: a vedação às
provas ilícitas no processo penal revista pela
hermenêutica pós giro linguístico

The Adequacy of the Inflexible: the exclusionary rule
examined through post linguist turn hermeneutics

Ricardo Augusto de Araújo Teixeira

Mestre e Doutor *Magna cum Laude* em Direito Público (PUC Minas). Especialista em Ciências Penais (IEC/PUC Minas). Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal de Lavras – UFLA. Coordenador da pós-graduação em Controle, Detecção e Repressão a Desvio de Recursos Públicos – ESAF-MG/UFLA.
E-mail: ricardoaugustoteixeira@gmail.com

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 472-494, Set.-Dez., 2017 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Fev. 18, 2016; Accepted/Aceito: Jul. 28, 2016]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1135>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumo

Este artigo se propõe a pensar quais implicações haveriam na vedação à utilização de provas ilicitamente obtidas no processo penal caso se rompesse com os cânones interpretativos do positivismo jurídico do século XIX e se aplicasse a tal questão os avanços decorrentes da superação da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem. Há também a tentativa de mostrar os equívocos que vem sendo cometidos quando da aplicação da teoria da proporcionalidade – tal como formulada por Robert Alexy –, buscando sustentar, inclusive, que mesmo com a utilização de tal técnica não há de fato uma superação dos postulados do positivismo jurídico clássico.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Senso de adequabilidade. Proporcionalidade. Positivismo jurídico.

Abstract

This paper aims to consider what implications would have in the exclusionary rule if we were able to get over the forms of legal reasoning and interpretation established by legal positivism and apply to such issue the inputs brought by the linguistic turn. There is also an attemptive to show how the idea of legal balancing – as proposed by professor Dr. Robert Alexy – has been misused by Brazilian courts, and, to show that even if the use was correct, it would not be enough to get over of has been settled by legal positivism.

Keywords: Tainted evidence. Sense of appropriateness. Balancing law. Legal positivism.

1 Introdução

O objetivo deste trabalho é uma análise específica da interpretação do princípio da exclusão, sob o paradigma de um modelo processual e constitucional que impõe o policentrismo na construção das decisões judiciais e, por consequência, na interpretação das premissas que antecedem determinada decisão.

Pode haver legitimidade na decisão penal que se fundamenta em provas obtidas por meio ilícito?

Temos, essencialmente, um problema de hermenêutica, que poderia ser enunciado didaticamente da seguinte forma: como superar a interpretação meramente literal do texto do artigo 5º, LVI da Constituição brasileira, que determina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”?

O tratamento consolidado por boa parte da doutrina e jurisprudência nacionais pode ser resumido, pelo seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do HC93.050, do Rio de Janeiro:

A norma inscrita no art. 5º, LVI, da vigente lei fundamental consagrou, entre nós, o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre pelos juízes e tribunais, ‘por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade [...]’. (BRASIL. STF. HC93.050-6, rel. Min. Celso de Mello).

É preciso sublinhar desde já alguns aspectos sobre a técnica de formulação desta decisão. Nela, o julgador, antes de analisar as peculiaridades do caso, pré-julga a tese da absoluta impossibilidade de se admitir qualquer prova ilícita no processo penal. Após estabelecer este ponto de partida, ele então analisa os fatos que fizeram com que fosse necessária a instauração de um processo judicial.

Da afirmação – acertada em nosso ponto de vista - de MacIntyre (2001) de que a separação entre questões teóricas e questões fáticas – ou questões de fato e questões de direito, como utilizado no jargão jurídico – não pode subsistir diante do atual estágio da filosofia da ciência. Isto se dá pelo simples fato de que há, hoje, plena consciência de que as formulações teóricas condicionam nossa percepção dos fatos, podendo dar início a uma confrontação com os “métodos”¹ hermenêuticos que têm sido utilizado para lidar com a questão das provas ilícitas no processo penal, especialmente se partirmos de um caso concreto, como o retratado no referido *habeas corpus* 93.050.

1 As aspas se justificam pois: “Gadamer, aliás, transporta a guinada hermenêutica para a filosofia prática, renegando a obsessão metafísica do historicismo na procura de métodos de uma interpretação objetivamente válida e a negação kantiana das possibilidades cognoscitivas do gosto e do juízo. A tarefa da hermenêutica ‘não é desenvolver um procedimento de compreensão, mas esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão’ afirma.” (SAMPALHO, 2005, p. 366).

Ora, desde o início o Min. Celso de Mello condiciona sua percepção dos acontecimentos a uma pré-compreensão da norma constitucional, como se ela tivesse, por si mesma, todo o conteúdo jurídico possível, não cabendo, em hipótese alguma (afinal, “deve ser repudiada, e repudiada sempre”) qualquer outra interpretação do disposto naquela parte do texto constitucional.

Daí falarmos em adequação do inflexível. Inflexível é como se mostra a compreensão do princípio da exclusão hoje no Brasil.

Surge então a necessidade de se atualizar tal situação, e isso pode ser feito – pensamos – pela mudança de paradigma de interpretação jurídica e de modelo processual, simultaneamente (ou conseqüentemente).

Para pensarmos em mudança, entendemos conveniente explicitar *a priori* a situação dominante em termos de hermenêutica neste início de século XXI, no Brasil. Nesse sentido, muito útil é a constatação feita por Lenio Streck (1999) na doutrina brasileira em geral, acerca dos métodos interpretativos e seus problemas, notadamente a ideia ainda existente de uma verdade como correspondência, bem como da possibilidade de situações de prescindem de interpretação².

A passagem transcrita, tal como a compreendemos, revela que a mudança do paradigma filosófico da relação sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito – portanto para a filosofia da linguagem, já que é ela o instrumento e o meio de tal relação -, não chegou ainda, de modo consistente, na seara da interpretação jurídica. Desconsidera-se a constatação de que a linguagem não é um meio neutro de manifestação do Direito, e permite-se a continuação da ideia da prevalência absoluta do sujeito-intérprete³.

Desta constatação acerca da não mudança de paradigmas, advém a manutenção de um método hermenêutico que, mesmo após o giro linguístico, possibilita que um texto normativo seja interpretado antes de se conhecer o contexto de sua aplicação. Em outras palavras, a constatação fática funciona como obstáculo ao desenvolvimento teórico, ao invés de estimular seu aprimoramento.

- 2 Assim, começando por Aníbal Bruno, interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido, sendo que, quando a lei é clara [...] a interpretação é instantânea. Conhecido o texto, complementa o autor, apreende-se imediatamente seu conteúdo. De certo modo, Bruno acreditava na busca de um sentido primevo da norma (texto jurídico), na medida em que falava da possibilidade de o intérprete apreender o ‘sentido das palavras em si mesmas’. Por trás (e/ ou próximo) da concepção defendida por Bruno – que ainda impera no âmbito do sentido comum teórico dos juristas – está, entre outras questões, a teoria correspondencial da verdade, e a crença de que existe uma natureza intrínseca da realidade. Neste caso, a linguagem tem um papel secundário, qual seja, a de servir de veículo para a busca de verdadeira ‘essência’ do Direito ou do texto jurídico-normativo. (STRECK, 1999, p. 75).
- 3 Quem somos nós, que são esses olhos que estão no mundo e veem e conhecem e compreendem? Seres pensantes, somos a dimensão – única, segundo sabemos – onde aquilo que é se revela em nosso pensamento objetivo, em nossa compreensão, em nossa ação, em nossa criação, em cada forma de nossa experiência. Mais ainda: temos não apenas consciência, mas consciência de nós mesmos. Nesta consciência não há tão-somente revelação, mas revelação de si para si mesma. (JASPERS, 1976, p. 36, grifo nosso).

Ainda, percebemos claramente que a relação entre dogmática e aplicação, tais como definidas por Atienza (2006) mostra-se problemática, de vez que a dogmática é usada como meio de legitimar a pré-compreensão do julgador sobre o texto.

Em síntese, ao adotar uma postura de legitimidade decorrente tão-somente da legalidade, resumindo a discussão à aplicação silogística do disposto no inciso LVI do artigo 5º da Constituição, o Supremo – no caso – engessa a possibilidade de novos argumentos surgirem, e de os debates acerca da vedação de provas ilícitas no processo penal tomarem um novo fôlego dentro do judiciário.

Vale ressaltar também, que a postura parcial adotada neste julgamento guarda problemas ligados ao que chamaremos de “escolha estratégica de precedentes”.

Por escolha estratégica de precedentes pretendemos nos referir ao fato de que o STF às vezes menciona apenas os precedentes que sustentam suas próprias posições, como se fossem os únicos existentes. Todavia, há necessidade de que, sempre que se reporte a manifestações de terceiros, tal referência não seja descontextualizada. No caso do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre esta matéria, a referência descontextualizada aparece quando se invoca a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos como ponto de apoio na matéria, mas não mostra que, lá, o desenvolvimento não está cristalizado. É preciso, inclusive, relatar que a possibilidade de discussão da matéria perante os tribunais americanos permite que a discussão também seja frutífera na dogmática, havendo até quem defenda o fim do princípio da exclusão naquele país. (ATKINS; RUBIN, 2003; JACKSON, 1995).

Do ponto de vista do paradigma processual, acreditamos que a mudança decorrente da absorção da teoria discursiva por uma específica Teoria do Processo, implica a impossibilidade de que um dispositivo seja interpretado do modo como foi (no HC 93.050 STF).

Esta impossibilidade ocorre em razão de que em tal concepção de processo, a legitimidade das interpretações/ decisões é garantida discursivamente. Em outros termos, a institucionalização de um procedimento em contraditório visa garantir que as concepções e argumentos de todos os possíveis/ prováveis afetados pelo processo influam na decisão, o que parece impedir que se aceite que um julgador, seja ele qual for, estabeleça pré-conceitos à análise do caso concreto. De fato, tal conduta além de impedir que as particularidades do caso sejam percebidas e discutidas, obsta também que determinadas linhas de argumentos sejam utilizadas perante aquele julgador.

No modelo processual em que se construiu a rigidez interpretativa do disposto no artigo 5º, LVI da Constituição, os atores que serão afetados pelo processo ingressam nele já parcialmente limitados pelos preconceitos do julgador. Isto restringe suas possibilidades argumentativas, não se coadunando, portanto, com a ideia de legitimidade decorrente da adequação ao direito vigente somada à racionalidade discursiva. É importante ressaltar que há, no novo paradigma, um duplo critério de

aferição de legitimidade: adequação ao direito vigente e racionalidade discursiva. (HABERMAS, 2003, p. 244).

Isto exige que trabalhemos estes dois conceitos separadamente, já que a ideia de adequação ao direito vigente tem especificidades que dependem do paradigma jurídico a partir do qual é observada, e a ideia de racionalidade discursiva, tal como a trabalhamos, pede que se explique melhor a ideia de modelo constitucional de processo, que funciona como pano de fundo à discursividade.

No entanto, antes de partirmos para tal etapa, parece conveniente que tratemos de outras respostas que geralmente se dão à questão da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Ainda que não cheguemos a uma resposta definitiva - o que não é mesmo desejado aqui, já que tal meta é por nós tida como impossível de ser alcançada -, podemos chegar, pelo menos, ao que acreditamos ser a melhor resposta possível neste momento, diante do atual quadro de paradigmas que se nos apresentam.

A resposta mais comumente obtida para a questão da utilização de provas ilícitas no processo penal é de que tal situação, no caso de prova benéfica à defesa, não deve ser afastada de plano, mas, regida pelo princípio da ponderação. Tal colocação é uma constante nos manuais⁴ que formam os “operadores médios do Direito”, como se se tratasse mesmo de questão posta fora de discussão.

Assim a afirmação de Scarance Fernandes de que “não se pode olvidar, contudo, que, segundo forte corrente, a prova ilícita em favor do réu deve ser admitida quando seja meio eficaz de evitar condenação injusta. Nessa ótica, não deveria o tribunal determinar o desentranhamento pedido pelo Ministério Público quando, sem a prova, o réu seria condenado, alterando-se anterior solução absolutória. Haveria, aqui, justa aplicação do princípio da proporcionalidade”. (FERNANDES, 2002, p. 92).

Acreditamos que tal tese se mostra insustentável. Isso, pois a base teórica de tal constatação já foi severamente atacada por diversos autores, sendo considerada, por muitos, insuficiente para o trato das questões difíceis que se apresentam ao Direito hoje.

Neste sentido afirma Klaus Günther que “O modelo de ponderação, é verdade, permite examinar diversas normas, isto é, em princípio, todas as aplicáveis em uma situação, mas não consegue indicar um critério pelo qual o procedimento de ponderação poderia orientar-se”. (GÜNTHER, 2004, p. 332).

Trazendo tal constatação para nosso problema, teríamos que uma eventual ponderação no caso concreto terminaria não com uma decisão construída pelos envolvidos – logo com maior chance de ser tida como legítima -, mas com uma decisão com excessivo nível de subjetividade do juiz, já que em tal modelo a necessidade/ possibilidade de argumentação não precisa (nem é) ser levado ao nível daquele exigido pela teoria discursiva de Habermas. Se tivermos em conta ainda o caráter entimemático⁵ do Direito, percebemos como tal situação é ainda mais problemática.

4 Cf. por todos: PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*.

5 Por caráter entimemático se quer dizer que na argumentação jurídica nem todas as premissas/ argumentos considerados numa tomada de decisão são rigidamente explicitadas. (ATIENZA, 2006).

Interessante observar inclusive que, na situação oposta, ou seja, considerando a possibilidade de ponderação pro *societate*, o STF se manifestou no mesmo *habeas corpus*, no sentido de que “o princípio da proporcionalidade [...] não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos”. (BRASIL. STF. HC93.050-6, rel. Min. Celso de Mello). Ou seja, o próprio Tribunal tem restrições quanto ao uso da proporcionalidade. Ele a vê como técnica a ser utilizada unidirecionalmente, como se fosse pacífico que determinados valores/ objetivos textualmente elencados na Constituição tivessem privilégios sobre outros valores/ objetivos igualmente elencados no texto constitucional, de forma que a proporcionalidade só poderia ser utilizada para reafirmar os valores aceitos como dominantes.

Uma última crítica, em outra linha de pensamento, deve ser transcrita:

Por meio da razoabilidade, a Constituição escrita se esvaziou de conteúdo, pondo em crise os seus fundamentos teóricos. Com efeito, o reconhecimento de um princípio como a razoabilidade abre janelas de incerteza nos discursos de aplicação constitucional, a ponto de não sabermos precisar, com alguma segurança, as fronteiras entre o terreno constitucionalmente protegido e a zona constitucionalmente proscria. Pior ainda, tanto a escritura quanto a supremacia da Constituição e os confins dos poderes estatais vão habitar o mesmo pântano de névoas e incertezas. Ter ou não ter Constituição escrita, o que antes parecia limite bastante e seguro aos poderes do Estado, não faz diferença, porque é a razoabilidade que o define a posteriori e concretamente. (SAMPALHO, 2003, p. 94).

Em síntese: fecha-se em absoluto o espaço de argumentação, independentemente da situação e dos eventuais argumentos.

Feitas estas considerações, passamos agora a trabalhar com a questão da adequação ao direito vigente, e, em seguida, a da racionalidade discursiva, que são os requisitos de legitimidade das decisões na teoria discursiva.

2 Filtragem pelas peculiaridades dos sistemas: o senso de adequabilidade

Historicamente, a partir do momento em que se concebe como Direito tão-somente o positivo, e não mais o Direito Natural (BOBBIO, 1995, p. 27), começa a preocupação com a adequação das decisões ao direito vigente. Certo é que a concepção de determinada situação ou decisão como adequada ou não mudou e continua

mudando conforme o tempo passa. Num momento, adequada era a interpretação em que havia mera subsunção do fato à letra da lei; noutra, a adequação dependia da consideração da história de um determinado povo e de seu *Volksgeist*⁶.

Aqui iremos usar a ideia de que “adequar” é parte da concretização do conteúdo jurídico de determinado texto normativo, ou, em outros termos, é parte determinante da construção da significação do enunciado legal, e que tal tarefa é necessária independentemente da posição do texto normativo com que estejamos lidando. “Para que se determine se algo é ou não adequado, é necessário que haja concreção. É a aplicação que determina se uma norma é ou não adequada. A adequabilidade de uma norma deverá ser aferida mediante o exame de todas as características da situação, bem como a consideração de todas as normas que eventualmente puderem ser aplicadas”. (MOREIRA, 2004, p. 17).

Estabelecidas tais bases, devemos então lidar com a questão de como as peculiaridades dos sistemas envolvidos na definição do conteúdo jurídico dos dispositivos afetam nossa compreensão da tarefa de interpretar.

No caso do texto específico que examinamos, qual seja o do artigo 5º, LVI da Constituição, podemos afirmar que os sistemas envolvidos na concretização de seu conteúdo jurídico são o jurídico e o social, já que o referido dispositivo é diretamente endereçado aos operadores do sistema de persecução penal, e, por consequência, interfere diretamente na questão da segurança pública, que ultrapassa, largamente, a esfera de atuação e de estudo do Direito.

É certo que falar em sistema jurídico e sistema social parece levar a um engano: o de que estariam separados. Não nos falta consciência de se trata de sistemas grandemente sobrepostos. Todavia, a distinção aqui feita deve-se ao fato de que o sistema jurídico – que é nosso objeto de análise mais direto – pode ele próprio ser fracionado em sub ou micro-sistemas por si mesmos bastante complexos, como o subsistema processual e o constitucional, razão pela qual essa divisão que fazemos se dá para fins meramente metodológicos.

Essa divisão também é útil para facilitar nossa visualização dos fatores que compõem o pano de fundo “fático” com toda sua complexidade, e que devem ser tomados em consideração no momento da concretização do significado do texto.

Um último aspecto que vale ser mencionado é que tal divisão nos possibilita compreender melhor nossos próprios pré-conceitos diante da tarefa de interpretar um texto, seja ele qual for. Isto é especialmente relevante quando se parte da ideia – ideia que adotamos -, de que “a interpretação é um acontecer na história do intérprete como um processo de autocompreensão do ser ou como uma prática institucionalizada em uma determinada associação de praticantes da atividade interpretativa”. (SAMPAIO, 2005, p. 363).

6 O “espírito do povo”, parte essencial da construção da Escola Histórica do Direito, cujo mais conhecido representante é Carl Friedrich von Savigny.

Ainda, parece que o conhecimento/ consciência de nossos pré-conceitos e de toda a situação “fática” envolvida na definição do conteúdo jurídico de um enunciado num determinado momento e lugar é algo determinante para se garantir as condições procedimentais de que trata Günther (2004), ou, mais especificamente, garantir “condições gerais de simetria que excluam qualquer coação, exceto a do melhor argumento”. (GÜNTHER, 2004, p. 76).

De tudo isso – nos parece -, é possível inferir que o método adotado pelo Supremo Tribunal Federal na decisão paradigmática do *habeas corpus* 93.050, bem como o da doutrina que sustenta o uso da ponderação para admitir o uso de provas ilícitas em favor da defesa é equivocado. Isto pois, a melhor/ mais adequada concepção possível neste momento é a que busca um “interpretar sem métodos”⁷. A adoção de um método, por si só, parece representar uma escolha prévia ao conhecimento dos fatos, premissas e argumentos, o que acarreta – como pensamos já ter demonstrado – a limitação das possibilidades argumentativas dos envolvidos⁸, que entram no processo sabendo dos métodos/ linhas teóricas adotados por determinados juízes ou tribunais.

Este esboço das consequências de um interpretar a partir de métodos, no contexto de uma discussão sobre a vedação ao uso de provas ilícitas no processo penal, exige que se delineiem desde já quais fatores se mostram relevantes para a concretização do conteúdo jurídico do artigo 5º, LVI da Constituição. Assim nos antecipamos à questão da possibilidade de que o resultado desta concretização fosse algo contrário ao que nossa primeira interpretação daquele texto - interpretação literal, que segue a linha daquela do HC 93.050 -, nos revela. E aqui é preciso advertir que a escolha da base teórico-interpretativa pode ser a diferença entre combater o que gostaríamos de proteger, ou proteger o que gostaríamos de combater. Desse modo, não é possível desconsiderar, além de todas as particularidades de cada caso concreto que venha a ser analisado, o pano de fundo diante do qual tais casos ocorrem.

Com isto queremos dizer que, ao trabalhar na definição do conteúdo jurídico daquele dispositivo da Constituição, devemos ter em conta, por exemplo, que o processo deve ser compreendido como uma garantia do cidadão, e não apenas como o meio através do qual o Estado se legitima a aplicar a norma penal. Devemos observar ainda o cenário da (in)segurança pública, que se mostra em níveis de degradação tais que, em alguns locais, ameaçam a própria ideia de Estado – já que dificulta/ impede que ele lá chegue para prover/ possibilitar serviços e dignidade à população.

7 Entendido como aquele interpretar que, partindo da ideia do “círculo hermenêutico”, vê como impossível se estabelecer pré-conceitos rígidos que devam ser aceitos como válidos *prima facie* pelo intérprete/ aplicador.

8 No dizer de Gadamer, “Em si mesmo, ‘preconceito’ quer dizer um juízo que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa. No procedimento juris-prudencial um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa evidentemente uma redução de suas chances”. (GADAMER, 1999, p. 276).

Estes dois fatores, por si só, nos parecem aptos a demonstrar a contraposição entre público e privado que permeia – e deve sempre permear –, tal discussão. E já que não se pode previamente optar pela prevalência de um ou outro destes fatores, outra saída não se mostra que não a adoção de um modelo de julgamento pautado pela discursividade, no qual o critério de certeza/ acerto da decisão seja o nível de legitimidade atribuído pelos afetados por aquele provimento final.

Poderia argumentar-se que a premissa de que a interpretação literal da norma conduz a equívocos em razão da carga de significados da própria linguagem seria resolvido pelo simples pré-convencionamento do significado dos termos em determinada situação normativa⁹.

Tal crítica em princípio é verdadeira. Desconsidera, contudo, alguns aspectos relevantes da premissa. Primeiro, o fato de que o significado dos termos jurídicos é modificado pelo pano de fundo fático-social sobre o qual ele atua. Segundo, inversamente em relação ao primeiro, o significado do pano de fundo fático-social também é alterado pelas normas jurídicas sobre ele incidentes. Terceiro e determinante aspecto: o responsável pela produção das normas, por ser eleito como é, guarda uma espécie de responsabilidade muito relevante com atores não jurídicos/ não técnicos, devendo, mais que nunca mediar a influência recíproca entre pano de fundo e norma posta.

Daí podemos concluir que no atual estado de concretização democrática-institucional em que nos encontramos, a melhor saída é passar a discutir-se as normas – em especial as normas limítrofes – dentro da ideia de democracia discursiva, para que a legitimidade advenha do amplo debate, o que termina por simplificar, inclusive, a tarefa do legislador de dialogar diretamente com um público que não está inserido ou familiarizado com as especificidades do Direito.

É preciso então explicitar e discutir o modelo processual no qual toda essa discussão irá acontecer, já que, como visto, ele não é apenas o *locus* institucional do debate, mas também fator determinante na concretização do conteúdo jurídico do dispositivo em estudo.

3 Modelo Constitucional de Processo: instrumento de adequação

A ideia de modelo constitucional de processo tem sido utilizada por alguns autores (BARROS, 2009) com o intuito de desenvolver uma teoria efetivamente geral do processo, que parte da ideia fazzalariana, trazida a nós por Aroldo Plínio Gonçalves (2001), de que o processo seria um procedimento realizado em contraditório.

9 Tal crítica parece se adequar àquele linha que sofre com o que Dworkin (2007) chamou de “agulhão semântico”. Um quarto argumento contra essa crítica seria a constatação feita pelo referido autor de que os advogados e juízes quando divergem em casos difíceis, frequentemente divergem a respeito de questões/ leituras morais, políticas e de fidelidade, e não quanto ao significado/ aplicação da lei.

Esta construção é útil na elaboração de uma teoria geral do processo – que faça jus ao termo “geral” –, já que coloca o contraditório como parte de seu centro teórico, sendo possível e necessário de existir em qualquer espécie de processo (judicial, legislativo, administrativo), diversamente da jurisdição e da ação, institutos centrais no que hoje se costuma referir por Teoria Geral do Processo, mas que não são encontradas no processo legislativo ou no administrativo.

Tal construção é uma colaboração fundamental para o novo modelo de processo que se busca desenvolver, já que implica “uma base principiológica uníssona aplicável a todo e qualquer processo, já que todo processo é constitucional, seja em razão de sua fundamentação ou de sua estrutura, pois é garantia constitutiva dos direitos fundamentais dos sujeitos de direitos”. (BARROS, 2009, p. 333).

Tal modelo de processo tem três características que, ao que nos parece, colaboram enormemente com a ideia de que as características do caso concreto são essenciais na interpretação dos textos. São elas a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).

Estas características tratam essencialmente de possibilitar a especialização dos institutos processuais quando tal especialização for uma exigência das situações vividas, de modo que se permita a adequação e a inovação dos institutos processuais a fim de se conformar a contextos especiais.

Em suma, admite-se mesmo que o próprio processo – como espaço institucionalizado nos moldes informados pela Constituição – tenha maleabilidade para se conformar às exigências do caso concreto, garantindo, sempre, o respeito aos preceitos constitucionais que formam a base principiológica uníssona da teoria do processo, quais sejam, “o princípio do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e da participação de um terceiro imparcial”. (BARROS, 2009, p. 334).

Ora, se se admite que o próprio espaço argumentativo seja modificado conforme necessidades específicas, ou mesmo que novos institutos sejam criados para garantir a possibilidade de ampla argumentação, não parece possível sustentar que um ponto específico do processo seja pré-definido antes mesmo do início do processo, desconsiderando, por reflexo, todas as suas eventuais peculiaridades.

No mesmo sentido, quando se concorda que um dos pilares da legitimidade das decisões tomadas num contexto jurídico é a sua aceitabilidade, e que o melhor meio para se chegar a ela é possibilitar aos envolvidos a ampla argumentação, não faria sentido aceitar-se que um específico texto normativo seja pinçado para fora desta lógica e paire sobre o espaço argumentativo como um campo de força, impedindo que o resultado de sua interpretação meramente literal seja questionado.

Daí se afirmar que a aceitabilidade do Direito e suas decisões decorre da racionalidade dos procedimentos de tomada de decisão, bem como do respeito aos precedentes¹⁰.

Não seria coerente – em nosso entender – afirmar que “interpretação e aplicação são coisas inseparáveis” (STRECK, 2005, p. 527), e em seguida fazer uma ressalva específica quanto ao sistema de gestão de provas no processo penal, sob o argumento, por exemplo, de que o dispositivo do artigo 5º, LVI da Constituição implica na absoluta invalidade da prova ilícita, que deverá ser sempre rechaçada, vez que se trata de “consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo (notadamente em juízo penal)”. (BRASIL. STF. HC93.050-6, rel. Min. Celso de Mello).

Há basicamente dois problemas nesse posicionamento.

O primeiro é a incompatibilidade dessa interpretação literal típica do positivismo com o atual estado da arte da hermenêutica constitucional. Este, parece-nos, acabou de ser demonstrado. O segundo é o risco de um posicionamento desses num país cujo Judiciário tem se apropriado cada vez mais da ideia da força do precedente, oriunda do sistema do *Stare Decisis*.

Como visto anteriormente, o sistema dos precedentes tem a característica de garantir a estabilidade e a mutabilidade, possibilitando a evolução/ mudança de posicionamentos da Corte. Logo, o tribunal de cúpula do país afirmar, como na decisão referida que determinada situação “deve ser repudiada, e repudiada sempre” demonstra, no mínimo, despreparo para lidar num sistema nos moldes do *Stare Decisis*, já que nele não é admissível estabelecer uma posição qualquer “para sempre”.

Em outra linha de raciocínio, pensamos que se se concebe o processo como procedimento realizado em contraditório, entendendo o contraditório na amplitude que entendemos (e já explicitamos anteriormente), não seria coerente admitir que justamente o item central desta concepção teórica seja restringido.

A crítica imediata a tais colocações, nos parece, seria no sentido de que a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas é um corolário da ideia de processo visto como garantia do indivíduo. Tal crítica só será válida se não se parte da teoria do processo como procedimento em contraditório. Isto, pois dentro da ideia de processo com que trabalhamos, o ápice da garantia do indivíduo é a possibilidade de argumentação plena dentro do processo, o que implica, inclusive, a possibilidade de argumentar a partir de provas obtidas por meio ilícito.

10 Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente. [...] a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. (HABERMAS, 2003, p. 246).

Contra essa colocação poder-se-ia opor o argumento de que nós estaríamos reduzindo a zero a força normativa do dispositivo constitucional que aqui estudamos.

Esta crítica também não procede. O que fazemos aqui é, a partir do referido texto da Constituição, que é particularmente desafiador em razão do modo como foi redigido, afirmar que

Ao falarmos de interpretação jurídica, devemos falar em interpretação jurídico-concreta (factual). E, assim, na medida em que a hermenêutica é modo de ser, que emerge da faticidade e da existencialidade do intérprete a partir de sua condição (intersubjetiva) de ser-no-mundo, os textos jurídicos – no caso, a Constituição – não exsurtem em sua abstratividade, atemporal e a-histórica, alienado do mundo da vida. A Constituição é o resultado de sua interpretação, pois uma coisa (algo) só adquire sentido como coisa (algo) na medida em que é interpretada (compreendida ‘como’ algo). (STRECK, 2005, p. 528).

Neste momento é preciso então responder claramente qual nos parece ser neste momento histórico o conteúdo jurídico do inciso LVI do artigo 5º da Constituição, definindo se seria possível ou não a utilização de prova ilícita no processo penal, *pro* acusação. É o que faremos a seguir.

4 A garantia da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no contexto da Teoria Discursiva: interpretação adequada à realidade brasileira

A ideia de se usar provas obtidas por meio ilícito a favor da acusação – em sede processual penal –, causa, no mínimo, desconforto a qualquer pessoa que conheça o cenário de exceção para o qual nossa Constituição foi resposta. Tal desconforto decorre fundamentalmente das imagens e histórias que nos vêm à tona quando pensamos nos artifícios utilizados durante o regime militar brasileiro¹¹ para o combater aqueles que tinham ideias consideradas subversivas, ou simplesmente contrárias ao governo.

Todavia, como afirmamos, a partir de Streck (2005), a interpretação deve ser factual, ou, em outros termos, é preciso analisar o caso concreto sem (ou com o mínimo possível, e sendo esse mínimo exposto desde logo, afim de “nivelar” o *background* de compreensão de todos os envolvidos) pré-compreensões ou imagens pré-constituídas, a fim de que se possa construir um significado adequado ao caso concreto.

11 Cf. GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo: Cia das Letras, 2002; MORAIS, Taís. *Sem Vestígios: revelações de um agente secreto da ditadura militar brasileira*. São Paulo: Geração Editorial, 2008.

Um primeiro problema a ser enfrentado quando lidamos com o enunciado do artigo 5º, LVI da Constituição brasileira, é mesmo o significado dos termos ali contidos, vejamos.

Determina o citado artigo que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”. Um aspecto que devemos desde já destacar é que, uma interpretação estritamente literal do texto, nos levaria não apenas à conclusão que chegou o Ministro Celso de Mello no HC 93.050, mas também à conclusão de que é possível o manejo de provas ilícitas, livremente, em âmbito pré-processual (por exemplo, em sede de inquérito policial), pois, do ponto de vista da literalidade do dispositivo, estaria fora da esfera de alcance daquela norma.

Tal constatação, apesar de não ser objeto direto deste trabalho, nos leva a um ponto que nos parece relevante. Falamos da interpretação dada pelo Supremo no HC que tem nos servido de base para análise. Ela é extremamente perigosa, pois abre espaço para uma interpretação simplista, que termina por diminuir as garantias do acusado, ou, no caso específico, do investigado.

Retomando a questão do significado dos termos do enunciado constitucional, deve-se destacar que o conceito de “processo” não é minimamente unânime, especialmente quando se passa a analisar o direito comparado. Também o conceito de “prova obtida por meio ilícito” também não é unânime. Tanto isso é verdade, que a redação dada ao artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro pela lei 11.690/08 traz conceito diverso do que encontrávamos na doutrina, que distinguia entre prova ilícita – “as que violam norma de direito material” (PACHECO, 2006, p. 544) -, e prova ilegítima – “as que violam norma de direito processual” (PACHECO, 2006, p. 544).

No tratamento dado até então, a prova ilegítima teria “seu regime jurídico resolvido pela teoria das nulidades” (PACHECO, 2006, p. 545) processuais. Já as provas ilícitas poderiam, em razão de haver “situações reconhecidas pelo Direito como suficientes a afastar a ilicitude [...], ser validamente aproveitadas no processo penal” (PACELLI DE OLIVEIRA, 2006, p. 319).

Na disciplina dada pela lei 11.690/08, contudo, este tratamento diferenciado deverá ser revisto, já que o conceito legal agora é único: “prova ilícita”. “O novo conceito de ‘prova ilícita’ vai bem mais além, pois tais provas podem desrespeitar tanto direitos como garantias constitucionais, como normas de direito material ou processual previstas em leis infraconstitucionais”. (BARROS, 2009, p. 35).

Àqueles que sugerem que a intenção do Legislativo ordinário foi boa, no sentido de trazer segurança a essa discussão, já que uma definição legal deveria reduzir as dúvidas surgidas na doutrina, é preciso lembrar que a ideia de segurança através da lei vem sendo tentada, no mínimo, desde o Código de Napoleão¹², de 1804, e não

12 Cf. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*.

se sustenta no atual estágio da hermenêutica jurídica, em que a concretização do significado só pode ocorrer no caso concreto¹³.

Além desta questão, há outra ainda mais grave. Supondo que, num determinado caso se conclua racionalmente que determinada prova é ilícita, parece cabível questionar se toda e qualquer prova considerada ilícita deve ser afastada do processo, ou se, caracterizada a ilicitude da prova diante das peculiaridades do caso, é preciso verificar se seu uso seria uma violação maior à Constituição do que os fatos do caso concreto¹⁴. Em termos mais simples, é preciso verificar se seu uso seria um mal maior¹⁵ à Constituição e às garantias do acusado do que seu não uso.

Vale notar, que no Direito comparado essa espécie de consideração é recorrente. Por exemplo, no caso *Issacharov v. Chief Military Prosecutor*, a Suprema Corte de Israel decidiu que haveria três considerações a serem feitas pelo juiz no tocante à exclusão de provas ilicitamente obtidas do processo penal. A nós interessa a terceira delas, a qual “envolveria o balanceamento que as cortes devem realizar entre as vantagens e desvantagens sociais de se excluir tal evidência”¹⁶ (BLUM, 2008, p. 2138).

Tal ideia pode parecer descabida para os adeptos da tese legalista do “repudiada, e repudiada sempre”, porém, parece-nos relevante, e, temos que dizer, não é exatamente original. Ela - a ideia - chegou a nós em razão de uma discussão acerca da amplitude do pluralismo na democracia.

Chantal Mouffe afirma que aqueles que discordam dos princípios da democracia não podem esperar que seus argumentos sejam legitimados em nome do pluralismo¹⁷,

13 Como resposta às correntes objetivistas ou subjetivistas, que propõem a busca pela vontade da lei ou pela vontade do legislador, é preciso estar atento para a seguinte advertência: “As marcas linguísticas constituem indicadores das intenções do autor, porém podem não coincidir exatamente com estas mesmas intenções ou porque ele as mascarou ou porque o texto permite leituras não previstas. Assim, nunca se pode saber *o que o autor quis realmente dizer*”. (FÁVERO, 2006, p. 41, grifos da autora).

14 A abertura a argumentos não jurídicos pode ser criticada por correntes que buscam uma separação forte entre fundamentação e aplicação, todavia, nos parece acertada a observação de que “é um equívoco, [...], deduzir, da existência e necessidade de valorações, uma abertura indiscriminada para convicções morais subjetivas. Isso só ocorreria se não houvesse qualquer maneira de objetivar essas valorações. [...] a objetivação de consensos se dá argumentativamente, segundo regras do discurso, tornando-os corretos ou verdadeiros porque racionalmente fundados. Sendo discursivamente racionais, são tornados universais”. (TOLEDO, 2008, p. 19).

15 Tal questionamento já é recorrente no país, ainda que a partir de ponto de vista do qual discordamos: “Contudo, vai tomando corpo entre nós a aceitação da teoria da proporcionalidade, visando-se a evitar a aplicação muito rígida do inc. LVI do art. 5º quando a ofensa a determinada vedação constitucional é feita para proteção de valor maior também garantido pela Constituição”. (FERNANDES, 2002, p. 86).

16 No original: “Finally, the third group of considerations involved the balancing that courts must conduct between the social advantages and disadvantages of excluding the evidence”, e continua, “the more severe the crime and the more central the evidence in securing a conviction, the less likely exclusion would be”. (BLUM, 2008, p. 2138).

17 Desde o momento em que se percebe a democracia pluralista como uma teoria cujos princípios ético-políticos são a liberdade e a igualdade de todos, podemos compreender o sério erro em que incorre

inferimos o questionamento sobre a necessidade de se verificar o que seria, no caso concreto, o mal maior, o uso ou o afastamento da prova ilicitamente obtida.

Isso nos parece necessário também em razão do fato de que, embora tal garantia seja um ponto central da ideia de modelo constitucional de processo, e seja um direito fundamental do acusado, não há direitos absolutos e, antes disso, o fato de que a Constituição brasileira não traz um ideal fechado de valores e finalidades.

Por óbvio, não iremos aqui especular com exemplos hipotéticos do que poderia ser considerado um mal maior à Constituição do que o uso de uma prova ilícita no processo penal, pois seria uma incoerência diante de nossa posição de que só é possível chegar a conclusões no caso concreto, quando se tem contato com todos os argumentos que nele são relevantes e devem ser tomados em conta na decisão. Usaremos, para exemplificar, um caso em que esta proposta parece correta, o caso julgado na Ação Penal 307-3 do Distrito Federal, perante o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do ministro Ilmar Galvão.

Este caso – “Caso Collor”, ou “Esquema Collor-PC” -, foi resolvido – no que diz respeito a seus dois principais acusados Fernando Collor e Paulo César Farias -, quando os ministros aceitaram a preliminar suscitada pelos advogados de que duas provas determinantes no processo teriam sido ilicitamente obtidas.

Consoante o dispositivo “acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, em acolher a preliminar da defesa, para declarar inadmissível a prova consistente no laudo de degravação de conversa telefônica e no laudo de degravação de registro de memória de computador”. (BRASIL. STF. AP307-3. Rel. Min. Ilmar Galvão. 1994).

O que importa para nossa linha argumentativa, contudo, é o fato de que, quando os ministros discutem nos autos sobre tal preliminar da defesa, não discutem sobre o fato que efetivamente ocorreu, nem sobre a relevância que aquela prova teria no caso.

Note, por exemplo, parte do voto do ministro Celso de Mello:

A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que

o princípio liberal da neutralidade do Estado. Não há dúvida de que, com a finalidade de respeitar a liberdade individual e o pluralismo, um estado democrático liberal moderno não deveria tentar impor uma única concepção de bem comum em assuntos concernentes aos valores políticos, dado que, por definição, postula certos valores ético-políticos que constituem seus princípios de legitimidade. Longe de ser neutro, o Estado democrático liberal é a afirmação de valores específicos de liberdade e igualdade, que norteiam seu particular ordenamento simbólico das relações sociais, e por isso não pode aceitar o pluralismo, no que diz respeito aos princípios de legitimidade. Isto significa que aqueles que se opõem à liberdade e à igualdade e desejam restabelecer uma concepção totalitária e hierárquica da sociedade não podem nutrir esperanças de ver suas demandas legitimadas em nome do pluralismo. (MOUFFE, 1999, s/p).

deriva, **necessariamente**, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, **de modo peremptório**, a possibilidade de uso, em sede processual, de prova – **de qualquer prova** – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. (BRASIL. STF. AP307-3. Rel. Min. Ilmar Galvão. 1994).

Não se discutiu, por exemplo, a extensão do poder fiscalizador de quem produziu tais provas¹⁸ (auditores da Receita Federal); não se discutiu¹⁹, também, se haveria algo apto a relativizar o princípio da inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas.

Em síntese, a interpretação literal do disposto no artigo 5º, incisos XII e LVI, foi imposta previamente à análise das informações contidas num inquérito de trinta e oito volumes e mil e oitenta e oito apensos, totalizando duzentas e sessenta e sete mil páginas (FIGUEIREDO, 2000, p. 54), em que se relatava uma investigação realizada por diversas instituições²⁰, cuja conclusão, entre outras, era o envolvimento de membros do primeiro escalão do governo central brasileiro com parte da máfia italiana. Ou seja, o horizonte histórico da informação foi deixado de lado.

Deve ficar claro que não estamos aqui afirmando que a possibilidade de discutir todos os itens envolvidos no caso, inclusive a vedação a provas ilicitamente obtidas, iria necessariamente levar a um resultado diverso. Estamos é afirmando que tal possibilidade seria mais condizente com ideias como ampla argumentação, e legitimidade através da discursividade, pois não faria nenhuma imposição *a priori* à discussão a ser travada no processo.

Superado este exemplo real, é preciso deixar patente que alguns fatos, aptos a tornar ilícitas as provas produzidas a partir deles, devem ser analisados, mas, podendo ter seu uso afastado por instrumentos menos radical que a norma do inciso LVI do artigo 5º da Constituição, por exemplo, a teoria dos atos administrativos inexistentes, que são os atos que caracterizem crimes propriamente ditos. Vamos abordar essa linha de modo objetivo.

No que diz respeito à classificação das possibilidades de invalidação do ato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que o ato administrativo que

18 Vale ressaltar que: “Para os efeitos da legislação tributária, não tem aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los (art.195 CTN)”. (SOARES DE MELO, 2005, p. 356). No mesmo sentido a súmula 493 do STF: “estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação”.

19 Vale ressaltar que para o responsável pelas investigações naquele momento, “os arquivos da Verax mostravam que Collor e PC haviam construído uma organização criminosa sofisticada, da qual pouco ou nada se conhecia”. (FIGUEIREDO, 2000, p. 384).

20 Segundo o livro-reportagem de Lucas Figueiredo, a investigação foi iniciada pela Polícia italiana, sendo posteriormente comunicada às autoridades brasileiras em razão das conexões existentes, contando, também, com participação de autoridades da Suíça e dos EUA em determinados pontos.

constitui crime é ato inexistente, passível de resistência *manu militari*. (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 442). Exemplificando o que seria um ato puramente criminoso, Dirley da Cunha Júnior (2007, p. 116) se refere ao ato de delegado de polícia que determina o espancamento de preso.

Ora, o exemplo, embora específico, pode ser ampliado, de modo que podemos concluir aqui que, seguindo a doutrina de Bandeira de Mello, o ato da autoridade pública que é criminoso – e tal constatação deverá ser endoprocessual – deverá ser absolutamente descartado do processo pelo fato de que se se tem o ato como inexistente. Não é possível falar em sua utilização/ efeitos, salvo para fins de responsabilização do agente público²¹. Em suma, o material probatório produzido de forma criminoso pelo poder público é, para essa teoria, inexistente, logo, não pode ser tomado em conta na decisão judicial.

Tal ideia nos parece benéfica de dois modos diversos, e, embora a concordância aqui não seja essencial para o desenvolvimento do trabalho, iremos fazer tal exposição com intuito estritamente argumentativo. Primeiro, ela aumenta a certeza quanto à natureza do ato questionado, vez que sua caracterização como ato criminoso deverá ocorrer dentro do processo judicial, já que a constatação da prática de um crime depende, sempre, de se submeter o caso ao devido processo legal. Segundo – e mais pragmático –, ela permite que aqueles que repudiam uma revisão do princípio da exclusão possam refletir sobre o tema sem o peso de se admitir, por exemplo, o uso processual de prova obtida mediante tortura, ou qualquer outro modo que cause repulsa (de modo especial) a quem tem um passado recente por um Estado de exceção violento.

É preciso, por tudo que dissemos, abandonar pré-conceitos e imagens pré-concebidas a fim de ingressar num novo momento da hermenêutica constitucional.

Contra a ideia de a interpretação estar necessariamente vinculada ao caso concreto alguém poderia então sustentar que tal postura é indesejável, vez que reduziria a quase nada a força normativa da Constituição, pois possibilita ao aplicador-intérprete-interessado a possibilidade de manipular argumentativamente qualquer preceito constitucional.

Isso, todavia, não é verdade. E não é verdade pelo simples fato de que as partes do texto constitucional dedicadas aos fundamentos, aos objetivos e princípios da República, embora também devam ser interpretadas, não deixam de ser uma orientação quanto à direção para onde a atividade interpretativa deve caminhar. Assim, embora seja preciso concretizar em termos plurais, por exemplo, o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, há uma pré-compreensão comum que não pode ser abandonada ou descartada, e que funciona como guia àqueles que estejam eventualmente diante da necessidade de concretizar tal expressão num caso concreto.

21 Note que há uma aparente incoerência na teoria de Bandeira de Mello. Se o ato é inexistente, como utilizá-lo para responsabilizar o agente público? Parece-nos que se trata de terminologia questionável, cuja utilização se justifica apenas para dar-lhe conotação semântica mais forte do que o termo “nulidade”.

Retomando a questão do significado dos termos no que diz respeito ao “processo”, embora já tenhamos nos referido a ele, cabe aqui um último comentário. A interpretação dada pelo Supremo, ou pelos adeptos da ponderação ou razoabilidade, nos parece compatível com a teoria do processo dominante, que, como nos mostra Nunes (2008, p. 183-184), fala num “sadio protagonismo do juiz”, que “possuiria poderes para conferir novos contornos aos ditames da lei”, devendo se guiar inclusive pelos escopos metajurídicos do processo, como a pacificação social. (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2001, p. 24).

Todavia, tanto uma quanto outra opção teórica nos parecem incompatíveis com a ideia do processo compreendido como procedimento em contraditório, já que aqui não se admite um protagonismo do juiz no sentido acima exposto. Aqui, o protagonismo é dos possíveis afetados pela decisão, que devem, portanto, contribuir argumentativamente para a tarefa do juiz. É a ideia de “comparticipação e policentrismo”, que não admite “que a aplicação normativa fique ilhada na mente do julgador até o momento do provimento”. (NUNES, 2008, p. 246).

Entendemos pois, que o paradigma da filosofia da linguagem impõe uma releitura das questões de interpretação jurídica, sendo necessário, no caso específico com que trabalhamos, deixar que a decisão quanto à caracterização do que seja prova ilícitamente obtida (e as consequências disso) ocorra dentro do processo, com a participação necessária de todos os envolvidos. De outra forma, resta prejudicada a legitimidade da decisão, reduzindo sua força, inclusive no que diz respeito a formação de precedentes.

Esta exigência de plena liberdade argumentativa parece-nos servir de modo crucial a um modelo penal garantista²², de vez que garante que não haverá predominância de uma parte sobre a outra.

Em síntese, a abertura hermenêutica propiciada pela mudança de paradigma filosófico transcende o direito processual, e afeta de modo particularmente salutar o modelo penal garantista, levando a ideia de argumentação para níveis impensáveis sob o paradigma filosófico que tem regido a interpretação e a argumentação jurídica.

Por todo o exposto, impõe-se a expansão da ideia de ampla argumentação, de modo a possibilitar que toda sorte de argumentos possa ser levada para o processo, por todos os envolvidos/ litigantes, permitindo a concretização dos significados pelo consenso dos interessados. Desta forma, sem uma prévia imposição de valores e concepções de vida boa, e permitindo que o *medium* da linguagem seja rediscutido durante a construção do

22 Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações. (FERRAJOLI, 2006, p. 565).

provimento judicial, é possível chegar a uma resposta paradigmaticamente adequada, que se harmoniza com o deslocamento da força do Direito, da correção/ certeza da decisão para sua legitimidade. Legitimidade que se perfaz pela potencial compreensão de cada cidadão de que é co-autor do sistema jurídico.

5 Conclusão

A tarefa de trazer a prática da atividade jurídica para o estágio de desenvolvimento teórico em que se encontram ciências informadoras daquela prática, como a filosofia, não é fácil. Seja pela nossa rejeição ao que é desconhecido – característica dos seres humanos em geral –, seja pela tradição de formação dogmática daqueles que atuam no mundo do Direito, uma série de entraves se apresentam à tentativa de rever nossos pré-conceitos profissionais.

Tais características somadas ao nosso apego à ideia da certeza através da legalidade, personificada em um Supremo Tribunal que cada vez mais chama para si – e tão-somente para si – a responsabilidade de dar a última palavra nas questões (difíceis) do Direito, mostram-nos um quadro pouco animador àqueles que resolvem se dedicar a tal tarefa.

Além deste quadro pouco animador que é pintado dentro do mundo do Direito, as implicações decorrentes de algumas mudanças propostas atingem outros ramos do conhecimento, sendo, por isso, repudiadas inclusive por profissionais de outras áreas do conhecimento – no nosso caso específico, aqueles que lidam mais diretamente com a segurança pública, como sociólogos e antropólogos.

Pode-se observar, todavia, que apesar deste estado de coisas, há uma consciência crescente de que a ideia da legitimidade oriunda da legalidade não mais se sustenta, sendo preciso que um novo marco passe a reger a visão dos profissionais do Direito acerca das questões de interpretação.

Por outro lado, observamos que há desenvolvimentos na teoria do processo que buscam trazer o Direito para o paradigma filosófico pós giro linguístico, fazendo exigências no terreno da legitimidade das decisões aptas a forçar uma nova compreensão da hermenêutica jurídica em geral.

Tentamos essencialmente discutir os caminhos que devemos tomar na interpretação do Direito, diante do pano de fundo social sobre o qual a ideia central deste trabalho se dá, ou seja, diante das implicações da releitura da vedação às provas obtidas por meio ilícito na esfera da segurança pública.

Partindo da teoria do processo e da filosofia da linguagem, tentamos mostrar que só é possível estabelecer o conteúdo jurídico de um texto normativo, seja ele qual for, na análise de um caso concreto. Isso é assim, porque a compreensão não está fora do intérprete. Ao contrário, quando o intérprete chega à conclusão sobre o significado/

conteúdo jurídico de um preceito qualquer, aquela concepção passa a fazer parte do seu horizonte histórico, que afeta o modo como ele compreende as questões que se lhes apresentem posteriormente.

A interpretação, portanto, é o momento em que se ultrapassa o *médiu*m da linguagem, de modo que o intérprete e o significado da coisa interpretada passam a ter um ponto em comum, ponto em que o intérprete foi modificado pelas características/demandas do texto interpretado, e em que o texto interpretado é concretizado, passando a carregar uma parte do *background* histórico do intérprete.

O objetivo aqui foi produzir uma releitura do problema do uso das provas obtidas por meio ilícito no processo penal brasileiro e discutir até que ponto uma argumentação baseada em tais provas preenche o ideal de legitimidade de uma democracia forte (consolidada), valendo-nos, para tanto, de premissas teóricas diversas daquelas tradicionalmente adotadas pela doutrina processual dominante (Filosofia calcada na relação sujeito-objeto). No intuito de construir uma argumentação juridicamente sustentável, deslocamos o foco do problema da interpretação normativa do dispositivo legal em tela para a questão da legitimidade do Direito.

Percorremos, ainda, o caminho pelo qual o Supremo Tribunal Federal trouxe o referido princípio para o direito pátrio, referindo-se, ainda que para fins meramente argumentativos, às decisões chave da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Por fim, propusemos que é possível, se se valer das exigências feitas pelo paradigma da filosofia da linguagem, mais adequada ao atual estado da Teoria da Democracia, reler o disposto no artigo 5º, LVI da Constituição brasileira, rompendo com os cânones de interpretação positivistas para permitir a argumentação a partir de qualquer dado levado ao processo, sem, contudo, enfraquecer o ideal de legitimidade, mas, pelo contrário, concretizando – no sentido de dar mais solidez – o ideal de ampla participação e pluralismo que permeia, e deve sempre fazê-lo, a ideia de democracia.

Desta feita, concluímos que o rompimento com as técnicas de interpretação positivistas na seara penal é desejável, já que olhar o problema dado com novos olhos nos pareceu o mais adequado modo de, por meio do estudo de um específico problema do sistema de persecução penal, atingir o fim que deve ser sempre o principal de todo aquele que se põe a fazer pesquisa jurídica nestes tempos – tempos de comemoração da estabilidade constitucional -, qual seja, contribuir para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Referências

- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionale della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.
- ATKINS, Raymond A.; RUBIN, Paul H. Effects of criminal procedure on crime rates: mapping out the consequences of the exclusionary rule. *Journal of Law & Economics*, v. 46, Issue 1, p. 157-179, apr. 2003.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teoria da argumentação jurídica*. Cap. I. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *O Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição*. In: CATTONI DE OLIVEIRA; AMORIM MACHADO. *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BLUM, Binyamin. Doctrine without borders: The “new” israeli exclusionary rule and the dangers of legal transplantation. *Stanford Law Review*, v. 60, p. 2131-2172, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do Direito*. Trad. Marco Pugliesi; Edson Bini; Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. STF. AP 307-3 Distrito Federal. Rel. Min. Ilmar Galvão. 13.12.1994.
- BRASIL. STF. HC 93.050. Rio de Janeiro. Rel. Min. Celso de Mello. 10.06.2008.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Editora Renovar, 2003.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Ragel. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FÁVERO, Leonor Lopes. *Coesão e coerência textuais*. (Série Princípios – 206). São Paulo: Ática, 2006.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes et al. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FIGUEIREDO, Lucas. *Morcegos Negros: PC Farias, Collor, máfias e a história que o Brasil não conheceu*. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora Record, 2000.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. v. I. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

- GASPARI, Elio. *A Ditadura Derrotada*. O sacerdote e o feiticeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade I*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- JACKSON, Heather A. Arizona v. Evans: Expanding Exclusionary Rule Exceptions And Contracting Fourth Amendment Protection. *Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 86, Issue 4, p. 1201. 1995.
- JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. Cap. III. São Paulo: Editora Cultrix, 1976.
- MacINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. Bauru, SP: EDUSC, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MOUFFE, Chantal. Pluralismo Artístico e Democracia Radical. *Cardeno da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 75-87, jul./dez. 1999.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PACHECO, Denilson Feitosa. *Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2006.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 94.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Adeus aos Métodos? Hermenêutica, pragmática e argumentação constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SOARES, Luiz Eduardo; BILL, M.V.; ATHAYDE, Celso. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. Ontem os Códigos; hoje as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- TOLEDO, Cláudia. Introdução à Edição brasileira. In: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racoinal como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Shild Silva. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.