

A FUNDAMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO: ANÁLISE HERMENÊUTICA DA VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Flaviane de Magalhães Barros¹
Ricardo Augusto de Araújo Teixeira²

"The quality of a nation's civilization can be largely measured by the methods it uses in the enforcement of criminal law".
Miranda v. Arizona (1966).

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A "Quarta Emenda" e a Exclusionary Rule; 3 A Regra da Inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro; 4 O desenvolvimento do princípio da exclusão no Brasil; 5 O filtro da teoria discursiva; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo trata da construção e do desenvolvimento do princípio da exclusão, partindo da elaboração do referido princípio no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, e trazendo a discussão para a doutrina e jurisprudência brasileiras. Por fim, faz-se uma crítica à condução das discussões a partir do princípio da proporcionalidade e conclui-se que, no atual paradigma do Direito, uma resposta mais adequada aos problemas postos é obtida quando se parte da Teoria Discursiva do Direito e da compreensão de processo como procedimento em contraditório.

PALAVRAS-CHAVE: Provas ilícitas. Princípio da proporcionalidade. Teoria do Discurso. Contraditório. Devido processo legal.

ABSTRACT: This paper deals with the creation and development of the exclusionary rule, from its elaboration within the Supreme Court of the United States, and brings the issue to the Brazilian doctrine and jurisprudence. At the end, it offers a criticism of the path that has been chosen in leading the discussions from the idea of proportionality, and concludes that in the current paradigm of the Law, a more appropriate response to the question is obtained when we begin with Discursive Theory, and the understanding of the lawsuit as a contradictory proceeding.

KEY WORDS: Illegally seized evidence. Proportionality. Discursive Theory. Contradictory proceeding. Due process.

1 Introdução

Como parte de uma série de outras garantias em sede de persecução penal, a Constituição brasileira de 1988 traz em seu artigo 5º, LVI a regra que determina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”, corolário de um dos princípios base do estado de direito, qual seja, o do devido processo legal.

A referida garantia é uma constante nos ordenamentos jurídicos ocidentais, e tem sua origem usualmente associada ao caso *Weeks v. United States* (DRESSLER, 1997, p. 320), julgado pela Suprema Corte em 1914, em que, com base na “Quarta Emenda”³, entendeu-se que a garantia prevista se aplicava a crimes federais.

Não obstante, de acordo com Walter Pakter, citado por Yue Ma (1999), há registros de anulação de processos em razão de buscas ilegais na França já em 1672, e, mesmo no século XX, há registros da exclusão de provas em razão da ilegalidade da busca e apreensão na França em 1910, portanto, quatro anos antes da correlata decisão nos Estados Unidos.

No Brasil, há construção jurisprudencial de tal garantia já antes da atual Constituição, notadamente no HC 63.834 de 18/12/1986, de relatoria do Ministro Célio Borja.

Já sob o atual regime constitucional, o *leading case* na matéria é o HC 69.912, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual, todavia, a discussão é mais focada na questão da prova ilícita por derivação, vez que se assume que, em razão da regra explícita da inadmissibilidade trazida no corpo da Constituição, não há de se discutir a regra objeto deste estudo.

Desta feita, a meu ver, a base teórica desta garantia processual nos ordenamentos jurídicos ocidentais remonta, invariavelmente, à elaboração da Suprema Corte dos Estados Unidos acerca da regra prevista na Quarta Emenda.

Assim sendo, a primeira parte deste estudo abordará a evolução da regra da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, ou seja, como se deu a construção da garantia chamada de *Exclusionary Rule* a partir da regra da ‘Quarta Emenda’. Posteriormente, apresentará o posicionamento corrente da jurisprudência e da doutrina brasileira sobre tal regra. Por fim, analisará os argumentos utilizados na construção de tal garantia, a fim de identificar as correntes teóricas que servem de base a esta garantia, a fim de questionar se, dentro da proposta de compreensão fazzalariana do processo - como procedimento em contraditório -, passando pelo filtro da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas, tal regra deve subsistir nos termos absolutos em que se encontra atualmente na doutrina pátria.

2 A “Quarta Emenda” e a *Exclusionary Rule*

Estudar, ainda que dentro de uma proposta limitada como esta, o sistema de justiça criminal dos Estados Unidos exige que duas tarefas sejam cumpridas simultaneamente. É preciso entender como os precedentes judiciais promovem o desenvolvimento do sistema e, também, como os profissionais do Direito lidam com a questão dos precedentes.

É preciso, ainda, contextualizar desde logo os textos legais com os quais estaremos trabalhando, a fim de restar claro que as posições mais “liberais” ou “conservadoras” (DRESSLER, 1997, p. 17) que serão apontadas dizem respeito tão-somente à série de problemas relacionados com os dispositivos legais que dizem respeito ao sistema de justiça criminal.

O foco deste trabalho está na chamada “Quarta Emenda” da Constituição norte-americana. Vale lembrar desde já que o conjunto das dez primeiras emendas, conhecido como *Bill of Rights*, deu-se no mesmo momento histórico da aprovação da Constituição dos Estados Unidos, qual seja, o fim do século XVIII e início do XIX. Todavia, em certo momento, haverá referências à “14ª emenda”, incorporada ao texto constitucional na segunda metade do século XIX.

O *Bill of Rights* contém uma série de dispositivos que dizem respeito ao sistema criminal, notadamente na quarta, quinta e sexta emendas.

Apesar da clareza que tais textos têm para nós atualmente, eles permaneceram em grande parte inexplorados até o início do século XX. Daí alguns autores falarem em *criminal justice revolution*

(LaFAVE, 1993, p. 1), quando se referem ao desenvolvimento proporcionado pela Suprema Corte nesta seara a partir, notadamente, de 1914.

Por se tratar da formação de um país a partir da transformação de uma confederação numa federação, havia – e ainda há - sérias preocupações referentes à excessiva centralização de poder no ente federal.

Em razão destas preocupações, foi criado o *Bill of Rights*, que trazia regras “projetadas como limitações ao poder do governo federal, e que não foram planejadas para restringir as ações dos governos dos Estados”. (DRESSLER, 1997, p. 322).

A estrutura como foi concebido o *Bill of Rights* criou um problema maior do que a própria compreensão de seus dispositivos, qual seja, a questão de sua aplicação em sede estadual.

Em princípio, poder-se-ia dizer que, em razão do objetivo definido das emendas, não haveria por que se questionar sobre sua aplicação nos estados. Todavia, essa separação rígida das regras do sistema federal para os sistemas estaduais causaria um sério problema de incoerência caso os Estados-membros não tomassem, por si sós, medidas a fim de adaptar suas legislações ao modelo federal estabelecido nas emendas constitucionais do século XVIII.

Em suma, podemos verificar que, em um primeiro momento, a situação que se apresentava ao Judiciário americano, no início do século XX, como carente de regras definidas em âmbito do sistema de justiça criminal federal e, tão logo, tais regras começaram a ser estabelecidas, a Suprema Corte foi questionada sobre sua aplicação, nos Estados-membros, em nome de uma integridade judicial.

A “*4th amendment*” traz, basicamente, normas de proteção contra busca e apreensões não razoáveis e cria regras para a emissão de mandados de busca e apreensão.

No intuito de se dar força àquelas regras, a Suprema Corte dos Estados Unidos, a partir do caso *Weeks v. United States*⁴ (1914), criou a regra hoje conhecida como “princípio da exclusão” (*exclusionary rule*).

No referido caso, a polícia estadual do Kansas entrou na casa de Fremont Weeks e apreendeu documentos que foram usados para condená-lo pelo delito de transportar bilhetes de loteria pelo correio. Posteriormente, os agentes estaduais voltaram à residência de Weeks, acompanhados por um U.S. Marshal, e apreenderam mais documentos e cartas, inclusive retirando-os de dentro de armários. Weeks foi condenado. Tanto a primeira apreensão, conduzida apenas por agentes estaduais, quanto a segunda, conduzida por um agente federal, foram realizadas sem mandado de busca e apreensão. (OYEZ Project, 2008).

Os advogados de Weeks conseguiram levar o caso à Suprema Corte, sustentando que a atuação das organizações policiais envolvidas violava diretamente o disposto na Quarta Emenda.

Num julgamento unânime, a Corte de White considerou que os fatos ocorridos eram efetivamente incompatíveis com a regra do *Bill of Rights*, de modo que tais provas deveriam ser excluídas do processo.

Assim, a Suprema Corte criava a *exclusionary rule*, uma garantia contra eventuais violações à regra para a busca e apreensão.

O princípio da exclusão, nos moldes como foi concebido, teria duas finalidades. A primeira seria desencorajar ações policiais ilegais, vez que os policiais saberiam que as provas obtidas fora das regras não poderiam ser utilizadas no processo. A segunda seria o imperativo de integridade judicial (DRESSLER, 1997, p.324).

Estabelecida tal garantia, seria uma questão de tempo até a Suprema Corte ser questionada sobre sua aplicação em sede estadual. Em *Wolf v. Colorado* (1949), o Justice Felix Frankfurter afirmou que a “segurança da privacidade de alguém contra intrusões arbitrárias pela polícia – que é o coração da Quarta Emenda – é básica para uma sociedade livre.” (DRESSLER, 1997, p. 320).

No entanto, foi só em *Rochin v. Califórnia*⁵ (1952) que ficou claro que se tentaria aplicar o princípio da exclusão, ainda que de modo mais restrito do que o previsto na Quarta Emenda, ao âmbito estadual.

Neste caso, três auxiliares do xerife do condado de Los Angeles entraram sem mandado na residência de Rochin. Os policiais viram duas cápsulas sobre um criado-mudo. Imediatamente Rochin as pegou

e as engoliu, sendo agarrado pelos policiais que tentaram fazer com que ele expelisse as cápsulas. Depois dessa tentativa fracassada da polícia, Rochin foi algemado e conduzido a um hospital, onde teve as cápsulas retiradas de seu estômago. Testes posteriores concluíram se tratar de morfina.

O caso chegou à Suprema Corte que determinou a exclusão das provas que haviam sido obtidas por meio de uma “conduta que choca a consciência”. (LaFAVE, 1992, p. 106).

“A Corte concluiu que a regra do devido processo da Décima quarta Emenda proíbe o uso em julgamentos de provas, ainda que de natureza confiável, obtidas de maneira que viole certos níveis de conduta civilizada”. (DRESSLER, 1997, p. 321).

Como se pode observar, apesar de não referir a decisão diretamente à Quarta Emenda, a Suprema Corte interpretou a regra do devido processo da Décima quarta emenda⁶ – emenda esta que diz respeito aos Estados-membros, e não ao governo federal – de modo a fazer valer algumas convicções surgidas a partir da elaboração da *exclusionary rule*.

O passo seguinte seria a aplicação da regra da exclusão em sua totalidade aos casos estaduais. Tal decisão seria tomada pela Corte de Warren em 1961, no caso *Mapp v. Ohio*.⁷

A polícia de Cleveland recebeu uma denúncia anônima de que Delree Mapp e sua filha estariam abrigando um suspeito de explosões. Eles se dirigiram à residência de Mapp e exigiram entrar. Mapp ligou para seu advogado e, sob sua orientação, negou a entrada aos policiais em razão deles não terem um mandado de busca e apreensão. Os policiais chamaram reforços e, após algumas horas, forçaram a entrada na casa. Os policiais mostraram um papel, alegando se tratar de um mandado, mas quando Mapp pegou o papel do policial, este revidou, tomando o papel da moradora e a algemando. Os policiais não encontraram o fugitivo, mas encontraram materiais considerados “obscenos”. Mapp foi condenada com base em tais provas. (OYEZ Projetc, 2008).

A Suprema Corte do estado de Ohio admitiu as provas alegando que elas foram apreendidas “pacificamente” sobre móveis, e não com a utilização de violência contra uma pessoa.

O caso foi à Suprema Corte que o utilizou para superar o precedente criado em *Wolf*. A Corte de Warren determinou que “o princípio da exclusão se aplica a julgamentos estaduais nos mesmos moldes que se aplica nos julgamentos federais desde *Weeks*” (DRESSLER, 1997, p. 323 – Grifo nosso).

Temos agora a necessidade de conhecermos a situação em que se encontra a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas no Brasil, a fim de compreender a influência da construção da Suprema Corte dos Estados Unidos no desenvolvimento deste instituto em nosso ordenamento e de questionar se não falta à versão brasileira do princípio da exclusão a densidade axiológico-normativa que encontramos na origem – resultado dos anos de debates gastos no desenvolvimento da referida regra.

3 A regra da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro

A Constituição brasileira de 1988 trouxe em seu artigo 5º, LVI, a regra de que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”.

A redação dada a este dispositivo parece indicar uma elevada rigidez do mesmo, havendo inclusive quem defenda a idéia de que o texto constitucional não dá espaço interpretativo algum para uma eventual tese da flexibilização da referida garantia. Daí se afirmar que “a presunção de inocência e a indisponibilidade do direito fundamental ameaçado, a liberdade pessoal, acarretam uma proibição absoluta de utilização de provas ilícitas em favor da acusação”. (GRECO, 2002, p.38).

Alega-se que:

[...] o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida. (BARBOSA MOREIRA, 1995, p. 128).

Certamente, foi com o trabalho de Barbosa Moreira que ganhou consistência no Brasil a discussão sobre as provas obtidas por meio ilícito. Cabem, contudo, algumas considerações sobre a introdução de tal garantia no texto da Constituição da República de 1988. Primeiro, é importante ter em vista o

momento histórico em que se deu a elaboração de nossa atual Constituição, vez que é indiscutível que o teor fortemente garantista do texto é um reflexo – ou resposta – direto do momento histórico imediatamente anterior, qual seja, uma ditadura militar repressiva, cujo fim⁸ se deu mais pela decisão de um presidente militar do que pela efetiva participação popular, e uma ditadura que utilizava métodos não aceitáveis para a obtenção de informações, assumidamente⁹.

A outra advertência diz respeito ao fato de nossa Constituição trazer um número de direitos e garantias tão amplo que é preciso sempre harmonizar suas regras por via da interpretação, ou seja, vale a máxima de que não há garantias absolutas na Constituição.

Por fim, é preciso salientar que, após vinte anos da constituição da República, o legislador ordinário preferiu inserir tal norma de exclusão, no texto no Código de Processo Penal, em um de seus projetos de reforma parcial, Lei 11.690 de 2008. Diz, expressamente, que tal prova deve ser desentranhada dos autos e conceitua prova obtida por meio ilícito como aquela que fere uma norma constitucional ou legal.

Assim, em que pese em uma interpretação literal da garantia constitucional da proibição da utilização de provas obtidas por meio ilícito, apontando pela completa impossibilidade de utilização ou exclusão de tais provas do processo, verifica-se na doutrina nacional certa inclinação no sentido de que a regra do inciso LVI da Constituição deve ser relativizada, e que o instrumento apto a tal relativização seria o princípio da proporcionalidade. Pode-se fazer tal afirmação a partir da conclusão de que:

Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada. (FERNANDES, 2002, p. 88).

De uma forma geral, é utilizando o princípio da proporcionalidade que os manuais de direito processual trabalham a relativização da garantia, principalmente, em razão dos rumos da jurisprudência dos tribunais brasileiros. Todavia, há discussão quanto à amplitude dos efeitos do princípio da proporcionalidade nesta relativização, havendo quem defenda que ele só admite relativizações *pro reo*, e quem defenda que ele seria apto também a relativizar a regra constitucional *pro societate*¹⁰.

Há ainda considerações de ordens diversas acerca dos efeitos das provas ilícitas no processo, como aponta Leonardo Greco (2002) quando, ao tratar da imparcialidade do juiz, traz o aspecto da “contaminação psicológica” do magistrado que teve contato com a prova posteriormente desentranhada dos autos. Advertência que, a princípio, foi respaldada pelo projeto da Lei 11/690/2008, mas que foi vetado pelo Presidente da República. Em suas razões de veto, argumentou-se que o objetivo da reforma é tornar o processo penal mais eficiente, o que não ocorreria se toda vez que o Tribunal exclui-se uma prova sob tal alegação, tivesse que substituir os julgadores.

Contudo, em que pese tal veto presidencial, a garantia da imparcialidade pode e deve ser invocada todas as vezes em que no caso concreto ficar demonstrado que o simples desentranhamento da prova obtida por meio ilícito não garante a imparcialidade da decisão.

Enquanto, como visto, é possível verificar uma série de divergências e particularidades sobre o tema na doutrina brasileira, a mesma riqueza de discussão não tem lugar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, principalmente quando se pretende reconstruir a trajetória da prática jurisprudencial sobre tal princípio, desde sua primeira aplicação a um caso concreto.

Uma das primeiras manifestações do STF sobre o tema se deu no julgamento do HC 69.209-5 SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em março de 1992. No caso, um advogado – inicialmente, contratado para o caso – passou a gravar as conversas mantidas com algumas vítimas, entre elas o paciente. O paciente alegou, inclusive, a impossibilidade de tal procedimento ter sido autorizado judicialmente.

O tribunal indeferiu o *habeas corpus* sob o argumento de havia outras fontes, independente da fonte viciada, aptas a manter a condenação do paciente. Trata-se da exceção à inadmissibilidade das provas chamada de “teoria da fonte independente” no direito norte-americano.

Posteriormente, o tribunal voltou a se manifestar sobre o tema no julgamento do HC 69.912-0 RS, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em junho de 1993. Neste caso, o paciente e dois co-réus foram denunciados por tráfico de drogas, descoberto em razão de escuta telefônica autorizada judicialmente. Ocorre, todavia, que na data do ocorrido já estava em vigor a norma constitucional

que exigia que a interceptação telefônica fosse regulamentada, o que ainda não havia sido feito.

O Tribunal manteve o posicionamento anterior, afirmando o Ministro Carlos Velloso que

De acordo com o parecer, a sentença está fundada em outros elementos de convicção, não cabendo, no processo de habeas corpus, verificar se tais elementos são ou não suficientes para escorar o decreto condenatório. (BRASIL. STF. HC 69.912. Rel. Carlos Velloso. 1993).

Foram vencidos os ministros Sepúlveda Pertence, Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que entenderam que só se havia chegado às demais provas em razão da interceptação telefônica ilegalmente autorizada, de modo que se aplicaria ao caso a doutrina, também originária nos Estados Unidos, dos “frutos da árvore envenenada”.

Ocorreu, porém, que a defesa impetrou Mandado de Segurança, o qual pedia que fosse alterado o resultado do primeiro feito, para deferir a ordem, em razão de ter participado no processo, como membro do MP, o filho do Ministro Néri da Silveira. O relator, Ministro Carlos Velloso, não conheceu o MS, mas, reconhecendo o impedimento alegado, deferiu, de ofício, *habeas corpus*, a fim de se anular o julgamento anterior.

No novo julgamento foi deferida a ordem em razão da contaminação das demais provas em razão da ilicitude da interceptação telefônica.

Vale notar que a posição do Supremo em julgados mais recentes não traz qualquer novidade, como se depreende, por exemplo, do HC 89.032, de relatoria do Ministro Menezes Direito, em 2007.

4 O desenvolvimento do princípio da exclusão no Brasil

Como visto, o debate acerca do princípio da exclusão é bem limitado no Brasil. Doutrina e jurisprudência em momento algum discutem sua posição no ordenamento jurídico pátrio, fazendo, no máximo, referências à construção do mesmo pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

O máximo que se vê de diversidade na discussão é a questão das provas ilícitas por derivação, que não é objeto deste estudo, e de possíveis exceções ao princípio, geralmente partindo da idéia da proporcionalidade que, segundo Luiz Roberto Barroso (2006, p. 363), “pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto”.

O princípio da proporcionalidade tem sido amplamente utilizado também pelo Supremo Tribunal Federal como “uma forma de balancear o interesse público e o privado em determinadas decisões”. (BARACHO JÚNIOR, 2004, p. 517).

Antes de maiores considerações, vale aqui anotar a observação também feita por José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (2004, p. 517), no sentido de que:

Há uma importante discussão doutrinária em torno do princípio da proporcionalidade, no sentido de que o princípio da proporcionalidade possibilita uma ponderação de valores e que essa não seria adequada à interpretação da Constituição.

Importante também é lembrar que, em razão dos diversos períodos de turbulência pelos quais passou o país, especialmente no período já republicano, não há como se construir uma longa tradição de precedentes, ou mesmo posições muito consistentes por longos períodos de tempo, como se faz, por exemplo, com a Suprema Corte dos Estados Unidos.

No estudo feito, nos dois primeiros capítulos do presente estudo, pode-se verificar inclusive como a reconstrução dos precedentes é possível no direito norte-americano e como os Tribunais brasileiros têm simplesmente se apropriado da temática discutida no direito comparado, sem qualquer advertência ou discussão sobre sua adequação à normatividade brasileira, em especial, a partir do respeito dos direitos fundamentais e garantias constitucionais insculpidos na nossa Constituição.

Nesse sentido, importante é a ressalva a respeito da utilização do direito comparado feita por Barbosa Moreira (2003), de que “a caracterização e a inclusão dos ordenamentos em categorias inspira-se em critério de *predominância*, não de *exclusividade*”. E continua, ponderando que

“descrever um *tipo* é, forçosamente, pôr entre parênteses uma série de marcas e notas que imprimem a cada espécime sua inconfundível singularidade”.

Visto que na atualidade a distinção rígida entre *common law* e *civil law*, ou mesmo entre sistema acusatório e inquisitório, não são mais apropriadas para o estudo do direito comparado, vez que não se pode desconsiderar a “clara fragmentação dos velhos esquemas” (TARUFFO, 2002, p. 93) ou sistemas, que são consequência própria da globalização e da territorialização, como ressalta Michele Taruffo.

Todavia, parece interessante o fato de que, mesmo chegando ao Supremo Tribunal ações tanto pela via concentrada quanto pela via difusa, nunca tenha havido uma discussão mais profunda naquela instância acerca do princípio das provas ilícitas, seja no sentido de se levantarem algumas hipóteses de exceção, seja no sentido de se questionar se este princípio tem sido suficiente para garantir uma atuação constitucionalmente adequada dos órgãos responsáveis pela persecução penal.

Em síntese, vemos que, apesar de inúmeros questionamentos sobre o princípio da exclusão ser possível (e desejável), a matéria tem sido tratada como se a mera aplicação da técnica usualmente chamada de “interpretação gramatical” do texto constitucional fosse suficiente para definir o conteúdo jurídico do referido princípio, o que vai de encontro à advertência de que “o cânone lógico-formal tem limitada aplicação no caso constitucional [...] por que a Constituição e, por óbvio, a sua interpretação, não podem deixar de abrir-se ao exterior”. (SAMPAIO, 2005, p. 403).

5 O filtro da teoria discursiva

A mais relevante discussão do Direito na atualidade – talvez mesmo em todos os tempos – diz respeito à legitimidade das normas e das decisões que se referem ao sistema jurídico. O problema da legitimidade do Direito se impõe em virtude dele reivindicar não apenas a aceitação dos envolvidos, ou um reconhecimento fático, “mas antes”, afirma Habermas (2001), “reivindica *merecer* o reconhecimento”.

A questão central que se coloca é de como seria possível fundamentar um conjunto de normas que pode ser alterado a qualquer momento, independentemente do nível hierárquico das normas em questão. Houve momentos em que tal legitimidade podia ser lastreada por regras morais ou de direito natural, mas, “nas sociedades plurais, desfizeram-se tais imagens de mundo integrativas e éticas obrigatórias para a coletividade” (HABERMAS, 2001), exigindo-se então que uma nova base seja dada ao Direito.

Um dos modos de abordar o problema tem sido trabalhar com a idéia da distinção entre discurso de justificação e discurso de aplicação (GUNTHER, 1995), no intuito de se desenvolver as peculiaridades de cada um, possibilitando que a questão da legitimidade seja trabalhada a partir de novos pontos de vista.

A idéia de uma teoria discursiva é que a legitimidade do sistema jurídico será tanto maior quanto maior for a possibilidade de todos os afetados – categoria que se refere aos cidadãos –, para que participem da construção do sistema, de modo a se reconhecerem como seus co-autores, o que, em princípio, resultaria em uma solução satisfatória do problema da legitimidade do sistema jurídico.

Daí a afirmação de Habermas (2003, p. 138) no sentido de que:

[...] se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controversa encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos.

Vale observar neste ponto que se abriu um leque de discussões, visando desenvolver a linha teórica proposta por Habermas, e que este leque vai desde uma teoria discursiva da Democracia, fundada na idéia de que “a teoria do discurso sustenta que o êxito da política deliberativa depende não da ação coletiva dos cidadãos, mas da institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes” (HABERMAS, 1995), até à idéia do “senso de adequabilidade” de Günther (1995, 2004).

Cumpra observar que a proposta da Teoria do Discurso mostra-se incompatível – vez que busca superar – com o princípio da proporcionalidade, que tanto tem sido utilizado pela doutrina e pelos tribunais brasileiros, vez que um dos escopos da teoria discursiva é afastar o excessivo subjetivismo que a técnica da ponderação possibilita ao juiz quando decide um caso.

Não se pode, assim, criar uma fórmula geral ou estabelecer juízos antecipados, como um princípio de proporcionalidade, que sejam capazes de mensurar os pesos dos argumentos em todos os casos ou apenas nos que envolvam conflitos de direitos, tampouco, que deixe de ver o direito como um 'conceito intersubjetivo' que 'incrementa a descoberta de direitos'. (SAMPAIO, 2005, p. 414).

A Teoria do Discurso caminha mais para a idéia da "sociedade aberta de intérpretes" de Habérle (1997), vez que prestigia uma construção colegiada do significado das normas.

Assim:

A aplicação das normas deve ser institucionalizada em procedimentos que possibilitem a consideração de todos os sinais característicos de uma situação. Só assim será possível resolver os paradoxos aparentes do Direito positivo e compatibilizar a sua potencial alteração aleatória com a exigência de reconhecimento geral de sua validade, além de conciliar a seletividade de normas (como regras) com a idéia de aplicação imparcial. (GÜNTHER, 2004, p. 393). (grifo nosso).

Demonstrada a exigência de participação dos afetados na construção do sistema jurídico a partir de uma teoria discursiva do Direito, não há como deixar de observar que, em matéria de legitimidade das decisões jurisdicionais, tal exigência de participação implica compreender o processo (*medium* de tomada de decisões jurisdicionais, administrativas, legislativas e mesmo particulares) como procedimento realizado em contraditório, entendido este não apenas como a possibilidade de argumentar no processo – como direito de ação e de defesa, o que já se verificava na teoria instrumentalista do processo (DINAMARCO, 2003) –, mas como a garantia de que a participação de cada uma e todas as partes envolvidas terá seus argumentos tomados em conta no momento da formação da convicção do juiz.

Daí a conceituação fazzalariana:

O contraditório é a garantia da participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os 'interessados', ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier impor. (GONÇALVES, 2001, p. 120).

Neste momento é preciso, ainda que superficialmente, fazer críticas ao modelo de decisões em massa que vem sendo adotado no Brasil em nome de uma indefinível celeridade processual, em que o Supremo Tribunal Federal passa a julgar teses e não casos, mesmo fora da esfera de controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, a partir da proposta da teoria do discurso e com apropriações feitas da teoria do processo como procedimento em contraditório e da compreensão do processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais (BARROS, 2006, p. 235), a distinção do discurso de justificação e aplicação proposta por Gunther (1995), permite uma crítica à forma como os órgãos do Poder Judiciário tem discutido a temática das provas obtidas por meio ilícito.

É perceptível a diferença entre o tratamento dos precedentes do direito norte-americano, que são exaustivamente trabalhados e revisitados, sendo possível inclusive uma reconstrução da argumentação feita desde a primeira decisão submetida à Suprema Corte, da prática da análise dos julgados brasileira, principalmente do papel do Supremo Tribunal Federal, que excluiu quase que por completo a compreensão do fato e, principalmente, a argumentação das partes, para centrar-se na tese jurídica sustentada pelos julgadores.

Tal característica é decorrência da cisão realizada entre questão de fato e questão de direito, desnaturando o processo jurisdicional que se volta para o caso concreto e suas especificidades, para preservar a garantia do contraditório e da ampla argumentação das partes, exigindo inclusive que a decisão seja produto da participação dos sujeitos afetados e não da subjetividade do julgador solipsista.

Neste sentido, a tentativa de considerar o Supremo Tribunal Federal como corte constitucional, que não mais será uma instância recursal, mesmo que extraordinária, conjugado com o julgamento em

massa, reforça ainda mais a prática da cisão entre questão de fato e questão de direito, e desprestigia de sobremaneira o caso concreto e a atuação argumentativa em contraditório das partes.

Na crítica de Nunes:

[...] não se pode acreditar mais em uma justiça social predefinida antes do debate processual. Eis que só as peculiaridades do caso concreto (não de uma massa de casos), definidas endoprocessualmente, conseguem permitir, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo entre os interessados e o órgão decisor, a formação de um provimento adequado. (NUNES, 2007, p. 18).

Tais possibilidades, trazidas ao ordenamento processual brasileiro em modificações recentes, violam a garantia da ampla argumentação e já começam a produzir reflexos no processo penal, nos moldes, por exemplo, do idealizado sob o nome de “Direito Penal de Segunda velocidade”. (SÁNCHEZ, 2002).

Daí a advertência no sentido de que:

A sumarização do procedimento priva, portanto, a parte, mais ainda aquele que se encontra como parte contra-interessada, do tempo necessário para a formulação de teses e em alguns casos, limitação na produção de provas. Isto porque a ampla argumentação apesar de estar limitada pela preclusão, pois ela não pode ir além do tempo do processo (que finda com o trânsito em julgado da decisão), também não pode ser exígua a ponto de privar a parte do tempo mínimo para sua formulação, gerando um processo nulo. (BARROS, 2005, p. 13).

De tudo isso, pode-se aferir o problema em se resolver todas as questões referentes às provas ilícitas no processo penal, simplesmente remetendo qualquer questão à norma do art. 5º, LVI da Constituição, desconsiderando os demais direitos e garantias fundamentais, ou ainda, de se trabalhar as possíveis exceções tão-somente a partir da ponderação de valores, do princípio da proporcionalidade.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, a legitimidade das normas e das decisões não pode ser inferida tão somente pela positividade da norma, ainda que norma constitucional, em razão de haver inúmeras outras normas que exigem uma interpretação harmonizadora do sistema.

Pode-se falar em harmonia do sistema jurídico quando ele seja tido por legítimo por seus co-autores destinatários, o que nos leva a concluir, com Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, que:

Assim, o Direito democraticamente produzido seria um meio de integração social que poderia controlar os riscos de dissenso, garantindo a estabilização de expectativas de comportamento e, a um só tempo, produzindo legitimidade, de tal forma que os destinatários das normas jurídicas (sujeitos privados), fossem os seus autores (cidadãos), sobre o pano de fundo de uma crescente distinção e autonomização da antiga esfera normativa ontologizada em um acentuado processo de diferenciação social. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 530).

7 Conclusão

A intenção deste trabalho foi promover uma análise sobre o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro e, principalmente, sobre as implicações que devem acontecer se se passar a trabalhar sob a perspectiva da teoria discursiva do Direito.

Com a parte introdutória, referia à construção do citado princípio pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos não se pretendia proceder a uma extensiva investigação histórica do instituto central deste trabalho, o princípio da exclusão, mas apenas demonstrar como a maturidade da discussão se encontra em patamares absolutamente diversos entre os dois países, e como a jurisprudência brasileira tem utilizado a construção norte-americana como antecedente natural da norma do art. 5º, LVI da Constituição brasileira de 1988.

Num segundo momento, focamos o trabalho na discussão sobre as possíveis exceções ao princípio da exclusão que existem na doutrina brasileira, verificando que tal discussão se limita à proposição de que, em alguns momentos, o princípio da proporcionalidade possibilita a relativização da regra constitucional.

Por fim, tentou-se demonstrar que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a legitimidade das decisões – questão central do sistema – só pode ser alcançada a partir da Teoria do Discurso, possibilitando a participação “irrestrita” – as aspas se justificam, pois as regras do processo impõem, sempre, limitações à participação – dos afetados, de modo que eles se percebam como co-autores e destinatários de tais decisões, o que resultaria, em princípio, num ciclo de legitimação do sistema, e que o *medium* desta participação é o processo, concebido como procedimento realizado em contraditório entre as partes, o que impede a absolutização, *a priori*, de qualquer regra, ainda que constitucional.

Referências

- ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. O pedido no sistema da Common Law e o princípio da adstrição. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1067, 3 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8436>>. Acesso em: 25 maio 2008.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A Nova Hermenêutica na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista Forense**, v.337.1995, p.125-134.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e Processo. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. v. 24. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, p.41-56. 2003.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases princiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.) **O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas Editora, 2006.
- BARROS, Flaviane Magalhães; CARVALHO, Marius Fernando C.; GUIMARÃES, Natália Chernicharo. O Princípio da Ampla Defesa – uma reconstrução a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. (org). **A Nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. STF. **HC 69.209-5**. São Paulo. Rel. Min. Marco Aurélio. 31.03.1992.
- _____. STF. **HC 69.912-0**. Rio Grande do Sul. Rel. para o acórdão. Min. Carlos Velloso. 30.06.1993.
- _____. STF. **HC - segundo 69.912-0**. Rio Grande do Sul. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 16.12.1993.
- _____. STF. **HC 89.032-6**. São Paulo. Rel. Min. Menezes Direito.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- DRESSLER, Joshua. **Understand Criminal Procedure**. 2. ed. San Francisco, CA: Matthew Bender, 1997.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- 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.
- GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- _____. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. **DOXA**, V17 -18, PP 271-302, 1995.
- HABÉRLE, Peter. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. Três Modelos Normativos de Democracia. Trad. Anderson Fortes de Almeida; Acir Pimenta Madeira. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, 3 (3). 105-122. jan./ jun. 1995.
- _____. **A Constelação Pós-Nacional**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- _____. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

- ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE, Wayne R. **Criminal Procedure: Constitutional Limitations**. 5. ed. Saint Paul, MN: West Publishing CO, 1993.
- LaFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. **Criminal Procedure**. 2. ed. Saint Paul, MN: West Publishing CO, 1992.
- MA, Yue. Comparative analysis of the exclusionary rules in the United States, England, France, Germany and Italy. **Policing: An International Journal of Police Strategies & Management**. Vol. 22, No 3. New York: MCB University Press, 1999.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil**. 2007. 217f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Argumentação Jurídica e Decisionismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Penal**. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2006.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Adeus aos Métodos? Hermenêutica, Pragmática e Argumentação Constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. MORAES, Filomeno (Org). **Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- TARUFFO, Michele. Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Vol. 36, p.27-48, 2001.
- _____. Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law. **Sui confini: scritti sulla giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2002.

Notas

- ¹ Doutora e mestre em direito processual – PUC Minas. Pós-Doutora (CAPES) junto à Università degli studi di Roma TRE. Professora adjunta da PUC Minas. Membro do Conselho Científico do Instituto de Hermenêutica Jurídica/Seccional Minas Gerais. Advogada. **E-mail:** barros.flaviane@gmail.com
- ² Bacharel, especialista em Ciências Penais e Mestrando em Direito Público pela PUC Minas. **E-mail:** bh.rick@gmail.com
- ³ “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”. *The Constitution of the United States of America*. Disponível em: <www.constitution.org.>. Acesso em: 0/05/2008.
- ⁴ 232 U.S. 383 (1814).
- ⁵ 342 U.S. 165 (1952).
- ⁶ “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. *The Constitution of the United States of America*. Disponível em: www.usconstitution.net. Acesso em: 20/05/2008.
- ⁷ 367 U.S. 643 (1961)
- ⁸ “Ora o sujeito vai conversar com os políticos, ora dar coice nos políticos, fecha o Congresso, abre o Congresso, e vivemos nessa porcaria. Temos que ver se melhoramos esse quadro...”. Diálogo entre o Gal. Ernesto Geisel e o Gal. Dale Coutinho, em 16 de fevereiro de 1974. (GASPARI, 2003).
- ⁹ “Geisel: ‘Porque antigamente você prendia o sujeito e o sujeito ia lá para fora. [...] Ó Coutinho, esse troço de matar é uma barbaridade, mas eu acho que tem que ser’”. (GASPARI, 2003).
- ¹⁰ Nesse sentido, cfr. Barbosa Moreira (1995).

Recebido em: 05/2008

Aprovado em: 06/2008

Aprovado para publicação em: 06/2008