

O NÚCLEO INDISPONÍVEL DO DIREITO FUNDAMENTAL DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL

Eleonora Laurindo de Souza Netto

Mestre em Direito Penal e Política Criminal - pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Especialista em direito civil pela Universidade Panthéon-Assas Sorbonne e Pós-Graduada em direito aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Professora de direito penal e ciências criminais da Fundação de Estudos Sociais do Paraná. – Disciplinas Direito Penal e Estatuto da Criança e do Adolescente.

José Laurindo de Souza Netto

Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. – Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-doutor pela Universidade Degli di Roma – La Sapienza. Professor do curso de Mestrado da Universidade Paranaense (UNIPAR) e do Curso de Especialização em Direito Aplicado da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP)..

RESUMO

Partindo do paradoxo dos direitos fundamentais, com o reconhecimento da tutela da eficácia penal como bem jurídico, o artigo investiga se a jurisdição pode admitir a prova ilícita vedada pela Constituição, mediante uma hermenêutica depuradora da ilicitude, fundada na teoria dos sopesamentos de princípios. A resposta ao problema foi posta na conclusão após a análise da natureza de regra e não de princípio, do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e a vinculação da jurisdição com a hermenêutica fenomenológica e a filosofia da linguagem.

Palavras-chave: Prova ilícita; Direito fundamental; Hermenêutica fenomenológica; Hermenêutica depuradora; Filosofia da linguagem.

ABSTRACT

From the fundamental rights paradox, with the recognition, protection of criminal effectiveness as a legal right, the article investigates if the court may admit the illegal evidence prohibited by the Constitution through a "purifying hermeneutics" of illegality, based on the theory of sopesamentos principles. The answer to the problem was put at the conclusion after analyzing the rule of nature of Article 5, paragraph LVI of the Federal Constitution and the linking of jurisdiction with the phenomenological hermeneutics and the philosophy of language.

KeyWords: illicit proof; fundamental right; hermeneutics phenomenological; hermeneutics purifying; philosophy of language.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal sempre esteve preso na tensão entre o controle do crime e o devido processo legal, ou seja, da escolha entre a necessidade de lutar contra certas formas de delinquência e o respeito aos direitos e liberdades fundamentais.

Historicamente os direitos fundamentais nasceram como proteção contra os excessos potenciais do Estado, configurando-se como instrumento de contração do âmbito de sua atuação repressiva. No iluminismo por exemplo, a intervenção penal era limitada sob o ponto de vista normativo, sancionador e processual, assumindo assim uma *“função de escudo”*, ou seja, uma espécie de barreira frente ao ímpeto criminalizador do Estado.

Entretanto os avanços de um Estado penal e sua perspectiva de segurança pública acabaram por fazer da repressão não mais um meio em busca de um fim (supostamente bom), mas um fim em si mesmo.

A preocupação da sociedade contra as ameaças reais, imaginárias e potenciais da criminalidade realçou a dimensão de segurança dos direitos fundamentais, privilegiando sua função de *“braço armado”* no dizer de Mirrelle Delmas Marty (2007).

Neste sentido, destaca-se então função inversa, que transforma os direitos fundamentais como *“espada”* da repressão, contribuindo para a legitimação da via penal como único meio de prevenir condutas indesejadas e tutelar direitos.

Amplia-se assim a doutrina da dupla natureza e dimensão dos direitos fundamentais, ideia de Niklas Luhmann (2003), segundo a qual os direitos fundamentais emergem também como valores ou fins do moderno Estado de Direito, a serem tutelados pelo recurso processual/penal. Como bens jurídicos, aparece de um lado o interesse de perseguição encabeçado pela comunidade ofendida pela infração criminal e de outro a ideia de Estado de direito e o imperativo de um processo conforme as exigências da Constituição.

As proibições da prova ilícita surgem neste contexto, como instrumento de defesa de direitos fundamentais contra a atividade de perseguição criminal.

No Brasil o tema da prova ilícita encontra-se potencializado em relação aos outros países, em virtude do fato de estar inserido na Constituição como direito fundamental e como cláusula pétrea (art. 60, § 4^a, da CF). Tal previsão constitucional envigora o sistema brasileiro de proteção de direitos fundamentais em relação ao direito comparado.

O estabelecimento deste direito fundamental como princípio e não como regra tem, entretanto, conduzido a uma arbitrária discricionariedade judicial, lastreada em possíveis sopesamentos e manejada por uma hermenêutica depuradora da ilicitude da prova.

A problemática desse estudo, diante deste contexto, consiste em se perguntar se esta relação ambivalente de direito processual/penal e direitos fundamentais, legitima a jurisdição para admitir aquilo que a Constituição Federal veda, no que diz respeito ao direito fundamental da inadmissibilidade da prova ilícita prevista no art. 5º, inc. LVI.

Tendo em vista a natureza paradoxal nas relações entre direito penal processual e direitos fundamentais, a questão que se coloca é o alcance do sopesamento de valores no que diz respeito a análise do direito a uma prova ilícita. Existe ou não uma obrigação constitucional capaz de levar a relativização da norma do art. 5º, inciso LVI, uma restrição de direito fundamental, tendo em vista uma maior eficácia do Estado no combate movido contra a criminalidade grave?

O objetivo do artigo é reafirmar a legalidade constitucional, sua normatividade e a vinculação da jurisdição aos comandos inerentes ao Estado de Direito.

Neste percurso será necessário analisar seis aspectos, são eles: I. Natureza paradoxal da relação entre direitos fundamentais e direito processual/penal; II. Inadmissibilidade da prova ilícita no Brasil e no direito comparado; III. A natureza de regra da norma que garante a proibição da prova ilícita no Brasil (art. 5º, inc. LVI, CF); IV. A vinculação da jurisdição

com a Filosofia da Linguagem e a Hermenêutica Fenomenológica; V. Hermenêutica depuradora da ilicitude; VI. A ponderação principiológica;

2 A NATUREZA PARADOXAL DA RELAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PROCESSUAL/PENAL

Com a passagem do Estado liberal para aquele social democrático, emergindo a constitucionalização dos direitos, transparece o paradoxo da relação entre direitos fundamentais e direito processual/penal, pois aqueles, antes encarados como direito de carácter negativo, ou seja, contra o Estado, passam a ter uma concepção positiva, considerando a intervenção penal como meio mais importante para a defesa e tutela preventiva.

Este carácter dicotômico dos direitos fundamentais foi apontado por Alessandro Baratta (1999), quando definiu o garantismo:

no solamente em sentido negativo com limite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino como garantismo positivo. La respuesta a las necesidades de seguridad de todos os derechos, también de los prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales e culturales) y non sólo de aquella parte de ellos, que podríamos denominar derechos de prestación de protección, en particular contra a agresores provenientes de comportamientos delictivos de determinadas personas.

É como bem jurídico que a Constituição Federal reconhece e protege os direitos fundamentais, como a integridade física e moral, a liberdade, a privacidade, o direito a honra e a imagem, a inviolabilidade do domicílio e de correspondência e sobretudo a proibição da utilização da prova ilícita. É também como bem jurídico que a Constituição tutela a eficácia funcional do sistema penal.

A eficácia funcional do sistema penal surge então como um bem jurídico de dignidade constitucional. Os delitos que devem ser penalizados (com maior rigor) são exatamente aqueles que de uma maneira ou outra

obstaculizam a concretização dos objetivos do Estado Social Democrático. Cabe então, ao direito penal uma função de proteção dos bens fundamentais na comunidade, das condições sociais básicas necessárias a livre realização da personalidade de cada um e cuja violação constitui crime. (DIAS, 1999)

Neste paradoxo, a inflição de uma pena constitui uma espada de dois gumes tutelando bens jurídicos mediante lesão aos mesmos. (LISZT, 2003)

Desse modo o bem jurídico implica uma dupla proteção como ensina Roxin: “através do direito penal e ante o direito penal, cuja utilização exacerbada provoca precisamente a situação que se pretende combater”. (ROXIN, 1998, p. 28)

O paradoxo dos direitos fundamentais reside na possibilidade de um bem (a promoção de direitos fundamentais) gerar um mal (repressão) quando deste mal possa surgir um bem superior. Assim os fins (bons) justificam os meios contestáveis os quais deixam de possuir este caráter quando operem em favor de uma causa incontestável.

Esta relação ambivalente entre direito penal e direitos fundamentais é descrito por autores franceses como “*escudo ou espada*”. Reconhece-se além da função humanista dos direitos fundamentais uma função inversa dos direitos fundamentais, que os transformam nesta vez em *espada*, com instrumento da repressão criminal, contribuindo assim para a legitimação dos direitos penais como uma verdadeira penalização dos direitos fundamentais. (OST, 2002)

O caráter reversível se estabelece na medida em que o direito penal pode ser considerado não só como escudo dos direitos fundamentais, mas também como seu *braço armado* (OST, 2007). Yves Cartuyvels fala dos direitos fundamentais como “*freio e amplificador*” da criminalização. Fr. Tulkens et M. van Kerchove (2007) evocam os direitos fundamentais como boa ou má consciência do direito penal. Mireille Delmas-Marty também fala em braço armado do direito penal. (DELMAS-MARTY, 2007)

3 INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL

A proibição de prova ilícita configura uma das áreas da experiência jurídica onde mais se conflitam os interesses que estão em jogo no processo penal. Para o cidadão as proibições de prova em geral aparecem como instrumento de defesa de direitos individuais contra a atividade do Estado de perseguição criminal.

No ordenamento brasileiro, a inadmissibilidade penal de provas obtidas ilicitamente origina-se, diretamente da Constituição. Desse modo o sistema brasileiro se une àqueles de outros países, em que se optou em buscar uma tutela reforçada, estabelecendo a prova ilícita na Constituição.

O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal Brasileira estabelece peremptoriamente como cláusula pétrea “são inadmissíveis no processo, a provas obtidas por meios ilícitos”. Não foi sem razão a sua inserção no Capítulo I dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Com o dispositivo o legislador albergou a corrente que sustentava não ser possível ao juiz fundamentar uma decisão numa prova obtida ilicitamente.

Assim são inadmissíveis no processo penal e civil tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas obtidas com a violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados, e com a captação não autorizada judicialmente das conversações telefônicas (art. 5º, inc. XII, da CF), com violação de domicílio, exceto nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou mediante determinação judicial (art. 5º, inc. XI, da CF), com violação da intimidade, de fitas gravadas de contados em encontros de caráter privado e sigiloso (art. 5º, inc. X, da CF), com abuso de poder, como a tortura por exemplo.

O status constitucional conferido pelo legislador constituinte limita o princípio da liberdade na busca da verdade real. Como ensina Paulo Rangel:

O legislador constituinte a estatuir como Direito e Garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial acusatória pelo titular da ação penal pública, porém esta investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam a manutenção de um Estado Democrático de Direito. (RANGEL, 2013, p. 451).

No mesmo sentido o código de processo penal em seu artigo 157 com redação dada pela lei 11.690/08, determina que são inadmissíveis, devendo ser desentranhados do processo, as provas ilícitas assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Além da prova ilícita em si, também a que decorre da chamada prova ilícita por derivação, consistente na inadmissibilidade da prova, ainda que produzida lícitamente, mas que decorra de uma prova considerada ilícita. Tal teoria encontra-se positivada no parágrafo 1^a do art. 157 do CPP que dispõe “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Não será aplicada esta teoria dos frutos da árvore envenenada quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das ilícitas, nos termos do §2º, do Art. 157, “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

A doutrina também elenca a teoria da descoberta inevitável para a qual se a prova, que circunstancialmente decorre da prova ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. A prova ilícita que deu ensejo a descoberta de

uma outra prova, que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la.

Assim no sistema brasileiro, a normatividade da Constituição traduz-se como princípio da legalidade, emprestando sentido ético-axiológico e teleológico nas proibições da prova. É desde modo que a inadmissibilidade da prova ilícita emerge como direito fundamental e autêntico bem jurídico, cujo conceito surge no iluminismo criminal como reação contra a arbitrariedade da justiça criminal do período absolutista.

Para Von List (2003),

todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. A ordem jurídica não cria o interesse, cria-o a vida; mas a proteção do direito eleva o interesse vital a bem jurídico. A liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, o segredo da correspondência, eram interesse vitais (...), muitos antes de chegarem a estar garantidos pela Constituição contra as intervenções arbitrárias do poder do Estado, ou pela lei penal contra as violações procedentes dos indivíduos.

4 A PROVA ILÍCITA NO DIREITO COMPARADO

Os países que seguem a tradição jurídica europeia atrelam a ilicitude probatória com a busca da verdade, reconhecendo, entretanto, que ela está vinculada a critérios legalmente estabelecidos.

A Constituição Portuguesa de 1976 estabelece em seu artigo 32, “a nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, intromissão abusiva na vida privada, no domicílio ou na correspondência ou telecomunicações”. (ANDRADE, 1992, p. 192)

Do mesmo modo a Constituição Colombiana de 1991 inseriu a cláusula de que “é nula de pleno direito a prova obtida com violação do devido processo legal”.

A Constituição Mexicana recentemente incorporou a ilicitude da prova no artigo 20, inciso XI, prescrevendo que qualquer prova obtida com violação aos direitos fundamentais será nula.

No direito italiano a *inutilizzabilità* da prova ilícita limita o livre convencimento do juiz, impossibilitando-o de formar sua convicção sobre fatos demonstrados através de tais provas ilícitas. Configura-se como uma forma de invalidez que desencadeia uma sanção que afeta seu valor probatório, impedindo a fundamentação de uma decisão judicial.

Na Espanha a previsão da ilicitude da prova se encontra no artigo 11.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário que dispõe “não terão efeito as provas obtidas direta ou indiretamente, com vulneração dos direitos ou das liberdades fundamentais”.

Diversamente do sistema brasileiro, no direito alemão, francês e italiano a matéria não possui dignidade constitucional. Possibilita-se assim, com a discricionariedade judicial a produção e avaliação da prova ilícita, com fundamento na razoabilidade.

Nesta matéria a questão da proporcionalidade assume grandes dimensões. A França e Inglaterra já normatizaram a admissibilidade da prova obtida ilicitamente no processo, punindo os responsáveis pela sua produção.

O sistema americano, baseando-se no critério da razoabilidade, também admite as provas ilícitas em caráter excepcional.

O direito “*exclusionary rules*” próprio do sistema da *common law*, privilegia a dimensão processual de direitos fundamentais, como garantias contra a intervenção abusivas das instâncias de controle de persecução penal criminal. Num primeiro propósito o sistema visa prevenir e reprimir as manifestações da ilegalidade da autoridade policial na interação com o cidadão e suas garantias constitucionais. Visa-se com isso assegurar a estrita legalidade processual. A imposição de deveres formais de esclarecimento e informação, quando da prisão, é emblemática. Nos *Miranda-warnings*

estabelecidos pela Suprema Corte no caso *Miranda x State of Arizona*, exige-se que o acusado tenha sido informado: a) que tem o direito de não responder; b) que tudo que disser pode ser utilizado contra ele; c) que tem assistência de defensor escolhido ou oficiosamente nomeado. A mera violação desta formalidade será bastante para macular as declarações do acusado.

No direito alemão, o § 136, da StPO, exclui toda prova obtida por meio de tortura. Proíbe-se não só a produção da prova, limitando-se a busca da verdade como a valoração, relativas aos fatos (*Beweisthemaverbote*), aos métodos de obtenção (*Beweismethodenverbote*), aos meios de prova (*Beweismittelverbote*).

Do regime dos *Beweisverbote*, revela-se uma essência preponderantemente material, com uma fundamentação em enunciados substantivos de direitos inerentes a personalidade e privacidade. As proibições de prova apresentam-se assim como mecanismos processuais de tutela do direito material, principalmente da dignidade da pessoa, pouco importando se produzidas de forma ilícita ou não.

Admite-se a existência de um conflito entre as proibições de prova e os interesses de persecução penal, conduzindo a decisões de ponderação que se exteriorizam tendo em vista a gravidade do fato e o peso da ilicitude.

A violação de uma proibição de produção não acarreta necessariamente, uma proibição de utilização. Para chegar a uma proibição de utilização precisa-se de uma disposição legal expressa ou então uma fundamentação legal teórica.... (ARMENTA, 2009, p. 55)

No processo penal francês os meios de prova e as regras de valoração não estão revestidos de normatividade expressa. A valoração da prova não se encontra limitada, sendo que sua ilicitude é considerada em um sentido amplo contrário ao direito. O fundamento se encontraria na ideia de que, em um Estado de Direito, existem limites inerentes aos direitos a submissão ao princípio de lealdade e às normas estabelecidas.

Essa configuração permite acentuar que nem toda a prova ilícita acarreta a infração de um direito fundamental, na medida em que ela existirá quando se incorra em deslealdade, mas nem toda prática desleal supõem uma infração aos direitos fundamentais.

O princípio de lealdade na obtenção da prova, refere-se a um princípio geral do direito, de origem jurisprudencial, em virtude do qual se incorpora um conceito jurídico indeterminado, permitindo-se excluir do processo aquelas provas obtidas com utilização de mecanismos desleais, armadilhas ou estratégias, que fariam a justiça perder a dignidade com a qual se deve lutar contra a delinquência. (BOUSIER, 2003)

Como ensina Bousier, se fosse necessário estabelecer uma definição de prova ilícita no direito francês, ela se referiria àquela cuja obtenção tenha violado a uma norma legal específica ou, na falta de tal norma, tenham sido cometidas violações a direitos fundamentais ou a princípio de lealdade. (BOUSIER, 2003)

A Lei 2004/204 de 09 de março de 2004 estabelece poderes coercitivos a polícia francesa, referente a buscas sem consentimento do morador e também sobre transcrição de interceptação telefônicas

O sistema argentino por sua vez não possui previsões legais expressas recorrendo-se a teoria das nulidades. O art. 168.2 do Código de Processo Penal da Nação (CPPN) dispõe: “Somente deverão ser declarados de ofício em qualquer estado e estágio do processo penal, as nulidades previstas no artigo anterior¹⁶⁵ que impliquem violação às normas constitucionais, ou quando assim se estabeleça expressamente”.

¹⁶⁵ Art. 167. Enterder-se-á sempre prescrita, sob pena de nulidade, a observância das disposições concernentes: 1.º) à nomeação, capacidade e constituição do Tribunal, do Juiz ou do representante do Ministério Público; 2.º) à intervenção do juiz; Ministério Público e querelante no processo e sua participação nos atos em que ela seja obrigatória; 3.º) à intervenção, assistência e representação do imutado, nos casos e formas em que a lei estabelece

5 A NATUREZA DE REGRA E NÃO DE PRINCÍPIO DA NORMA QUE GARANTE A PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL (ART. 5º, LVI, CF)

Em que pese seja corrente na linguagem da jurisprudência cotidiana a referência ao citado dispositivo constitucional como princípio, certo é que ali o constituinte instituiu regra de direito fundamental, um direito de defesa que confere ao titular a certeza de que o Estado não se utilizará de provas ilícitas para sua condenação.

Em linhas gerais, as regras são enunciados deônticos que não comportam sopesamentos e tem sua aplicabilidade restrita apenas pelos critérios de aferição de validade. Conforme Alexy “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de otimização enquanto que as regras tem o caráter de mandados definitivos”. (ALEXY, 1997, p. 162)

Como exemplo de direito fundamental que se traduz em regra, apresenta-se o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O dispositivo trata de prescrição específica que estabelece pressuposto e consequência determinados. Foi formulado para ser aplicado em uma situação determinada, não contendo caráter generalista, pois não abriga uma ampla série de aplicações. Neste conteúdo não se permite avaliações relativas ou flexíveis, dado seu caráter excludente do dispositivo colidente.

Não há margem para o pesamento algum na interpretação da norma, já que o Estado observa a vedação contra ele dirigido, ou não observa e assim pratica o ilícito. A observação ou não do mandamento é aferível por critério puro e simples subsunção do fato a norma.

O artigo 5º, disciplina assim, uma determinada situação, qual seja: quando ocorre a prova ilícita, a sua inadmissibilidade incide, quando não

ocorre não incide. No dizer de Dworkin, “vale a lógica do tudo ou nada” (2001, p. 130). Muitas vezes a discussão se dará no âmbito de ser prova ilícita ou não. Entretanto não há dissenso sobre o conceito de prova ilícita, pois até mesmo a lei 11.960/2008 tratou da matéria como sendo aquelas que contrariam normas de direito material e constitucional ou normas de direito processual.

Trata-se aqui de regra e não de princípio, subtraída da dogmática da ponderação. Ao referir-se a expansão do papel da jurisdição Ferrajoli (2007) diz ser

inaceitável a orientação das normas constitucionais, incluindo os direitos fundamentais, não como regras, cujas as violações não são passíveis de controle judicial e sim como princípios objetos de ponderação, porque consistentes no enunciado de objetivos políticos e não em prescrições ou proibições de conduta submissíveis sob essas normas.

O artigo 5º, inciso LVI, é regra aplicada por subsunção que serve para limitar a amplitude decisória do julgador e também a reduzir a discricionariedade na interpretação. A jurisdição encontra-se vinculada com a norma constitucional, limitando-se a gama das opções interpretativas, com o único significado compatível com a Constituição, qual seja, o cânone da inadmissibilidade da prova ilícita.

O modo pelo qual se desenvolve a sua admissibilidade/inadmissibilidade é constitucionalmente pré-determinado, com um limite insuperável. Isto não significa uma verdade menos verdadeira; porque de modo contrário, desprezando a sua vinculação com as fórmulas constitucionais, elimina-se a indispensável certeza subjetiva de que os elementos coligidos no processo traduzem esta mesma verdade. Pouco ou nenhuma credibilidade pode merecer a prova resultante de violações constitucionais.

A leitura de normas constitucionais que estabelecem os direitos fundamentais como princípios e não como regras leva, de fato a uma

indevida discricionariiedade judicial que ultrapassa e muito as margens de incerteza presentes em qualquer atividade interpretativa.

O seu cumprimento independe das contingencias do caso concreto, não se tratando de um modo de otimização que terá efetividade na medida do possível.

Não obstante a plasmação constitucional expressa, do artigo 5º, inciso LVI, como ensina Zafaroni “os *processos* penais se desenvolvem em um mundo real, no qual se violam direitos humanos todos os dias, ainda que as leis estabeleçam garantias formais que, na prática não são observados por diversas razões”. (ZAFFARONI, 2001, p. 18)

Apesar da previsão expressa, a prova ilícita vem sendo considerada em alguns casos excepcionais. Percebe-se a ocorrência de uma mitigação da garantia constitucional estabelecida no art. 5º, inc. LVI, quando se afirma que a ordem social deve prevalecer em detrimento dos direitos individuais.

6 A VINCULAÇÃO DA JURISDIÇÃO COM A FILOSOFIA DA LINGUAGEM E A HERMENÊUTICA FENOMENOLÓGICA

A falsa compreensão das estruturas de significação impossibilitou a perspectiva normativa de realizar a sua principal incumbência, qual seja, a segurança jurídica. As ponderações principiológicas também não foram satisfatórias para controlar o raciocínio do julgador e o sentido normativo, que oscilam sensivelmente de acordo com a visão de mundo e os condicionamentos ideológicos do aplicador.

A constatação de ineficiência de juízos ponderativos e a efemeridade da visão da existência de uma só resposta correta reclamam a individualização das garantias pelas quais a jurisdição opera sua própria discricionariiedade.

A atribuição de poderes mais amplos no espectro cognitivo desencadeia a exigência cada vez mais intensa de racionalidade e cientificidade, como forma de agastar o arbítrio.

Segundo Taruffo, na maioria das vezes, o raciocínio do juiz não é guiado por normas nem estabelecido por critérios ou fatores de caráter jurídico, omitindo-se o direito, em grande medida, em relação aos modos como juiz raciocina ou deveria raciocinar. Por isso, “na realidade, o verdadeiro problema consiste em compreender o que acontece quando o raciocínio do juiz vai além dos confins daquilo que convencionalmente se entende por direito”. (TARUFFO, 2001, p. 7)

Diferentemente dos outros poderes, aquele jurisdicional apresenta um caráter cognitivo da constatação tanto dos pressupostos fáticos como dos seus significados normativos. Trata-se de um poder vinculado cujos atos consistem na aplicação substancial das normas substantivas. Assim é que, o poder jurisdicional “é um poder saber, tanto mais legítimo quanto mais seja o saber, tanto mais ilegítimo quanto mais seja o poder” (FERRAJOLI, 2007, p. 214). Na hermenêutica fenomenológica, os decisionismos podem ser controlados pelo círculo hermenêutico e a diferença ontológica, e no processo de escolha de significantes (ROSA, 2012, p. 5) a linguagem serve para revelar como o juiz imuniza a decisão com elementos retóricos.

A circularidade hermenêutica se configura como uma ferramenta indispensável para o controle das arbitrariedades. Hilton Japiassu (1996, p. 45) define círculo hermenêutico como “o método hermenêutico ou interpretativo” segundo o qual “toda compreensão do mundo implica a compreensão da existência e reciprocidade”.

O esgotamento do paradigma da filosofia da consciência ou da razão fulcrada no sujeito conduz a uma transformação em direção ao paradigma da filosofia da linguagem. A partir da terceira década do século XX, a filosofia

da linguagem configura-se como um novo paradigma da filosofia, ocorrendo o giro linguístico pragmático.

Levinson (2007, p. 6) divide a semiótica em sintática ou sintaxe, que trata do “estudo das propriedades combinatórias das palavras e suas partes”; em semântica que aborda o “estudo do significado”; e em pragmática que cuida do estudo linguístico.

A sintaxe limita-se, assim, a dimensão significativa da linguagem, ou seja, a uma abordagem meramente linguístico-gramatical, importando o conjunto de palavras significativas que expressam uma ideia. A semântica se preocupa com a dimensão proposicional da linguagem, ou seja, o significado de um enunciado. A pragmática preocupa-se com o uso dos signos, isto é, com a relação entre os signos e os sujeitos da linguagem, ou com o intérprete e sua relação contextual com os signos.

No âmbito da jurisdição, a pragmática cuida das formas de comunicação e dos procedimentos utilizados na decisão jurídica, fornecendo critérios para a determinação do significado da regra jurídica.

Por sua vez, o termo *fenomenologia* designa, observa de Waelhens:

simplesmente a vontade de excluir da filosofia os conceitos insuficientemente esclarecidos ou mal fundados, as construções gratuitas ou prévias, os falsos problemas que dizem respeito mais aos preconceitos dos pensadores e as disputas de escolas do que à natureza das coisas. (WAELEHENS, 1954, p. 13)

A fenomenologia tem o significado de fazer ver as coisas em si mesmas, deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra.

A filosofia é ontologia fenomenológica universal, que parte da hermenêutica do ser-aí; esta, enquanto analítica existencial, dá o fio condutor de toda a problemática filosófica, fundamentando-a sobre a existência de onde brota toda a problemática e sobre a qual ela repercute. (STEIN, 2001, p.173).

Na fenomenologia, é a existência que precede a essência, ou seja, primeiro as coisas existem para depois se formular juízos sobre elas.

7 HERMÊNUTICA DEPURADORA DA ILICITUDE

A hermenêutica depuradora da ilicitude da prova é uma proposta neoconstitucionalista que ao apregoar um retorno metafísico, ao modelo jusnaturalista, acaba por acarretar o descumprimento de preceitos constitucionais com justificativas de cunho axiológicas em detrimento da previsibilidade e a certeza do direito. Operando nesta perspectiva e imersa pelo juízo de proporcionalidade, propicia o imperativo de tutela penal dos direitos fundamentais, pelo qual em determinados casos admite-se a prova obtida de forma ilícita levando-se em conta a relevância do interesse público a ser protegido.

Para esta corrente de pensamento, o problema jurídico da admissibilidade da prova não estaria relacionada à maneira pela qual ela foi obtida. O importante seria verificar se sua introdução no processo é consentida, sendo irrelevante a consideração dos meios utilizados.

Atrelados na busca da verdade real, esta hermenêutica acredita que se a prova ostentar esta característica, deve ser aceita. Nesse sentido, Pedroso afirma que

Se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, aceitável é que, se a prova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, seja ela admissível, sem olvidar-se o estado da persecução criminal contra o agente que restringiu as disposições legais e direitos do réu. (PEDROSO, 1986, p. 163)

O surgimento deste modelo de interpretação ocorre no interior de uma profunda crise que afeta o paradigma mínimo do direito penal, a defesa social em face da criminalidade grave e a defesa do indivíduo tendo em vista a imposição da pena. Busca-se uma eficácia simbólica para atender a demanda social de pena e segurança, para modificar a imagem da realidade de maneira que o déficit real de tutela dos direitos de bens jurídicos seja compensado por

uma criação da sociedade e uma ilusão de segurança, um sentimento de confiança. (BARATA, 1991, p. 3)

A hermenêutica depuradora da ilicitude confere certa maleabilidade a vedação constitucional sobre o pretexto de impedir distorções que poderiam ser causados em casos excepcionais. O argumento seria de que a prova ilícita poderia ser admitida, em casos excepcionais de criminalidade grave, visando a proteção de valores considerados mais relevantes do que os violados quando da colheita da prova.

Sobre esta flexibilização reconhece Alexandre de Moraes, com

base no princípio da proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, devendo permitir-se a sua utilização. (MORAIS, 2006).

O cotidiano mais recente tem sido marcado por um “*estado de necessidade de investigação*”, apresentando-se como justificação, como um espaço ambíguo e incerto, onde as práticas antijurídicas se transformam em direito. Com a utilização de meios de prova obtidos ilicitamente, a Jurisdição vem negligenciando sua função eminentemente ética, se situando num limiar (portanto), onde o fato e direito parecem tornar-se indiscerníveis”. (AGAMBEN, 2004, p. 45-6) confirmando-se o brocado francês *necessite fait loi*.

O conceito de necessidade apresenta-se como justificação política por meio de uma exceção, como um espaço ambíguo e incerto onde práticas antijurídicas transformam-se em direito.

Agamben denuncia “que a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos”, apresentando-se, na perspectiva

histórica, como um “patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”. (AGAMBEN, 2004, p. 11)

Entretanto, é certo que nesta seara, operando nesta perspectiva a jurisdição abandona a sua função protetora de direitos fundamentais para assumir um papel retórico com a maximização de uma resposta punitiva com a degradação de garantias penais.

A dimensão normativa do direito previsto no artigo 5º, inc. LVI, e não meramente retórica leva ao reconhecimento da existência de um núcleo básico já definido pelo constituinte, portanto, vinculante. Vieira de Andrade (1998), asseverando o valor da dignidade da pessoa humana nos direitos de defesa, defende a teoria da existência em cada direito fundamental, de um núcleo intangível, no qual não se pode intervir em hipótese alguma.

Eventuais restrições não poderão comprometer a própria fundamentalidade do direito constitucionalmente assegurado. No dizer de Sarlet “O núcleo essência prescreve que a restrição de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia, sob pena de esvaziar sua própria fundamentalidade constitucional”. (SARLET, 2009)

Como aduz o Ministro Celso de Melo:

ninguém pode ser denunciado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do poder público, também neste domínio está subordinado a estrita observância dos parâmetros de caráter ético-jurídico, cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente do nosso sistema normativo na absoluta ineficácia dos meios produzidos pelo Estado. (Autos RE n.º 251.445).

De qualquer forma, nenhuma hermenêutica está autorizada a negar vigência a Lei constitucional com base em raciocínios consequencialistas que derivam de mera insatisfação pessoal com o efeito prático resultante da aplicação de direito fundamental de dignidade constitucional. O argumento prático moral não pode intervir no juízo sobre aplicação de regra constitucional, pois o caráter compromissório da Constituição impede que a

jurisdição viole aquele mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena, pois sobre um ilícito acabaria por cometer um outro.

8 A PONDERAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA

A atribuição de carácter principiológico ao conteúdo do artigo 5º, inciso LVI, conduz a uma hermenêutica depuradora da ilicitude, com o enfraquecimento da Constituição naquilo em que é essencial para a manutenção do Estado Democrático. O largo espaço aberto da discricionariedade quando do sopesamento, no tange a atribuição de peso aos direitos, leva a falta de previsibilidade das expectativas normativas.

A teoria dos princípios presente na hermenêutica depuradora da ilicitude fundamenta-se a partir de uma argumentação consequencialista, a ideia é: o direito a proibição da prova ilícita assim como aquele outro da vítima, se apresentam em conflito, que se resolvia mediante um juízo de ponderação sobre o “peso relativo de cada direito”, em vista das circunstâncias relevantes. Como resultado desse sopesamento, todos os direitos seriam relativos e revogáveis, isto excepcionáveis diante da prevalência do direito que tem mais peso.

Resta assim, moral e justificada a lesão a uma garantia quando eventualmente se considere que sua vigência implicaria um mal maior para a tutela do direito. O sacrifício de uma garantia estaria justificado quando “quanto maior o grau de não satisfação de um princípio maior tem que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 1986, p. 16), ou também quanto maior a lesão de uma garantia tanto maior há de ser a importância, urgência ou necessidade de tutela do bem jurídico ameaçado pelo crime.

À luz do princípio da ponderação de interesses, identifica-se uma área extensa em que os direitos individuais são sacrificados em sede de

ponderação e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais intoleráveis da criminalidade.

A utilização da dialética erística¹⁶⁶ na argumentação consequencialista do juízo de ponderação, baseada na sensação da impunidade, distancia-se dos limites semânticos na norma constitucional prevista no art. 5º, inc. LVI. Esse tipo de técnica tem sido utilizada a partir de um discurso justificador de uma emergência, de modo a permitir a imposição peremptoriamente da restrição do direito fundamental da garantia, pois o interesse preponderante será sempre uma emergência permanente. Entrincheirada em pontos de vista irreduzíveis, a hermenêutica depuradora da ilicitude atua mediante concepções pessoais, com a prevalência de suas opiniões em relação àqueles do direito, configurando o que Streck denomina de *jurisdição solipsista*.

9 CONCLUSÃO

Se por um lado o direito penal vê-se contingenciado pelo princípio da intervenção mínima, por outro não há renunciar-se ao direito penal na zona onde sua atuação é necessária.

Entretanto esta relação paradoxal não legitima a jurisdição admitir a produção e valoração das provas ilícitas.

A escolha valorativa da Constituição restringe o âmbito de decisão política criminal, configurando-se um critério constitucional orientador da jurisdição. Esta potencialização constitucional, conduz a impossibilidade de sopesamento de interesses no qual o direito fundamental de proibição da prova ilícita poderá ser sacrificado em nome da prevenção e repressão das manifestações mais intoleráveis da criminalidade.

¹⁶⁶ Trata-se de técnica argumentativa utilizada para vencer um debate a qualquer custo e que não contribui para a evolução da ciência. O opúsculo póstumo de Schopenhauer intitulado *Eristik* foi publicado pela primeira vez em 1864.

A teoria da ponderação é um mecanismo que na hora das necessidades legitima a violação de direitos e princípios que constituem os fundamentos em que se assentam o Estado Democrático de Direito. Nem sempre o interesse da perseguição de um acusado terá por si só, a força bastante para diminuir a ilicitude material da valoração da prova.

A Constituição não deixa margem de escolha ou possibilidade de compreensão do direito fundamental, apontando a resposta adequada, pois não permite se recorrer ao cotejo de direitos que se encontram em confronto para afastar o caráter peremptório da norma Constitucional, admitindo a conduta violadora, tendo em vista a necessidade de se coibir a criminalidade grave.

Como regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a admissão, valoração de provas ilícitas, no art. 5º, inc. LVI, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico. Atribui-se a essa norma uma natureza de regra e não de princípio.

Não se pode transigir com a violação dos preceitos constitucionais de lisura na apuração de condutas delitivas, pois, desse modo se desestrutura o sistema ético axiológico de credibilidade da jurisdição.

A vinculação da jurisdição com o paradigma da linguagem e a hermenêutica fenomenológica possibilita o desmascaramento ideológico, apresentam-se, via de consequência, como instrumentos hábeis para o combate dos decisionismos, visando a legitimidade da decisão judicial.

Ao Estado não se pode admitir a violação da lei constitucional, com a colheita de elementos probatórios ilícitos para a condenação da criminalidade grave. Os fins não justificam os meios, o direito de punir não se sobrepõe as garantias de natureza substantiva.

Desse modo, se o Estado tiver que recorrer ele próprio a um ilícito criminal para a perseguição do crime, a legitimidade da pena resta abalada,

carecendo de legitimação, segundo critérios éticos, pois a resposta penal deixa de aparecer como meio de pacificação.

A alta densidade normativa do direito fundamental da prova ilícita, implica uma necessária proteção do seu núcleo essencial, uma vinculação judicial ao conteúdo substancial pré-estabelecido, revelando-se como pedra angular de proteção do justo processo.

Trata-se assim de um núcleo essencial do direito fundamental de proibição da prova ilícita, pois a escolha constitucional foi de um modelo com coeficiente de indisponibilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa**. 1976. COIMBRA: ALMEDINA. 1998.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ANDRADE, Manoel da Costa. **Sobre as proibições de Prova em processo penal**. COIMBRA. 1992.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ARMENTA DEU, Teresa. **La prueba ilícita (Un estudio comparado)**. Tradução: Nereu José Giacomolli. 2. ed. São Paulo: Marçal Pons, 2009.
- BARATTA, Alessandro; **Revista de La Facultad de Derecho de La Universidad de Granada**. n. 2, 1999.
- _____. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Tradução: Ana Lúcia Sabadell. Revista Brasileiras de Ciências Criminais. Ano 2, número 5, Janeiro/março. São Paulo: RT, 1994.
- BOUSIER, Marie-Emma. Le principe de Loyauté en droit processuel. In: ARMENTA DEU, Teresa. **A prova ilícita (um estudo comparado)**. Tradução: Nereu José Giacomolli. 2. ed. São Paulo: Marçal Pons, 2009.
- CARDOSO, Helena Schiessl. **“O retrato da “questão criminal” nos meios de comunicação**: um discurso de alarme social a serviço do controle social repressivo e violento”. In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson. Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70^a aniversário. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

CARTUYVELS, Yves; DUMONT, Hugues; OST, François; DROOGHENBROECK, Michel van de Kerchove Sébastien Van. **Les droits de l'home, bouclier ou épée du droit pénal?** Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxeles, 2007.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Dúm paradoxe láutre.** In: CARTUYVELS, Yves; DUMONT, Hugues; OST, François; DROOGHENBROECK, Michel van de Kerchove Sébastien Van. **Les droits de l'home, bouclier ou épée du droit pénal?** Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxeles, 2007.

DIAS, FIGUEIREDO. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas.** Revistas dos Tribunais, 1999.

DWORKIN, R. M. É o direito um sistema de regras?. **Estudos Jurídicos,** São Leopoldo, RS, V.34, n. 92, p. 119-158, set./dez. 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** Entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. V.I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Coleção Os Pensadores.** São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HERMANN, Nadja. **Hermenêutica e Educação.** Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris II: teoria della democrazia.** Roma-Bari: Laterza, 2007b.

_____. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo.** In: Anais do Simpósio Nacional de Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional, 20 a 22 de maio de 2010. Tradução de André Karam Trindade. Conceito Editorial. 2010.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SOUZA, José Laurindo. **A Evolução da Jurisdição para uma perspectiva transformadora:** A necessária compreensão crítica da realidade por meio da filosofia da linguagem e da hermenêutica fenomenológica. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b706835de79a2b4e>>.

Acesso em: 20 de junho de 2016.

LISZT, Franz, von. **A teoria finalista no direito penal.** Tradução: Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN, 2003.

_____. **Tratado de direito penal alemão.** Tradução e comentários: José Higino Duarte Pereira; atualização e notas Ricardo Rodrigues Gama. 1 ed. Campinas: Russel, 2003b.

OST, François et van de Kerchove, Michel. **De la pyranude au réseau?** Pour une théorie dialectique du droit, 2002.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal – um estudo comparado.** Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.