

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALFREDO CARLOS GONZAGA FALCÃO JUNIOR

**O JUSTO TÍTULO DA RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA:  
METODOLOGIA DE APLICAÇÃO DA REGRA DE CALIBRAGEM DO SISTEMA  
JURÍDICO**

Recife

2021

ALFREDO CARLOS GONZAGA FALCÃO JUNIOR

**O JUSTO TÍTULO DA RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA:  
METODOLOGIA DE APLICAÇÃO DA REGRA DE CALIBRAGEM DO SISTEMA  
JURÍDICO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Teoria Geral do Direito Contemporâneo

Orientador: Alexandre Ronaldo da Maia de Farias

Recife

2021

Catálogo na fonte  
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736.

F178j Falcão Junior, Alfredo Carlos Gonzaga.  
O justo título da relativização da prova ilícita: metodologia de aplicação da  
regra de calibragem do sistema jurídico / Alfredo Carlos Gonzaga Falcão  
Junior. -- Recife, 2021.  
238 f.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias.  
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de  
Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Inclui referências.

1. Direito - Brasil. 2. Prova Ilícita. 3. Supremo Tribunal Federal (STF).  
4. Verdade. 5. Validade. I. Farias, Alexandre Ronaldo da Maia de (orientador).  
II. Título.

340.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2022-13)

ALFREDO CARLOS GONZAGA FALCÃO JUNIOR

**O JUSTO TÍTULO DA RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA:  
METODOLOGIA DE APLICAÇÃO DA REGRA DE CALIBRAGEM DO SISTEMA  
JURÍDICO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Teoria Geral do Direito Contemporâneo

Aprovada em: 13/09/2021

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Alexandre Ronaldo de Maia de Farias (Presidente)

Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

---

Prof. Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira (Examinador Externo)

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

---

Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (Examinador Externo)

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Flávia Danielle Santiago Lima (Examinadora Externa)

Universidade de Pernambuco (UPE)

---

Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Junior (Examinador Interno)

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

---

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva (Examinador Interno)

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao querido prof. dr. Alexandre da Maia, orientador e amigo, quem sempre confiou em minha capacidade de trabalho, desde a graduação, e quem me motivou com os estudos de Teoria Geral do Direito.

Agradeço aos professores do PPGD, em especial, Artur Stamford e Leonardo Cunha, que gentilmente me prestaram orientações fundamentais no curso do programa de doutorado.

Ao Ministério Público Federal, que sempre contribuiu para minha formação acadêmica e para meu preparo como prático do direito.

Ao Programa de Pós-Graduação de Ciência Política da UFPE, onde cursei a disciplina do prof. Marcus Melo "Tópicos especiais de teoria política — estudos avançados de teoria democrática empírica".

Ao Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, em Hamburg/Alemanha, pelo ambiente de pesquisa que me propiciou no primeiro bimestre de 2020, com livros importantes a respeito da prova ilícita.

Aos alunos que tive, durante o período de docência na Faculdade de Direito do Recife, como professor de processo penal. Ensinaram-me sem querer.

Aos amigos formados no Programa de doutoramento em direito da UFPE, apesar do isolamento social a todos nós impostos pela pandemia do coronavírus.

Aos amigos formados no curso da vida, que me ajudam a ver o mundo de modo mais paciente e plural.

Aos meus queridos pais, Alfredo (*in memoriam*) e Ana, os mais nobres sentimentos.

Ao meu irmão Adriano e família.

À minha família: Flavianne, Clarinha e Lucas, com eles aprendi e cresci. A começar com quem dei as mãos, para surgirem os mais belos frutos que o amor pode dar; um deles, inclusive, que nasceu no meio da pandemia e no curso desta tese.

A Deus.

## RESUMO

O tema da relativização da provas ilícitas é um dos mais candentes da aplicação do direito, porque tem como pano de fundo a defesa das garantias de liberdade e a proteção da efetividade do processo. No direito nacional, há o debate de saber como compatibilizar a norma constitucional, que proíbe o uso de provas obtidas por meio ilícito, e o código de processo penal (CPP), que permite o uso da prova ilícita nos casos da descoberta inevitável e da fonte independente. A jurisprudência, como espelho da confusão, também não apresenta critérios seguros sobre a referida relativização, ora proibindo o uso da prova, ora permitindo-o por meios indiretos, mediante considerações de política criminal ou alteração da forma de narrar os fatos. A hipótese do trabalho é que podem ser usados meios argumentativos para investigar o justo título do ato-fato formador da situação jurídica, mediante a visualização das consequências ocorridas com o uso da prova: indicar o grau de sacrifício do direito violado e como será feita a correlata compensação, destacar a gravidade do crime, boa-fé etc. e, outrossim, indicar qual direito será beneficiado com o uso da prova. O objetivo foi propor sinais de quando a produção probatória passa a ter relevância jurídica para ser um fato existente, válido e eficaz. Assim, devem ser separadas as regras de uso e as regras de produção da prova, a fim de construir uma metodologia dogmático-argumentativa para uso da prova aparentemente ilícita. É algo anterior à aplicação da fonte independente ou da descoberta inevitável da prova. Para tanto, desenvolveu-se o estudo comparado das principais dificuldades de aplicação da prova ilícita no Brasil, nos EUA e na Alemanha, além da construção de um banco de dados de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre mandados de busca e apreensão e compartilhamento indevido de dados, que foram posteriormente analisados de acordo com a hipótese de trabalho. Os limites dos pressupostos de uso da prova ilícita devem estar na observância do processo justo, pontuado pela capacidade de assegurar o desenvolvimento livre da personalidade em equilíbrio com a efetividade do processo. Tais reflexões conceituais revelam uma retórica material formalizada no âmbito da validade do fato jurídico. Nesse sentido, uma teoria sintática (da norma jurídica) ou semântica (do fato jurídico) podem ser analisadas de acordo com o contexto situacional dos falantes (pragmática da norma), em busca do justo título, verdadeira regra de calibragem do sistema, aplicada como uma metodologia argumentativa para avaliar a relevância lícita da atividade probatória. A racionalidade do programa decisional das organizações jurídicas depende da apresentação de critérios de como o direito lê os interesses subjacentes às expectativas normativas.

**Palavras-chave:** Prova; ilicitude; sistemas; verdade; validade.

## ABSTRACT

The issue of the relativization of illegal evidence is one of the most live of the law adjudication, because it has as its background a reasonable balance between effective law enforcement and the rights of the accused. The Criminal Procedure Code (CPP) allows the use of an exception to the exclusionary rule in cases of inevitable discovery rule and independent source. There is a controversy debate on how to make the CPP compatible with the Federal Constitution, as this prohibits the use of evidence obtained through illegal means. Jurisprudence, as a reflective of confusion, also does not present secure criteria on relativization, either prohibiting the use of evidence, or allowing it by indirect means, like criminal policy considerations or changing the way of narrating the facts. The hypothesis of the work is that argumentative means can be used to investigate the *justus titulus* of the act-fact of the legal situation, by visualizing the consequences that occurred with the use of evidence: indicate the degree of sacrifice of the violated right and how the related compensation, highlight the seriousness of the crime, good faith, etc. and, furthermore, indicate which right will benefit from the use of the evidence. The objective was to propose criterians of when the evidential production starts to have legal relevance to be an existing, valid and effective fact. Thus, the rules of use and the rules of evidence production must be separated, in order to build a dogmatic-argumentative methodology for the use of the apparently illicit evidence. Something prior to the application of the independent source or the inevitable discovery rule. To this end, a comparative study of the main difficulties in applying illegal evidence apparent in Brazil, the US and Germany was carried out, in addition to the construction of a database of court decisions of the Federal Supreme Court (STF) on search and seizure warrants and improper data sharing, which were later analyzed according to the working hypothesis. The limits of the presuppositions for the use of illicit evidence must be in observance of the fair process, punctuated by the ability to ensure the free development of the personality in balance with the enforcement of the process. Such conceptual reflections reveal a material rhetoric formalized within the scope of the validity of the legal fact. In this sense, a syntactic theory (of the legal norm) or semantics (of the legal fact) can be analyzed according to the situational context of the speakers (pragmatics of the norm), in search of the *justus titulus*, a true calibration rule, applied as a methodology to assess the lawful relevance of the evidentiary activity. The rationality of the decisional program of legal organizations depends on the presentation of criteria for how the law reads the interests underlying normative expectations.

**Keywords:** Evidence; illegality; systems; truth; validity.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 SISTEMA JURÍDICO E DOGMÁTICA: O PARADOXO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....</b>	<b>19</b>
2.1 Dogmática e legitimidade da autoridade das normas: uma visão pragmática.....	19
2.2 Sistema jurídico versus realidade: como funciona um sistema imperfeito.....	24
2.3 Decisão e sistemas: os limites epistemológicos de uma teoria dogmatica.....	28
2.4 O funcionamento das organizações como operador intersistêmico de um programa decisional.....	34
2.5 A orientação sistêmica contextual como superação da crise da comunicação jurídica.....	44
<b>3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO PARA DECIDIR ACERCA DA PROVA ILÍCITA.....</b>	<b>53</b>
3.1 O Judiciário não pode desprezar as manifestações da esfera pública acerca do sentido da prova ilícita.....	53
3.2 Verdade e justiça na busca da melhor metodologia para argumentar: papel da história na construção do programa jurídico da prova ilícita.....	61
3.3 A velha discussão entre princípios e regras: o destaque funcional da polêmica.....	62
3.4 Reinhart Koselleck: modernidade e a crise de identidade do direito.....	68
3.5 O papel da política na conformação do uso da prova ilícita no direito norte-americano....	76
3.6 Termos constitucionais da prova ilícita antes de 1988: a casa e a intimidade, submetidas ao livre convencimento.....	85
3.7 Contexto doutrinário, legal e jurisprudencial após a publicação da CF/88.....	88

**4 USO DA PROVA ILÍCITA E OBSERVAÇÃO DE SEGUNDA ORDEM:  
ORIENTAÇÃO SISTÊMICA CONTEXTUAL PARA PROTEGER DIREITOS  
FUNDAMENTAIS E ASSEGURAR A EFETIVIDADE DO  
PROCESSO.....93**

4.1 Verdade processual e questões de fato e de direito: arbitrariedade na construção da prova ilícita e suas consequências?.....93

4.1.1 *Modelo racional-comunicativo do raciocínio abduativo e a verdade filtrada por "standards" probatórios.....93*

4.1.2 *Programa decisional como limite de racionalidade dos tribunais:a verdade processual.....106*

4.1.3 *Poderes das partes e do juiz para referendar hipóteses: sistema processual criminal e justificação.....112*

4.2 Garantias processuais e efetividade na dinâmica das provas: breve história do processo penal..... 117

4.2.1 *A história, a comunicação e a luta pela gestão das provas.....117*

4.2.2 *Fase adversarial e inquisitiva: em busca da efetividade.....121*

4.2.3 *Sistema de gestão de provas e controle da decisão.....124*

4.2.4 *Legalidade: da formalidade ao processo justo.....126*

4.3 Pressupostos metodológicos da prova ilícita: livre desenvolvimento da personalidade e eficiência do processo.....130

4.3.1 *Regras probatórias de produção e de uso da prova: confluência das experiências norte-americanas e alemãs.....130*

4.3.2 *Valoração da prova baseada no direito material sacrificado e na finalidade político-criminal do processo.....140*

4.4 Nulidade e visão pragmática-operacional da prova ilícita: encontro do *justus titulus*.....148

4.4.1 *Hipótese de incidência da norma segundo a visão sintática/semântica e pragmática da prova: a existência, a validade e os efeitos da situação jurídica..... 148*

4.4.2 *O estudo da justa causa da situação jurídica: análise dos efeitos ambivalentes do ato-fato ilícito..... 156*

4.5 Pressuposto metodológico-operacional para uso da prova aparentemente ilícita: identificação do direito material e garantias de liberdade no âmbito da validade..... 161

4.5.1 <i>Uso da prova ilícita no processo criminal: legalidade e raciocínio judicial mediante “standard” probatório.....</i>	164
4.5.2 <i>A aplicação da prova aparentemente ilícita: do regime legal de nulidades ao encontro do justo título.....</i>	169
4.5.3 <i>Norma material probatória: garantia de proteção da liberdade, efetividade e livre desenvolvimento de personalidade.....</i>	177

**5 METODOLOGIA DO JUSTO TÍTULO APLICADA AOS JULGADOS DO STF A RESPEITO DE PROVAS ILÍCITAS .....182**

5.1 <i>Busca e apreensão: calibragem entre a intimidade e respeito à efetividade do processo.....</i>	182
5.1.1 <i>Metodologia na coleta de dados: período (1988 a 2018) e quantidade de casos.....</i>	182
5.1.2 <i>Casos problemas de desrespeito da intimidade.....</i>	184
5.1.3 <i>Epistemologia e incentivo de regras para a atividade probatória: diferenças entre o common law e civil law.....</i>	193
5.1.4 <i>Processo justo: superação das diferenças entre common Law e civil law.....</i>	194
5.1.5 <i>Processo como sistema e atividade probatória como acoplamento estrutural: encontro do ponto de calibragem sistêmica.....</i>	197
5.2 <i>Compartilhamento indevido de dados: proteção da titularidade do dado e efetividade processual.....</i>	199
5.2.1 <i>Apanhado geral do problema: uso não autorizado dos dados.....</i>	199
5.2.2 <i>Livre desenvolvimento da personalidade e proteção de dados no Brasil.....</i>	202
5.2.3 <i>Aplicação da metodologia de calibragem do justo título no compartilhamento de dados.....</i>	204

**6 CONCLUSÃO.....214**

**REFERÊNCIAS.....225**

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa teve como preocupação estabelecer um espaço de argumentação acerca do aproveitamento da prova ilícita no processo criminal. Um cuidado que deve vir antes de se concluir que a prova pode ser usada a favor da acusação ou da defesa. O referido espaço de justificação garantiria controle público posterior da decisão, previsibilidade e proteção dos direitos fundamentais.

A discussão da doutrina majoritária no Brasil sempre adotou a premissa de que existe uma proibição absoluta do emprego da prova ilícita, exceto se a favor do réu. Por outro lado, a jurisprudência nacional apresenta decisões com critérios casuísticos em que provas ilícitas importantes são formalmente desconsideradas, mas, indiretamente, aceitas para fortalecer outras provas. Ainda sim, os tribunais tecem considerações do uso da prova ilícita, por ter origem em fonte independente ou descoberta inevitável, sem aprofundar sobre o impacto desses institutos na situação jurídica de quem sofrerá os efeitos da prova.

Essa confusão teórica é o espelho das divergências dos textos legais. A Constituição Federal de 1998 diz ser inadmissível o uso de prova obtida por meio ilícito e o Código de Processo Penal, após a reforma legal de 2008, permite o uso da prova ilícita em casos de fonte independente ou de descoberta inevitável, ao tempo em que afirma serem inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

A fonte independente é um juízo retroativo, em que se constata se a prova pôde ser obtida de um modo diferente do que foi objeto de censura. A descoberta inevitável, ao contrário, é um juízo para o futuro, em que se verifica a probabilidade de obter a prova por meio diferente do censurado, segundo um padrão de trabalho investigativo considerado adequado. Por costume jurisprudencial, convém recordar ainda o permissivo de que a prova originariamente ilícita pode ser utilizada a favor da defesa, a título de legítima defesa, quando se trata de provar o direito do réu.

O conjunto desses problemas traz insegurança jurídica, uma vez que a prova ilícita é rejeitada sem argumentos sólidos ou, pior, é utilizada de modo improvisado, muitas vezes mascarada pela forma com que a questão de fato é narrada.

O objetivo desta tese é superar o momento de interrogação e propor um lugar argumentativo que demonstre a relevância jurídica do aproveitamento da prova ilícita, antes de saber se ela pode ser usada a favor do réu ou, com o emprego dos institutos da descoberta inevitável e da fonte independente, a favor da acusação.

As experiências de direito comparado foram enriquecedoras. Nos Estados Unidos, vê-se como as posições da Suprema Corte foram influenciadas pela força político-partidária predominante no governo e na opinião pública. Na Alemanha, é instigante estudar como o tema da prova ilícita está relacionado com a proteção do direito material da intimidade. Importa alertar que, ao longo da

pesquisa, viu-se que as experiências distantes desses dois países se uniram em torno da atenção comum para o limite da efetividade do processo criminal, quando em cotejo com a garantia dos direitos de liberdade individual.

As teorias dos sistemas, sob a ideia de que as divergências são estabilizadas na comunicação, ofereceram instrumental teórico fundamental para compreender as mudanças de sentido na prática jurídica e como o tempo é essencial para construir um programa de decisão estável, que garanta expectativas normativas, mesmo que contrafáticas.

O aporte das teorias de ciência política, para mostrar como o judiciário tem suas posições influenciadas pelo ambiente para o qual são destinadas as decisões, ilustra a multidisciplinaridade do tema das provas ilícitas.

É salutar voltar para o ano de 2018, quando, por meio do link “casos mais representativos do tribunal sobre prova ilícita”, fornecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), foram lidas decisões publicadas entre 06/08/1996 e 24/08/2018. Foram vinte e sete acórdãos e um caso de repercussão geral; todos a respeito da discussão acerca da legalidade de cumprimento de mandados de busca e apreensão.

Viu-se como o emprego da prova ilícita foi objeto de considerações político-criminais, na medida em que a gravidade do crime, necessidade de proteção do bem jurídico, a boa-fé do trabalho dos agentes públicas e outros fatores quejandos impuseram a necessidade de as valorações decorrentes da prova ilícita serem usadas de modo indireto, no fortalecimento do conjunto de provas ou na sobrevalorização de fatos lícitos em detrimento dos ilícitos.

Esse modo de julgar, obviamente, atraiu o olhar crítico acerca da forma casuística com o que o tema é tratado e mostrou como é superficial o debate de saber se a prova ilícita é proibida ou não no ordenamento brasileiro.

Pode-se afirmar que essa pesquisa primeira apresentou vícios endógenos, já que os casos foram fornecidos pelo próprio tribunal; entretanto, uma crítica feita a esses casos tem maior legitimidade, pois se trata, segundo o STF, daquilo que melhor representa o trabalho jurisprudencial da Casa.

Por esse motivo é que esses dados foram objeto de nova leitura, após o amadurecimento teórico e formulação de hipótese do trabalho, para saber se a metodologia jurídica construída poderia ser aplicada com o objetivo de propiciar segurança e equilíbrio de forças na relação processual.

Com o desejo de testar mais uma vez a hipótese, foi analisado outro julgado do STF, RE nº 1.055.941, de 04/12/2019, que versa sobre a legalidade do compartilhamento de dados. Aqui, por ser um tema recente, considerou-se aproveitar a profundidade teórica do tema para aplicar a metodologia argumentativa.

O objeto da tese é saber como a prova ilícita pode ser usada; e, mais importante, como isso pode ser objeto de controle social. É uma questão fundamental para um processo penal justo, que prime pela coordenação paritária de oportunidades entre autor e réu.

É importante que exista uma metodologia argumentativa que permita refletir a produção probatória a princípio ilícita no âmbito da validade dos fatos e não apenas no dos seus efeitos, sob o frágil motivo de que o fato é inexistente juridicamente. Neste último caso, os efeitos seriam um corolário de uma existência aparente do fato. Como efeitos tão importantes e regulares podem decorrer de um fato cuja existência é aparente?

As regras de calibragem do sistema é o pano de fundo da hipótese do trabalho e do justo título. Elas dão relevância ao que não tinha relevância enquanto fato jurídico; devem ser explicitadas na decisão e permitir o controle público no âmbito da validade, posto se tratar de um fato existente, válido e com efeitos. Nesse sentido, uma teoria pragmática da norma, que leve à tona o comportamento de interlocutores e editor normativo, fundamenta reflexões retóricas da aplicação do direito que parecem ocultas na estrutura formal das normas, presas a uma análise parcial de cunho sintático ou semântico.

O justo título do fato jurídico (*justus titulus/ justa causa*) é um instituto de origem vinculada ao direito romano, período formulário, em que se antevê a importância do fato ao lhe atribuir sentido jurídico. É, portanto, elemento decisivo para que o sistema jurídico perfilhe correções de repostas, conferindo juridicidade ao que antes fora renegado enquanto fato.

A hipótese do trabalho é uma metodologia jurídico-dogmática na qual o aproveitamento da prova ilícita só se dê após o encontro do justo título do ato-fato jurídico, antevisto com o grau de sacrifício do direito material contra quem será usada a prova e com a avaliação do direito do que será beneficiado. Ademais, a par disso, ter-se-á de justificar se o processo penal cumpre o papel de ser um instrumento político-criminal preventivo contra práticas estatais abusivas e violadoras de direitos fundamentais. Em outros dizeres, o uso da prova aparentemente ilícita tem como limite o respeito ao processo justo, pautado pelo respeito ao ser humano e pela efetividade da justiça criminal.

Como se vê, a proposta testada é útil independentemente da situação em se que excepciona a proibição de uso da prova ilícita, seja a favor da acusação, seja a favor da defesa. A hipótese de pesquisa é um pressuposto que, quando atendido, possibilita pensar qual o instituto mais adequado para aproveitar a prova obtida por meio aparentemente proibido.

A passagem do proibido para o que pode ser discutido dentro do mundo jurídico se faz pela passagem da existência do fato jurídico para o plano da validade do ato de direito. Como ato-fato, em que a vontade é secundária para inferir a validade, analisa-se o justo título ou a causa eficiente

(*justus titulus* ou *justa causa*), que permita discutir o resultado da atividade probatória no mundo da validade, enquanto ato jurídico.

Esse caminho se faz pelo exame situacional e pela tradição veiculada na recursividade de decisões. Não há como separar uma esfera da outra. É ilustrativo que no processo penal haja parâmetros de nulidade que não podem ser negligenciados em favor das circunstâncias do momento. P.ex., provas produzidas por decorrência da tortura são fatos cuja existência é rejeitada pelo direito das provas.

Nunca é demasiado repetir que o problema do tema surgiu com a constatação de que os tribunais brasileiros nunca ofereceram critérios sistemáticos acerca do uso da prova ilícita. Em 1988, como reação ao período político anterior, foi inscrita na Constituição Federal a norma de que seria inadmissível no processo a prova obtida por meio proibido (art. 5º, LVI). Foi uma completa mudança de padrão probatório. Basta lembrar que, antes de 1988, a jurisprudência majoritária orientava que as provas ilícitas deveriam ser desentranhadas do processo, mas a informação se submetia à livre apreciação do juiz.

Contudo, em que pese a mudança de padrão, logo após 1988, admitiu-se o aproveitamento da prova ilícita para beneficiar o réu, sob o argumento penal da inexigibilidade de conduta diversa, sem maiores considerações de quando haveria inexigibilidade. Com o mesmo raciocínio, para a legítima defesa. Ainda sim, nunca houve magistério de quando a prova poderia ser admitida a favor da acusação.

Amiúde, hoje, um resumo do estado da arte acerca do uso ametódico da prova originariamente ilícita leva o adjetivo de caótico. A história das gestões das provas, sob o pano de fundo dos modelos teóricos dos sistemas processuais acusatório e inquisitivo, mostrou que o racionalismo iluminista não soube lidar com a *práxis* de uso da prova ilícita, a qual envolve tradição e respeito à memória de como lidar com o problema e, não obstante, também prestar culto à lacuna criativa necessária para inovar no caso concreto.

O assunto ganhou relevante destaque recentemente nos meios de difusão, em face de operações policiais e de um trabalho ministerial bem-sucedidos, direcionados a punir a prática de crimes econômicos de arquitetura sofisticada. No bojo desse sucesso, não obstante, muitos processos judiciais foram anulados, sob o argumento de que os feitos foram constituídos com base em provas obtidas sem respeitar procedimentos legais ou em provas violadoras de direitos fundamentais.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> <https://www.conjur.com.br/2015-abr-14/supremo-mantem-decisao-anulou-operacao-castelo-areia>. Acesso em 18/01/2021. A operação Castelo de Areia foi anulada porque foi baseada em quebra de sigilo telefônico e este fora obtido com base em informações colhidas em denúncia anônima. Outros casos de operações anuladas: Castelo de Areia, Satiagraha (ilegal a participação da ABin e investigadores particulares), Chacal (busca e apreensão feita em andar predial diferente do mandado), Boi Barrica (quebra de sigilo bancário com base em relatório do COAF) e Sundown

O sentimento que paira é de o tema ter forte sabor de subjetivo, impulsionado por discussões político-criminais da hora, aventadas pela imprensa, ao trazer à tona casos famosos de anulação de feitos criminais, conhecidos pela complexidade dos delitos e pela notoriedade político-social dos réus.

Num assunto tão complexo como o da prova ilícita, forjou-se excelente laboratório para se examinar como conceitos podem ser desconstruídos em favor de uma nova forma de sentido — por isso a importância das teorias cibernética e dos sistemas. Com efeito, a história do direito pode ser recontada como uma sucessão de paradoxos semânticos.

Prova ilícita lembra um oxímoro, pois do ilícito não deveriam surgir efeitos probatórios lícitos. A expressão só faria sentido ao inseri-la num programa finalístico, em que se mira apenas o resultado — i.é, não se deve usar a prova quando ilícita violar direitos fundamentais. Em quais caso isso ocorreria? O universo de hipóteses é ilimitado e, por isso, a proibição de uso da prova ilícita nunca foi absoluta na prática brasileira.

Nessa conjuntura de mudanças, é de se indagar qual seria o espaço comunicativo do direito brasileiro num ambiente em que as expectativas normativas são constantemente reaprendidas. Em paralelo, pensou-se no processo enquanto sistema e enquanto processo judicial. Neste segundo exemplo, conhecido por todo operador do direito, como se pode "rodar" o funcionamento autônomo e diferenciado do sistema comunicativo do direito.

A premissa da pesquisa, desenvolvida no curso da investigação, é que a autonomia seletiva do direito, consistente em ler os desejos de mudança dos que estão de fora do sistema jurídico, para responder e dar estabilidade às expectativas normativas, generalizando-as, depende da realização de um procedimento judicial imparcial, que permita a troca de papéis mediante o exercício da argumentação e da busca da melhor forma de justiça.

A hipótese do trabalho, em outras palavras, é uma proposta para melhor orientar o exame da prova ilícita de acordo com os paradigmas do direito, a despeito de ser um tema que importe à moral, à política etc. O espaço de experiência pode levar a diferentes horizontes de expectativa, mas o direito perderia sua autonomia se esse caminho de resultados contingentes não estivesse assentado num procedimento previsível, corretivo e zeloso da forma justiça.

A primeira reflexão a se fazer, quando se pensa em aplicar a prova ilícita no processo, é como compatibilizar a admissão da citada prova com a norma constitucional que veda o tratamento de provas obtidas por meio proibidos.

O caminho é a distinção entre regras de uso e regras de produção da prova. Quando esta é produzida licitamente, pode ter posteriormente seu uso proibido, como uma confissão mais tarde

negada pelo réu. Ou o contrário, uma prova cuja produção foi ilícita pode ser usada, contanto que atenda a condicionantes metodológicos aqui desenvolvidos e se adeque a uma previsão legal de exceção à proibição de uso da prova desconforme ao direito.

Na exposição de motivos da decisão de admissão do fato originariamente ilícito, vale pontuar, tem de se reunir o máximo de evidências, para justificar o grau de violação do direito material e para mostrar que o processo continua a ser um instrumento de prevenção contra abusos estatais.

Com a reunião dessas evidências, deseja-se mostrar o justo título, para que o ato-fato deixe de ser examinado apenas no plano da existência para ser examinado no plano da validade, na qualidade de ato jurídico. É um requisito da teoria geral do direito.

Outra premissa é que a doutrina precisa se ater a critérios para avaliar o grau de violação do direito material, de modo a se evitar uma decisão arbitrária, resultado de forças circunstanciais político-econômicas, sem qualquer mediação do direito. Neste trabalho, propõem-se alguns critérios, como analisar a esfera jurídica protegida, a integralidade de exposição da situação jurídica do afetado e outros pontos.

O livre desenvolvimento da personalidade, com a proteção da intimidade, é uma discussão feita no seio da validade das normas e tem como ancoradouro legal o princípio da legalidade, em especial, traduzido nos filtros dos “standards probatórios”, que delimitam no mundo do possível os comportamentos possíveis.

A doutrina parece se dedicar exclusivamente a discutir melhores filtros, mais detalhados e que, nessa senda, vinculem com maior rigor quem vai decidir. Neste trabalho, porém, mostrou-se que a discussão deve centrar forças em como é desenvolvido o raciocínio judicial, no contexto da descoberta e da justificação, antes de tentar se aperfeiçoar os citados filtros.

Destacou-se que a compreensão da legalidade é um juízo cognitivo e emocional, em que a probabilidade da verdade processual é firmada de acordo com a referência das melhores práticas sociais, ao passo que são valoradas como boas ou ruins para o caso que esteja em análise.

O cuidado de que as decisões sirvam para o futuro fortalece o programa decisional como marco de racionalidade do que se entende por justiça no desenho do tempo passado, presente e futuro.

A ideia de aprofundar o conhecimento acerca da problemática do uso da prova ilícita, num primeiro momento, decorreu da sorte de preocupações que advieram da experiência profissional do autor.

O método de expor os referenciais teóricos utilizados na tese foi dedutivo, uma vez que se optou por apresentar o trabalho da premissa mais geral e abstrata àquela mais concreta. Como segunda etapa, foram analisados os dados e experimentada a hipótese da investigação.

Metodologicamente, os recursos de pesquisa utilizados foram escrutinar decisões jurisprudenciais, estruturadas num banco de dados, e a revisão bibliográfica, para identificar as lacunas do tema e para propor critérios que permitissem trabalhar a aplicação da prova aparentemente ilícita com segurança jurídica e posterior controle social.

Com o propósito de enriquecer a reflexão acerca do objeto de estudo, houve período de intercâmbio no Instituto Max Planck de Hamburg-ALE ("Max Planck Institute for Comparative and International Private Law"), centro de pesquisa especializado em direito comparado, no primeiro bimestre do ano de 2020, oportunidade em que se aprofundaram os conhecimentos do processo penal alemão e norte-americano, passo fundamental para o desenvolvimento da hipótese de pesquisa.

Agora, passa-se a sumariar os capítulos da tese, para encerrar esta introdução.

No primeiro capítulo, são apresentados os conceitos fundamentais das teorias dos sistemas, em especial os autores que trabalham com a cibernética, que estudam o fluxo das comunicações sistêmicas. O direito é um subsistema social que a todo tempo se comunica, de acordo com o código lícito/ilícito. Dentro do sistema jurídico, deu-se maior destaque às organizações, como são deveras vistos os tribunais. Eles funcionam como modulador da comunicação sistêmica. Alojado dentro do sistema, sob o dever de decidir, as organizações dialogam com diversos sistemas. A decisão é uma forma, que dá vazão a uma distinção de sentido, após irritação do ambiente.

A orientação contextual, construída por Aldo Mascareño, seria um meio de superar a hipertrofia dos sistemas, consistente na tentativa de sobrepor uma comunicação em prejuízo de outra. Costura-se a premissa de que os sistemas poderiam criar incentivos para que cada um melhor respeitasse a autorreferência comunicante do outro.

No capítulo segundo, abordaram-se algumas questões práticas sobre a comunicação do direito em assuntos nos quais existe forte comentário na mídia (esfera pública), a exemplo da prova ilícita. Qual legitimidade o direito tem para tratar do tema da prova ilícita em assuntos de notória controvérsia pública?

Com base em estudos empíricos, vê-se que a opinião pública é um elemento decisivo a médio e longo prazo para compreender o comportamento do judiciário, sobretudo quando a opinião pública se reflete em movimentos políticos.

O estudo da rica experiência do magistério jurisprudencial da suprema corte dos Estados Unidos acerca do uso da prova ilícita evidenciou a relação entre direito e política e como as regras de exclusão da prova ilícita foram objeto de mudança de acordo com as críticas político-partidárias.

Dessa maneira, estruturadas as premissas mais abstratas da pesquisa, é que se partiu para a análise da dogmática brasileira antes e após a constituição de 1988.

Ao analisar extenso marco temporal das decisões do STF, a forma de recontar o fato pode muitas vezes afastar o sentido de ilicitude. Logo, não existe informação pronta e dada para o direito, mas sim, pontue-se, observações geradas dentro do próprio sistema jurídico, sem ser relevante a distinção entre questões de fato e de direito.

A relação entre direitos fundamentais e a história do processo penal mostra como narrativas de efetividade da justiça e de proteção de direitos foi objeto de disputas políticas, sem que houvesse informações consensuais.

Definitivamente, a excepcionalidade da admissão da prova ilícita demonstra que não se trata de assunto contido em singela questão processual. O tema prova ilícita concorre com a violação de direitos fundamentais como intimidade e propriedade. Com efeito, a admissão da prova ilícita para produzir resultados lícitos constitui uma nova situação jurídica do cidadão em face do Estado.<sup>2</sup>

No capítulo terceiro, melhor se fundamentou a hipótese do trabalho, no sentido de que a admissão da prova ilícita depende da justificação de um pressuposto metodológico de justificação, independente de ser para acusação ou defesa. Exige-se uma fundamentação que reúna o máximo possível de evidências, para que a decisão não recaia no uso vazio e retórico de conceitos legais, como sinal violador do papel do processo penal como instrumento político-criminal de proteção das liberdades individuais.

A admissão da prova ilícita para produzir efeitos lícitos demonstra que, antes, havia uma aparência de ilicitude que merece relevância como fato existente. Conquanto haja argumentos político-criminais que justifiquem o uso da prova, é na avaliação do direito material que a discussão deve ter corpo; no exame do justo título do fato jurídico.

É imprescindível que o resultado da produção probatória seja apreciado no âmbito da validade, demonstrando que a atividade probatória é acoplamento estrutural entre o direito e outros sistemas. O reconhecimento de que o fato existe e tem valor jurídico importa valorá-lo no âmbito da

---

<sup>2</sup> Nesse contexto, o tema da prova ilícita começou por representar o campo por excelência de respeito à intimidade e à propriedade do cidadão. O Estado, por apreço do princípio da legalidade, apenas mediante hipóteses legais devidamente precisadas, poderia intervir em espaços de liberdade individual. Hoje, a dicotomia efetividade do processo e proteção de direitos recrudescer, porque o avanço do Estado social no século XX, com o aumento de custos orçamentários, desnudou a inexpressividade de resultados dos órgãos de justiça criminal do Estado cultor da proteção social. A justiça penal é demasiado cara para cumprir apenas um papel simbólico de restauradora da paz ante a prática de crimes.

Fora de uma relação mais direta entre política e direito, como nos EUA, a experiência alemã com o tema da prova ilícita ofereceu também rica contribuição, na medida em que se desenvolve sob a proteção da intimidade e do livre desenvolvimento da personalidade. De início, intransigente com práticas estatais violadoras de direitos, a prova ilícita sempre fora inadmitida pela prática germânica.

Entretanto, a apresentação de dados acerca da presença crescente da violência e, de outro lado, a dificuldade de investigação de crimes também fizeram a jurisprudência germânica se aproximar dos padrões norte-americanos. Não obstante, o caminho seguido foi mais sistemático, com a consideração de que a admissão da prova ilícita não poderia significar a quebra do processo justo, de modo que o direito material sacrificado deveria ser compensado pela oportunidade de se defender processualmente. Ademais, tal situação excepcional deveria se justificar no caso de apuração de crimes graves, possivelmente indicados em lei.

situação jurídica. A ideia de justo título, como causa eficiente para que o fato adentre o mundo do direito, é a palavra-chave para que a prova aparentemente ilícita possa ter seus efeitos avaliados no processo.

A junção de cuidados acolhida na hipótese da tese também vai assinalar o valor probatório que vai ser dado à prova, bem assim separar com maior acuidade os casos de nulidade absoluta, relativa e mera irregularidade do ato processual.

Se o passado e futuro não integram mais uma unidade sólida, é dever de quem decide dizer como esses dois tempos devem se relacionar.

No quarto e último capítulo da tese, foram apresentados os julgados objeto de análise ao início e ao final da pesquisa. Precisou-se de se debruçar sobre eles ao início, para melhor conhecer o problema e, após fazer o aprofundamento teórico, foram novamente analisados, em busca de respostas mais satisfatórias.

O outro julgado do STF, RE nº 1.055.941, de 04/12/2019, foi estudado apenas ao fim da pesquisa, para melhor testar a hipótese.

Em ambas as situações, optou-se por examinar as decisões do STF, por ser o tribunal responsável por unificar o entendimento da matéria constitucional no país. Relembre-se de que o uso da prova ilícita tem como questão central a compreensão da norma insculpida no inciso LVI do art. 5º da constituição federal (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”).

Em últimas linhas, foi feita a conclusão, onde se resumiu de modo mais sintético possível o percurso enfrentado ao longo da pesquisa.

Em aspas, foram transcritos trechos de outros autores e postas palavras em sentido fora do usual, assim também palavras estrangeiras. Em itálico, palavras originadas do latim. A forma do texto foi Times New Roman, tamanho 12, espaçamento 1,5.

## 2 SISTEMA JURÍDICO E DOGMÁTICA: O PARADOXO DA SEGURANÇA JURÍDICA

### 2.1 Dogmática e legitimidade da autoridade das normas: uma visão pragmática

Um melhor entendimento sobre como as decisões jurídicas podem atender expectativas dos destinatários passa pela visita de como funciona o discurso jurídico enquanto relação entre partes e o ordenamento (na qualidade de editor normativo). A visão pragmática facilita refletir sobre até que ponto a segurança jurídica pode ser um instituto de efeito visível na prática do direito. Saúda-se a previsibilidade de saber os efeitos jurídicos de determinado comportamento e não o estado de coisas que deva ser atingido ao ler o comando normativo.<sup>3</sup>

É útil fazer um breve preâmbulo do motivo por que se utilizou as categorias fundamentais das teorias dos sistemas num trabalho de dogmática processual, para melhor entender o alcance do problema tratado na investigação.

O uso predominante da teoria de Luhmann se deu porque naturalmente o arcabouço da sua teoria dos sistemas pôde ser projetado sobre a descrição e análise do objeto da pesquisa, o qual consistiu na investigação dos pressupostos argumentativos às exceções da proibição de uso da prova ilícita, cujas espécies esquadrihadas seriam a busca e apreensão e o compartilhamento indevido de dados.

A referida projeção lançou luzes sobre como melhor compreender a relação entre direito e os outros sistemas normativos de conduta, como a política, a moral e a religião. O direito sempre busca uma solução contingente como forma de entregar justiça, de sorte que suas estruturas possam responder aos graus de irritação advindos de pressões externas.

Os tribunais a todo instante comunicam sentido de prova ilícita, que, ora lhe veda o uso, ora permite. A variação de respostas é uma decorrência natural do ambiente, cuja proposta de comunicação é contraditória, a despeito de tratar de problemas semelhantes. O sistema jurídico não poderia proferir observações uniformes, se, em contrapartida, o ambiente espera respostas divergentes.<sup>4</sup>

O uso do poder analítico das teorias dos sistemas facilita compreender que seria ideológico, ou ingênuo, acreditar que o tema da prova ilícita pode ser enfrentado com soluções dogmáticas monológicas, que redundam em resposta sem observar os parâmetros do caso. De outro lado, também não se entrega a resposta do direito ao completo casuísmo. A observação do fluxo

---

<sup>3</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: malheiros, 2011, p. 108.

<sup>4</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glossario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Mexico: universidad iberoamericana, 1996, p. 50.

comunicativo entre sistemas impõe que haja seleção e estabilidade; dito de outra maneira, uma solução dogmática seria incompatível com a completa relatividade, em desprezo à segurança jurídica, ao tempo em que seria também incompatível com respostas "a priori", sem consulta do espaço e do tempo.

A seleção de respostas depende de como o sistema, com base em critérios próprios, enxerga o outro - eis a característica da autopoiese enquanto sistema que se autoconstitui.<sup>5</sup> Os sistemas operam sob clausura e abertura seletiva porque não existe comunicação direta entre sistemas ou sistema/ambiente.

O sistema faz a leitura do que compreendeu da comunicação oriunda do ambiente e, ao responder, remodela-se como entidade funcionalmente autônoma. O mundo é resultado de observações internas, em que a realidade se faz estável segundo valores de referência de cada sistema; garantindo-se, assim, o primado da diferenciação funcional.<sup>6</sup> No caso do direito e desta pesquisa, a pergunta é quais foram os critérios jurídicos usados pelo sistema para dar uma solução acerca do uso da prova originariamente ilícita. Como a seleção promovida pelo sistema está apta a gerar memória, consistente em novas e repetidas decisões sem ser um mero e singelo reflexo das estruturas de poderes político e econômico ?

Almeja-se, portanto, sublinhar que a solução dogmática objeto da tese está fundamentada na possibilidade de ser de outra forma, mas sempre com respeito à legitimidade do procedimento. Isto é, a solução de aplicar pressupostos metodológicos para o uso da prova ilícita precisa ser construída com a indicação de critérios genuinamente gerados pelo sistema jurídico, com a finalidade de selecionar a melhor resposta e, por conseguinte, garantir recursividade e consistência, estabilidade e seleção.

A transversalidade do tema prova ilícita implica percorrer o difícil caminho das reflexões mais abstratas da teoria social e da filosofia até chegar a distinções dogmáticas da prova. Após análise de dados — na verdade, decisões sistematizadas do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre medida de busca e apreensão e uma decisão referência do STF sobre compartilhamento de dados —, lançou-se a tese de que o uso da prova ilícita depende do encontro do justo título, o qual deve ser demonstrado com a exposição circunstanciada dos fatos, para haver uma correta exposição dos direitos fundamentais envolvidos e de como a defesa poderá compensar a diminuição dos seus

---

<sup>5</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glossario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Mexico: universidad iberoamericana, 1996, p. 34: “ autorreferência do sistema se limita à capacidade de constituir e modificar autonomamente as estruturas próprias, agora pode afirmar-se que o sistema opera também autonomamente na constituição dos próprios elementos e, portanto, tudo aquilo que se gera no sistema é oriundo de operações internas.” p. 34.

<sup>6</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glossario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Mexico: universidad iberoamericana, 1996, p. 58.

direitos, tendo em conta a finalidade protetiva do processo penal, como instrumento voltado a coibir abusos estatais.

O balanceamento de direitos é o momento em que o tribunal ambiciona produzir memória e consistência. Não há como, para quem adota como ponto de partida um exame sistêmico do problema, sob pena de cometer um paradoxo, dizer "a priori" qual será a melhor solução jurídica concreta. O objetivo científico é apontar que a tese exposta nos próximos capítulos preocupou-se em evitar a heterorreferência, cujo significado denota a apropriação do direito por outros sistemas, mediante a preponderância de outros meios simbolicamente generalizados como poder, ter e outros, em prejuízo do código lícito/ilícito.

Assegurar a autorreferência do sistema jurídico, entretanto, não afasta os problemas particulares da sociedade brasileira, na qual, por questões sociais, uns são inviabilizados no papel de sujeitos de direito ou na qual, por corrupção, o direito abandona os critérios próprios de decisão em favor de benefícios pessoais de quem ocupa papéis jurídicos com alta relevância social e econômica. A autorreferência, nos estritos limites da proposta deste trabalho, permite veicular um padrão de decidir que pode ser exigido por aqueles que aguardam uma resposta do sistema jurídico.

Pode-se indagar de que serviria uma teoria dogmática que não oferece segurança jurídica para dizer quem tem direito. A resposta se encontra na ideia de conflito e imunidade. O pressuposto metodológico para uso da prova ilícita afirma que a resposta a ser dada visa a garantir a harmonia entre as estruturas do sistema jurídico e o seu ambiente. As respostas jurídicas podem não ser bem recebidas pelo ambiente, mas, ao tempo em que isso gera conflito, o modo pelo qual foi produzida a resposta promete imunidade ao sistema jurídico, para que novas expectativas sejam formadas.<sup>7</sup>

Nesse raciocínio, a abordagem pragmatista da dogmática ressalta que, ao lado do diálogo natural de teses e impugnações dentro do processo, há uma discussão sobre a legitimidade de quem vai dar a decisão final — ou seja, corre em paralelo uma discussão sobre o relato das normas e sobre o cometimento e grau de vinculação da decisão aos destinatários. Todos, nesse triângulo — forjado entre partes e editor normativo —, empenham-se em se comunicar por meio dos seus diversos papéis sociais. Em termos acadêmicos, para quem adota o referencial sistêmico, não há como defender que uma tese dogmática é mais verdadeira do que outra; e sim que ela é apta para gerar legitimamente recursividade, generalizando expectativas.

---

<sup>7</sup> O conflito é um sistema social parasitário, que se aproveita das contradições da comunicação. E o sistema, onde ele está albergado, deve tolerá-lo até certos limites, pois ele serve de imunidade, a fim de que o sistema possa reaprender com suas respostas. CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glossario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Mexico: universidad iberoamericana, 1996, p. 49-50.

Não há, dessa forma, relação sujeito e objeto com suas propriedades pré-determinadas, mas uma circularidade reflexiva que não se fecha para teorias; e aceita a comunicação como algo transversal, que envolve teoria social, linguagem e direito — numa palavra, comunicativação.<sup>8</sup>

A dogmática jurídica é um conjunto de soluções cujos pontos de partida são indiscutíveis. Porém, uma visão pragmática dela, que inclua a interação entre sujeitos e norma, denota uma validade precária, no sentido de que não é linear, mas circular, por ter como fundamento último uma premissa criada pelo próprio direito, no seu espaço de autonomia. O termo "circular", usado mais de uma vez, afirma uma racionalidade em que a legitimidade do discurso dogmático se apoia numa fundamentação discursiva calibrada por ideologias, entretanto sempre aberta a respostas possíveis. É um jogo sem fim e, portanto, circular.<sup>9</sup>

Em temas como a prova ilícita, o elevado nível de desentendimento dos falantes conduzem os oradores a indagações a respeito das ideias primeiras do ordenamento, sendo, então, importante, que a autonomia do procedimento seja demarcada como trincheira da autopoiese do discurso jurídico — mais tarde, tal conceito será aprofundado.

A versão pragmática da norma permite entender que, numa relação jurídica, os falantes nem sempre discutem o conteúdo da citada norma, mas também a autoridade de quem fala (cometimento, num ambiente de heterologia). No nível do relato, de discussão do conteúdo da norma, temos um discurso contra, marcado pela persuasão (heterológico) e que, pelo princípio da interação, quem resolve falar se submete ao ônus da prova (dialógico). Contudo, no cometimento, a discussão pode evoluir do dialógico para o monológico, em que a autoridade é suspensa para que a força seja imposta. Perceba-se que o questionamento, quanto ao nível de vinculação, pode ser feito acerca de qual norma dá autoridade à norma questionada (cometimento), mas também acerca da legitimidade do editor normativo (imperatividade). Esse último questionamento é muito mais complexo do que no cometimento. Neste se pergunta “tem, com efeito, autoridade a norma X? Quem lhe deu autoridade?” Naquele, a pergunta de cunho eminentemente filosófico se insculpe sob a indagação “esse ordenamento pode me vincular?” Há níveis de tolerância a respeito da última objeção, cujo limite é a imposição do decidido, sem se encerrar a possibilidade de ser de outro modo.

---

<sup>8</sup> A comunicativação é um aporte teórico e metodológico de pesquisa com e sobre decisão jurídica que se pauta pela transversalidade da teoria dos sistemas com Niklas Luhmann (STAMFORD DA SILVA, 2007, p. 303-346), da linguística com Luiz Antônio Marcuschi e Dominique Maingueneau (STAMFORD DA SILVA, 2010, p. 121-150) e da sociologia, como a etnometodologia (STAMFORD DA SILVA, 2012a, p. 267-316; 2012b, p. 29-58).” SILVA, Artur Stamford da. O sistema jurídico aprende. A comunicativação aplicada ao princípio da insignificância no direito. **Revista de direito Mackenzie**. V. 14, n. 3, 2020, p. 1-32. <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v14n314112>. Acesso em: 23/02/2021

<sup>9</sup> FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: forense, 1997, p. 161-181.

O questionamento sobre a imperatividade da norma marca a dúvida acerca da estrutura que organiza e possibilita o discurso. Por isso se diz que o editor-normativo tem sua autoridade meta-complementar vulnerada.<sup>10</sup>

É o estado da arte em que se encontra o tema da prova ilícita, quando o resultado do discurso gera elevados protestos por quem ficou insatisfeito: “pode o ordenamento me vincular?”. Não obstante a impossibilidade de se impor um critério último de legitimidade, propõe-se que as possíveis decisões sejam legitimadas pela referência de que o decidido siga determinado procedimento.

A dogmática pode ser vista pelo ângulo do seu conteúdo sintático, resolvido na ordem da linguagem; semântico, em que se investiga o paralelo norma e realidade; e o pragmático, em que se discute a ação e reação de cada orador em razão de determinado objeto (questão) e em face de um terceiro, o qual funciona como editor normativo.

Ainda sim, a relação jurídica pode ser vista como uma troca de papéis sob o ônus da argumentação, numa linha horizontal, assim como, numa linha vertical, na relação sujeito e autoridade. Uma mesma pessoa pode desempenhar diferentes papéis. Por exemplo: a proibição de produzir determinada prova impõe o ônus de argumentar por parte de quem quer produzi-la, mas, a depender da argumentação, a relação meta-complementar autoridade e sujeito pode se alterar e, por conseguinte, o papel de autoridade ser redirecionado, causando surpresa contra quem não tem mais faculdade de argumentar.<sup>11</sup> Uma pessoa que tem seu papel alterado a contragosto, de fato, pode questionar a autoridade. As diferentes inversões de papéis contra quem deve ocupar o papel de subordinado na relação de autoridade leva a discutir sobre a legitimidade de quem ordena. Nesse ponto, acabou-se a heterologia e não há mais a qualificação do outro como sujeito com aptidão de influir no discurso.

O questionamento da legitimidade não pode ser "ad infinitum", uma vez anularia a própria legalidade. O limite é a calibragem dada por uma relação imperativa entre normas, ou, num melhor sentido, a autoridade de uma norma confirma a outra, informando que a ordem questionada deve ser cumprida e ponto.

O informe em jogo é um estado comportamental de natureza ideológica, que ordena um conjunto de valores para determinada situação. Chega-se ao cume de questionamentos em que, ou a ordem é cumprida, ou o próprio sistema tem sua autoridade banalizada. Nesse quadro, a observância de ritos (analogia) e palavras (digital) se impõe, garantindo-se uma metacomunicação. As infinitas possibilidades em que esse jogo pode ser alinhado afasta, por conseguinte, a ideia de

---

<sup>10</sup> FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: forense, 1997, p. 35-47.

<sup>11</sup> FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: forense, 1997, p. 84-85.

causalidade linear do fundamento das normas. Como exemplo, a relativização da proibição do uso da prova ilícita pode encontrar esteio último numa norma legal ordinária, como a que privilegia a boa-fé de quem a produziu,<sup>12</sup> em vez da norma constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.<sup>13</sup> Portanto, existem "n" calibrações no sistema normativo, com várias normas-origens, fundando-se cadeias normativas independentes. Não obstante, a pergunta é como controlar essa imperatividade plural dentro de um único sistema?<sup>14</sup>

O discurso jurídico contém uma questão "certum" e um "dubium". A estrutura dialógica aponta que tudo pode ser questionado, contanto que fundamentadamente, mas a efetividade do direito requer um "certum" quando a relação discursiva deixa de ser horizontal e passa a ser a relação sujeito/autoridade (monológica), a partir da imposição de norma de autoridade que era originariamente estranha à contenda.<sup>15</sup> É claro que essa autoridade pode ser questionada, mas, em alguma ordem das impugnações, ela cessa à mercê da sobrevivência do sistema.

Essa visão pragmática permite enxergar a dogmática do direito como passível de situações virtualmente contrárias, uma contra a outra, ao tratar do tema da prova ilícita, justamente porque as reflexões ideológicas de política-criminal, em torno da efetividade e das garantias do processo, são eloquentemente divergentes.

A segurança jurídica vai estar em, havendo decisão procedimentalmente legítima, o resultado estar apto a gerar recursividade, realinhando os pontos de chegada da calibragem do sistema, numa harmonia momentânea.

A importância dos pressupostos metodológicos de argumentação para aplicar a prova ilícita é, para além de evitar uma decisão com a pecha de "subjetiva", garantir que ela tenha sido proferida com base em critérios submetidos à recursividade dentro do sistema do direito.

Como seriam formados esses critérios jurídicos? Um entendimento profícuo acerca da recursividade de normas é dependente de uma revisão de conceitos operacionais dos sistemas, como decisão, programa e organização.

## 2.2 Sistema jurídico versus realidade: como funciona um sistema imperfeito

As sociedades no curso do século XIX criaram diferentes formas de produção de bens — saber, coisas e serviços — e diferentes modos de relacionar essa produção. Compreender a sociedade como sistema dentro do qual há diferentes subsistemas é organizar do ponto de vista

---

<sup>12</sup> Art. 113, §1º, III, c/c art. 183, CC.

<sup>13</sup> Art. 5º. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

<sup>14</sup> FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: forense, 1997, p. 161-181.

<sup>15</sup> FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: forense, 1997, p. 161-181.

teórico as diversas atividades sociais de acordo a com a função que exercem na comunicação entre os referidos subsistemas.<sup>16</sup>

Afinal, o que é a sociedade? É a comunicação pela forma de sentido. Pessoas agem como sistemas psíquicos que, por meio do pensamento, transmitem sentido, o qual, por sua vez, é absorvido pelo sistemas sociais mediante comunicação, que atuam também mediante sentido captado pela linguagem. Entre os sistemas psíquicos e sociais, há acoplamento estruturais que ligam os dois, como pontes que carregam insatisfações e trazem respostas.<sup>17</sup> As pessoas fazem parte do ambiente externo e comunicativo da sociedade. Não há comunicação direta entre pessoa e sociedade, mas esta reconstrói o sentido dos sistemas psíquicos com esteio numa leitura própria, autônoma e interna através da linguagem. Eis um ponto que deve ser fixado: a comunicação não ocorre com a transferência da informação de um orador para outro, mas com a leitura interna que cada sistema faz em face da provocação do interlocutor que lhe dirige a mensagem.<sup>18</sup>

A autonomia das funções se infere do modo particular por que os sistemas leem os problemas ou irritações que lhe chegam através de acoplamentos estruturais. A leitura se faz com base em códigos binários, que procuram estabelecer respostas generalizadas com o uso de meios simbólicos. O direito, em particular, ao dar respostas ampliáveis para toda a sociedade, visa a assegurar expectativas normativas, consistentes em pretensões de respostas esperadas quando surge problema qualificado como jurídico. Eis a redução de complexidade que se espera do direito: a segurança jurídica, visto que, entre tantas opções, sabe-se de antemão qual a resposta jurídica acerca de determinado problema.

Por suposto, podem surgir problemas novos ou pode haver uma nova leitura dos mesmos problemas, por isso são importantes os conceitos de autopoiese e diferenciação funcional. Se o direito lê o ambiente com esteio em critérios próprios, é dado que as respostas apresentem variação e que as expectativas sejam reorganizadas. Mas o essencial é que exista a autorreferência do sistema, para selecionar o que lhe convém dentro da complexidade interna do processamento do que observa. A forma autônoma de produzir (autopoiese) resulta na diferenciação funcional. O fechamento operacional, como recusa de aceitar pretensões externas por respostas, é a outra moeda da diferenciação funcional. Por isso se diz que a melhor maneira de representar essa forma de agir é a circularidade, porque a relação causal de decisões deve começar e terminar dentro do próprio

---

<sup>16</sup> TONET, Fernando e SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de. **Revista direito Mackenzie**. V. 14, n. 3, p. 1-22, 2020, ISSN 2317-2622. <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v14n314113>, acesso em: 23/02/2021.

<sup>17</sup> Acoplamento estrutural são estruturas físicas que captam irritações e estímulos do entorno e levam aos sistemas. A unidade dos sistemas funcionais só é possível com as ligações promovidas pelos acoplamentos estruturais. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: herder, 2006, p. 75-76 e 617.

<sup>18</sup> TONET, Fernando e SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de. **Revista direito Mackenzie**. V. 14, n. 3, p. 1-22, 2020, ISSN 2317-2622. <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v14n314113>, acesso em: 23/02/2021.

sistema: os padrões de exclusão e de aceitação de “pedidos” de mudança oriundos do ambiente são feitos no interior do sistema-

O programa garante que a variação de resposta se dê de acordo com as regras do jogo criadas, vale repisar, pelo sistema. O vínculo de confiança que a autopoiese propicia permite a redução de complexidade da dupla contingência. Para melhor entender o referido vínculo, veja-se o exemplo. Numa hipótese de diálogo entre A e B, B tem uma expectativa sobre a fala de A e este, por sua vez, tem expectativa sobre as respostas que serão emitidas por B, todavia a reflexividade sobre a variação de respostas é diminuída ante a probabilidade de serem emitidas respostas que já pertencem à memória dos sistemas, a título de uma situação já vivenciada.<sup>19</sup>

É natural pensar que o funcionamento sistêmico tem muito pouco a se aproveitar, em cotejo com as vicissitudes da realidade. Que sistema de comunicação rodaria com plena autopoiese? Ocorre que, mesmo que o primado da diferenciação funcional não se perfaça completamente — incompletude em que se encontra o sistema brasileiro a olhos vistos —, o uso da comunicação para compreender a sociedade oferece leque de possibilidades analíticas consideráveis sem alocação de ideias metafísicas.

Ao olhar o sistema jurídico brasileiro, com várias consolidações e retrocessos procedimentais, a contingência do que pode ser de outro modo assegura uma análise que abrange o modelo de racionalidade e aquilo que funciona circunstancialmente em singular contexto histórico-dinâmico.<sup>20</sup>

De acordo com a exposição em comento, os sistemas sociais não são formados por seres humanos, mas por comunicação que opera distinções de sentidos a partir de leitura própria acerca do seu entorno. A comunicação é uma operação social.

Teorias voltadas para o indivíduo, como a teoria da ação, trabalham com conceitos "a priori" para justificar como o indivíduo se conecta com o mundo. Ao contrário, a teoria da comunicação de Luhmann reconhece que a intersubjetividade é contingente e resultado da própria comunicação, assim como a noção de tempo passado, presente e futuro. A importância do homem é enquanto ente social que se comunica. Por outro lado, as estruturas também não pré-determinam a comunicação; elas são resultado da comunicação, que se faz com a autopoiese.<sup>21</sup>

A sociedade é um sistema autopoietico diferenciado do ambiente. Tem abertura e fechamento seletivos, na medida em que a comunicação se constitui internamente, a partir da leitura

<sup>19</sup> TONET, Fernando e SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de. **Revista direito Mackenzie**. V. 14, n. 3, p. 1-22, 2020, ISSN 2317-2622. <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v14n314113>, acesso em: 23/02/2021.

<sup>20</sup> TONET, Fernando e SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de. **Revista direito Mackenzie**. V. 14, n. 3, p. 1-22, 2020, ISSN 2317-2622. <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v14n314113>, acesso em: 23/02/2021.

<sup>21</sup> JOAS, Hans e KNÖBIL, Wolfgang. **Teoria social**. Vinte lições introdutórias. Petrópolis: vozes, 2017, p. 275-306.

do ambiente com base no código binário de cada subsistema. Sistema psíquico e social se comunicam a partir do sentido, em que a linguagem serve como acoplamento estrutural e veículo condutor das distinções simbólicas mencionadas no mundo.<sup>22</sup> Logo se vê que, em vez de sujeito, há estruturas funcionais diferenciadas, autoconstituídas pelo próprio sistema. Não se cai, portanto, no reducionismo estruturalista da década de 70, em que as estruturas exerceriam influência quase determinante sobre a sociedade. A estrutura é o ápice seletivo das escolhas dos sistemas, em busca de estabilização.

O pensamento sistêmico, com efeito, é demasiado abstrato, porque ele se aplica à sociedade mundial, independente das matizes culturais, mas ele não abre mão da compreensão das estruturas locais para compreender como, de fato, funciona a comunicação.<sup>23</sup>

Pensando o problema a que se propôs esta tese, ou seja, de como o direito analisa as exigências contrafactuais, a fim de que a prova ilícita seja admitida, ora para beneficiar o réu, ora para assegurar eficiência punitiva ao sistema de persecução criminal, é importante destacar a peculiaridade do sistema criminal brasileiro, em especial, como as adjacências do direito nacional demarcam o modo de o sistema jurídico responder às irritações do seu ambiente.

Nesse sentido, Teubner presta bem-vinda colaboração quando assevera que, num nível mundial da modernidade, o direito é um sistema de sentido de segundo grau por atuar no seio da sociedade. Com maior razão, a autonomia do direito é afirmada com a produção do ato jurídico e de seus próprios institutos. A autopoiese seria um conceito complexo, o qual envolveria a autoconstituição dos elementos e o relacionamento dos elementos criados. Obviamente, a depender do estado cultural, esse relacionamento, chamado hiperciclo pelo autor, pode apresentar maior ou menor nível de autonomia.<sup>24</sup> Dessa forma, pode-se sintetizar que a observação do direito pelas mãos de critérios próprios e autônomos, em face dos problemas que lhe vêm em irritações, é o paradigma de funcionamento de qualquer sistema social, mesmo que o direito, vez ou outra, em determinada sociedade seja cooptado por outros sistemas de comunicação, como evento demarcado pelo espaço e tempo.

A história e a compreensão dos sistemas, portanto, não se excluem. Os processos históricos demarcam os modos de afetos do ser humano, criando total dependência acerca da forma pela qual

---

<sup>22</sup> Uma ótima forma de compreender a relação entre o sistema psíquico e o social é a partir do amor. Este pode ser entendido como um sentimento pelo sistema psíquico, mas, para o sistema social, há uma seleção com base em códigos generalizados, como aceitá-lo num ato de compreensão recíproca, de paixão fulminante etc. CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glossario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Mexico: universidad iberoamericana, 1996, p. 21-23.

<sup>23</sup> SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmann**. Rio de Janeiro: vozes, 2016, p. 99-106.

<sup>24</sup> TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 74-78. O hiperciclo representaria o último grau de autonomia da autopoiese, em que o direito tem a possibilidade de se diferenciar do ambiente.

se comunicam.<sup>25</sup> É a história que, por atalho, colore o processo de formação da diferenciação funcional dos sistemas com avanços e retrocessos.

Numa lente de menor escala, ao ver como operam os tribunais, conceitos como programa, redes de informação, zonas de inclusão e exclusão, centro e periferia, ilustram que o fluxo de comunicação apresenta atalhos extrassistêmicos como sinais de vulnerabilidade do funcionamento da máquina não-trivial onde se encaixa o sistema jurídico.

Um maior aprofundamento do modo por que atua o direito impõe primeiramente refletir sobre os conceitos em comento, segundo a realidade brasileira.

### 2.3 Decisão e sistemas: os limites de uma teoria dogmática

A abordagem continuada dos conceitos fundamentais dos sistemas será feita com base nos autores que estudaram a cibernética e com base no arcabouço teórico posteriormente desenvolvido nos idos de 1960. A exposição será do geral para o particular. Primeiro, será indicado como funciona o sistema; como funcionam as organizações; e como o direito se encontra nesse arquétipo teórico. O tratamento da prova ilícita pelos tribunais é uma clarividência de que as respostas jurídicas às exigências do entorno são incompletas, gerando novas complexidades.

O problema enfrentado ao longo da investigação salienta que a indiferença do direito para tratar de problemas que lhe concerne acarreta elevada instabilidade ao sistema jurídico. A aparente invisibilidade do objeto, constituída por essa indiferença, não significa que o sistema deixe de oferecer respostas, como se fosse um lógica de sujeito e objeto, em que só há comunicação com a transmissão expressa da informação de um ao outro, mas a indiferença do direito resulta na aplicação de soluções estranhas ao programa jurídico, acarretando insegurança em termos de previsibilidade esperada pelos destinatários da decisão.

Em outras palavras, o silêncio sistêmico é uma resposta, porque absolutamente qualquer sentido de distinguir é uma comunicação feita dentro do sistema. Não existe a ideia de linearidade de causa e efeito, ao invés disso há causalidade circular, cujo nível de possibilidade admite o terceiro excluído.<sup>26</sup> À lógica do “sim” e do “não” é acrescida a do “depende”, eis que tudo é comunicação e passa por uma distinção do observador. A ontologia cibernética se mostra importante por se preocupar com o que não aparece na ontologia tradicional. As categorias

---

<sup>25</sup> ELIAS, Norbert. *The Civilizing Process. evolução e costumes*. New Jersey: Wiley-Blackwell, 2000, p. 363-447.

<sup>26</sup> A causalidade circular foi uma ideia lançada em cerca de 1975, 20 anos após a “Macy Conference” ter terminado, dando origem à cibernética em segunda ordem. A “Macy Conference” foi uma série de simpósios, de caráter interdisciplinar, que fundou a filosofia cibernética. Cf em CLARKE, Bruce. Heinz von Foerster and Niklas LUHMANN, *The Cybernetic of social systems theory*. *Cybernetics and human knowing*, vol. 18, ns 3-4, p. 95-99, sem ano.

estanques de sujeito e objeto são diluídas na assertiva de que , repita-se, tudo é uma observação e um distinguir; o próprio observador está em observação, eis um axioma da filosofia dos sistemas.<sup>27</sup>

O nome cibernética — arte do piloto — denota que a comunicação é contínua e governa a interação entre os sistemas e ambiente. Entre o previsível (“order-from-order”) e o imprevisível (“order-from-disorder”), há a “order-from-noise”, que perfila uma ordem comunicativa no aparente caos.<sup>28</sup>

Adaptando essa nova ontologia para o sistema jurídico, o trabalho de Luhmann destacou que o direito também pode ser estudado segundo o primado da diferenciação funcional entre sistema e ambiente. E mais: não há como conceber uma resposta do direito sem considerar o contexto onde ela é comunicada. Longe do completo relativismo, a auto-organização do direito atende padrões de “feedback” circular, recursividade e memória de respostas, nível limite de isolamento do ambiente sem que o sistema apresente entropia autodestrutiva etc. , assim como se verificam em outros sistemas.<sup>29</sup>

Eis que, então, essa concepção de racionalidade não procura propriedades na coisa observada, mas estuda as consequências do problema a partir das referências sistêmicas de quem observa. Por isso, a hipótese deste trabalho tem o cuidado de não oferecer uma solução (fantasiosa), mas, dentro do paradigma sistêmico do direito, sugerir que a solução encaminhada obedeça pressupostos metodológicos de legitimidade, sem se imiscuir na autonomia do sistema jurídico pra dizer se deve ser de um sentido ou de outro.

Conforme se verá, com referências em nota de rodapé, o funcionamento sistêmico do direito se dá a partir do código legal/ilegal, manejado com base num procedimento de participação horizontal e imparcial, que privilegie o papel isonômico das partes, em respeito a uma decisão futura e de conteúdo indefinido. É o que se convencionou chamar processo justo e é uma aplicação material do processo refletido como sistema de comunicação.

Ora, a grosso modo, a proposta do trabalho é que a aplicação da prova ilícita tenha como pressuposto o exame do grau de prejuízo do direito material violado e ainda se examine se a finalidade político-criminal do processo foi atendida, quanto a ser um instrumento que iniba práticas estatais violadoras de direitos fundamentais. Esse pressuposto — fórmula argumentativa — incidiria independente do instituto aplicado para relativizar a proibição da prova ilícita, tampouco impediria a autonomia do direito para ler os casos concretos. Não há como tolher o

<sup>27</sup> VANDERSTRAETEN, Raf. Observing systems: a cybernetic perspective on system/environment relations. *Journal for the theory of social behavior* 31:3. Blackell publishers, 2011, p. 297-311.

<sup>28</sup> VALLEE, R. Systems science and cybernetics – Vol. III. **History of Cybernetics**. Ou ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de filosofía**. Bogotá: fondo de cultura económica, 1997, p.162: “la palabra significa precisamente arte del piloto, pero el norteamericano Wiener la usó para designar el estudio de los mensajes y particularmente de los mensajes que efectivamente ordenan, a los fines de construcción de las máquinas calculadoras.”

<sup>29</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistema giuridico e dogmatica giuridica**. Bologna: il Mulino, 1978, p. 105-124.

desenvolvimento do sistema, sempre em busca de inovações, sem obedecer a um padrão mínimo de entropia (troca de energia com resultado imprevisível).

A evolução do sistema não é compatível com o conceito de melhor ou pior, mas se dá com a estabilização entre as estruturas e o modo com que recebe influências externas. Depende de recursividade, entendida como um padrão de respostas em face de provocações apresentadas. Isso depende como o sistema seleciona as suas respostas para configuração das suas estruturas. Dar-se de acordo com a confirmação positiva ou negativa do que foi comunicado ou, como vimos, com a indiferença. Ao lado disso, continuamente o sistema produz complexidade ao formar elementos internos e se comunicar, sendo a variação de respostas a tradução de como sistema e ambiente se relacionam. Sem dúvida, a toda hora, há uma adaptação, com certo nível de desordem, conhecida como entropia.<sup>30</sup>

A diversidade de centros de comunicação causa fricções, mas também permite que o improvável se faça provável. A captação teórica dessa característica moderna é possível pelo MCSG — Meio de Comunicação Simbolicamente Generalizado —, cujo atributo de generalidade permite que a comunicação se faça sem se ater a todos os detalhes do comportamento dos comunicantes. O grau de confiança sobre o que seja lícito ou ilícito, p.ex., representa como o direito, fazendo uso da tópica e retórica, observa problemas morais e de outros matizes para indicar qual a solução de questões jurídicas, conquanto não se atenha a todos os detalhes da comunicação.<sup>31</sup>

Por consequência, a variação de respostas diminui com a absorção da complexidade externa,<sup>32</sup> mesmo que, a título de contrapartida, a leitura do entorno, revelado por MCSG, aumente a complexidade interna, uma vez que, ao redor do centro de recursivo de respostas, há zonas de conflito secundárias a respeito de como foi feita a resposta às irritações do ambiente.

A linguagem não é requisito imprescindível da comunicação, mas graças a ela há o aumento exponencial da sequência recursiva de sentidos. Os acoplamentos estruturais funcionam como campos de proximidade entre os sistemas, para que haja a leitura interna. Não existe seleção externa do sistema para o ambiente. O ambiente nunca influencia diretamente o sistema. Mas este lê o ambiente, a partir do acoplamento estrutural, que funciona como zonas históricas de transição entre os sistemas. Assim como MCSG, existem símbolos ordenadores da linguagem, como as pessoas

---

<sup>30</sup> Grau de incerteza das fontes de comunicação. WIENAR, Norbert. **The human use of human beings.** Cybernetic and society. Da capo press, capítulo I, Cybernetic in history. Versão eletrônica, p. 25.

<sup>31</sup> “Deste modo, a diferenciação da sociedade em sistemas sociais distintos convergiu com a égide dos meios de comunicação simbolicamente generalizados. Assim, a religião se diferenciou com o meio da fé, a política com o poder...” RODRIGUES, Léo Peixoto. **A sociologia de Niklas Luhmann.** Petrópolis: vozes, 2017, p. 105.

<sup>32</sup> “Assim, sinteticamente, a variação é produto da própria autopoiesis do sistema, e por isso pode se apresentar como autocontradição impressa na maneira dialética da comunicação, que expõe em cada momento a possibilidade da negação. Portanto, é a variação que modifica os elementos dos sistemas com as comunicações.” RODRIGUES, Léo Peixoto. **A sociologia de Niklas Luhmann.** Petrópolis: vozes, 2017, p. 132.

(pontos de convergência de expectativas comportamentais), papéis sociais (um aspecto associado ao comportamento de uma pessoa passa a ser considerado) e, num nível mais abstrato, programas, que funcionam como condições de validade de comportamentos.<sup>33</sup>

Essa troca ocasional de informações, como eventos que são, salienta a diferença entre fechamento operacional, isolamento causal e autopoiese. A reprodução autopoética opera com base em operações recursivas pretéritas, bem assim inovações, ou melhor, autodeterminação quanto às estruturas; ambas com base na observação do que ocorre no ambiente. Isto é fechamento operacional: o sistema seleciona a comunicação que deseja receber. Na prática, não há contato físico entre sistema e ambiente, porque toda seleção é uma leitura interna. Mas também não há isolamento causal, porque os sistemas precisam de intercâmbio com o mundo externo, para troca de energias, sob pena de morrerem sem entropia (sem troca de energia, a desordem é zero e significa a morte).<sup>34</sup>

Como se disse, a comunicação é facilitada por símbolos generalizados. Por haver uma carga semântica com o uso desses símbolos, eles geram expectativas normativas contrafáticas. Estas são independentes de os eventos da ocasião ocorrerem. Elas absorvem incertezas e compensam o desnível entre um sistema e o respectivo ambiente. As expectativas normativas se impõem sobre as frustrações, porque as normas são válidas e sobrevivem ao evento de insucesso, ao passo que as expectativas cognitivas, mais tarde discutidas, reaprendem com as frustrações, podendo ser reorientadas.

O diferencial entre expectativas é adequá-las ao tipo de sistema. Num sistema cognitivo, se as respostas são diferentes do esperado, há uma reorientação do aprendizado; as irritações por expectativas frustradas levam a uma modificação de estrutura. Nos sistemas normativos, em outro tempo, a resposta é com a negativa de validade à expectativa não conforme e, desse modo, dando validade à expectativa normativa contrafática..<sup>35</sup>

Os MCSG são importantes elos entre os sistemas sociais e sistemas psíquicos e permitem que as pessoas dialoguem e tenha confiança a respeito de quais comportamentos futuros podem ocorrer. Conforme já visto, as expectativas são reflexivas, porque as comunicações, antes de serem feitas, procuram prever quais são as expectativas que se têm sobre as expectativas de quem vai ouvir o orador. Notoriamente, a reflexividade é possível por haver códigos semânticos generalizados compartilhados, cuja existência depende de o sistema social a toda hora estar comunicando-se com os demais sistemas, inclusive psíquico.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: herder, 2006, p. 157-176.

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: herder, 2006, p. 66-88.

<sup>35</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1985, p. 26-52 e p. 166-177.

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: herder, 2006, p. 245-324.

As expectativas, desse modo, são uma forma de sentido, porque elas selecionam um conjunto de possibilidades dentre outras. Mas isso não elimina a liberdade de resposta. A comunicação envolve a dupla contingência, na medida em que cada sistema tem uma cota de funcionamento insuscetível de previsões. E como ocorre a comunicação? Porque os sistemas psíquicos se vinculam a uma ordem social, a qual, por sua vez, indica formas de sentido consolidadas por resultados recursivos, dando uma certa estabilidade na comunicação, sem eliminar rupturas em favor de novos conteúdos semânticos.<sup>37</sup>

Em outras palavras, a relação entre comunicação e consciência é operacionalizada por eventos, que funcionam como acoplamento estrutural, assegurado pelo "medium" linguagem condutor de sentidos. Os pensamentos e a comunicação do sistema social poderiam ser por outro meio, diferente da linguagem, mas esta, com efeito, serve de acoplamento para uma seleção complexa, com diferentes sentidos em potência. Um exemplo didático é que, a partir da linguagem oral, sentidos de comportamentos (análogos) puderam ser traduzidos em expressões verbais. É importante frisar que não existe unidade de sistema psíquico-social, todavia um compartilhamento de sentido entre pensamento e comunicação. E esse compartilhamento é sobre coisas passadas, refletidas no pensamento, como também sobre o futuro, quando há percepções ou premonições.<sup>38</sup>

As estruturas dos sistemas, sob o aspecto temporal, são formas de sentido que unem passado e futuro, sob a linha de uma mesma recursividade. Ou seja, a expectativa é a antecipação de formas de sentido. Daí a importância do presente como evento, porque pode advir a continuidade ou a ruptura de forma, em que o futuro dependerá da construção de um novo passado. Por isso que o tempo para Luhmann é a observação da realidade, tendo em vista a diferença entre passado e futuro. O presente, portanto, não abdica da relação entre sistema psíquico e o social. O presente tem o potencial de construir as dimensões constitutivas do mundo.<sup>39</sup>

Perceba-se que o caráter ambivalente do evento se conecta com a função das estruturas e do elemento no sistema. Aquelas representam uma sequência de elementos, responsável por dar estabilidade à comunicação. Por outro lado, os elementos indicam as constantes observações sistêmicas em face do meio. Ambos condicionam a autopoiese, mas são as estruturas que perenizam o sistema, dando-lhe identidade e diferença, ou melhor, autorreferência e heterorreferência. Com base na autopoiese, o sistema pode inovar e assumir elementos que outrora negara, porém isso será uma operação interna, "re-entry", com o "medium" sentido.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: herder, 2006, p. 245-324.

<sup>38</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: herder, 2006, p. 245-324.

<sup>39</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: herder, 2006, p. 790-804.

<sup>40</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: herder, 2006, p. 393-398.

Ao lado da linguagem, como uma relação metacomplementar, ainda se têm os meios de difusão, como a mídia televisiva, os quais permitem que a comunicação alcance um grande número de destinatários, permitindo novas diferenciações dos sistemas sociais, criando-se, outrossim, novas zonas de exclusão, em que parte das operações dos sistemas é subjugada pelos meios de difusão. Então, em temas polêmicos como a prova ilícita, é importante entender a relação entre o direito e os principais meios de sentido, como a linguagem e a mídia, por ser tratar de um tema com ampla repercussão nos sistemas de comunicação. Se agora se aprofunda a relação direito e linguagem, no próximo capítulo será feita a relação direito e mídia.

A comunicação é uma síntese de três seleções: comportamento comunicativo, informação e compreensão. Esta é a diferença entre o comportamento comunicativo e a informação. O comportamento já é uma seleção do sistema, que observa e destaca manifestações sociais como uma autodescrição social. A informação, por fim, denota a novidade que o sistema destinatário observou; é tanto que uma informação velha, que produz memória, perde seu valor informativo. Logo, a comunicação depende da dupla seleção e da contingência. Ela não é a transferência singela de informação de um comunicador para o outro. Mas é a seleção que dois ou mais comunicadores (sistemas psíquicos) fazem.<sup>41</sup> Analiticamente, há a decisão a respeito da informação; decisão sobre a escolha do comportamento e, por último, a decisão sobre a diferença entre os dois primeiros, formando a compreensão como ato do destinatário. Aqui, é que se faz o comportamento comunicativo, que é diferente da informação comunicada. Mas a aceitação ou rejeição da comunicação é uma outra comunicação, inaugurando um novo elo recursivo, eis que um sistema não depende do outro para sua autoprodução; tudo é um processo interno a partir da observação do meio ambiente. O "re-entry" é uma observação de segunda ordem sobre os sentidos primariamente observados pelo sistema. É como se houvesse um subsetor sistêmico para refletir a respeito das observações que o sistema faz ou se o sistema criasse entornos e microsistemas dentro de si para melhor entender a sua autopoiese.<sup>42</sup>

O mundo, por conseguinte, é uma possibilidade de como as coisas podem ser observadas. O sentido já é uma atualização dessas possibilidades, uma vez que há uma contingência nas combinações entre sistema, ambiente e mundo; em outra expressão, sentido é uma unidade indicada na diferença entre o real e possível e, logo, permite a complexidade do mundo, já que há sempre o elemento contingente. A recursividade de sentidos forma um background ("lebenswelt") que orienta

---

<sup>41</sup> A sociedade moderna é caracterizada pela busca constante do novo. Isso se mostra quando informações velhas, que já formaram o out put, são constantemente reinseridas, para promover distinções às vezes artificiais, in put, p.ex., o conceito de sociedade pós-moderna. Isso pode ser prejudicial ao sistema, já que ele reconstrói a realidade, a despeito da realidade ser tomada como pressuposto transcendental. LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: paulus, 2005, p. 42-48.

<sup>42</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: herder, 2006, p. 373-398 e 157-176.

as comunicações, tornando previsível o futuro, uma vez que este é apoiado no passado e o presente é uma reafirmação dos sentidos.<sup>43</sup>

Por isso é importante distinguir os acoplamentos estruturais dos operacionais. Os primeiros são responsáveis por formar estruturas recursivas que auto-organizam o sistema e permite a variação, num certo grau, dos elementos. Como dito, tanto no acoplamento estrutural e no operacional, há autopoiese, mas é na segunda modalidade que o sistema cumpre o papel de se determinar na indeterminação, com a capacidade de inovar-se. Tem-se uma abertura cognitiva para o meio, com seleção de estruturas e variação de elementos. O fechamento operacional é adrede determinado. Não se confunde com isolamento causa, já pincelado, em que o sistema deixa de ter intercâmbio com o meio ambiente., isolando-se, zerando o grau de variação e troca de energias e, por conseguinte, deixando de existir.

A diferenciação e a identidade do sistema só é possível se ele continuamente se referir a si mesmo tanto na rede de estrutura quanto de elementos, eis que se trata de autoafirmar-se, a par de se distinguir do ambiente. A distinção leva a reconhecer a forma de sentido, a qual se torna base de outras operações dentro do sistema, aumentando a complexidade interna. A forma, em suma, é uma distinção como diferença entre o que está dentro e fora do sistema, ainda que seja confidencial.<sup>44</sup>

O único “a priori” possível é o de que toda observação depende do observador. A desconstrução não leva ao relativismo, mas a afirmar o limite de qualquer teoria na perspectiva de que o sistema sempre procura selecionar algo e posteriormente ter estabilidade. Mas ser estável para quem? Para o próprio sistema; eis o limite.

## 2.4 O funcionamento das organizações como operador intersistêmico de um programa decisional

As organizações é um fenômeno moderno do século XIX, pois se trata de um conjunto de pessoas que se distinguem do entorno por pertencerem a um grupo e por tomarem decisões que promovem distinções internas no sistema e, por conseguinte, produzem novas complexidades em face das primeiras observações dos sistemas; tudo o demais, como hierarquia, carreira dentro da organização e finalidades estatutárias, é ponto secundário para o propósito desta tese. É diferente das economias domésticas e das corporações medievais, cuja distinção estava fundada nas classes sociais.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: herder, 2006, p. 635-638. SCHUARTZ, Luis Fernando. O encantamento dos conceitos e a produtividade da contingência na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. **Norma, contingência e racionalidade**. São Paulo: renovar, 2005, p. 93-106.

<sup>44</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: herder, 2006, p. 471-489.

<sup>45</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010, p. 29-60.

A complexidade moderna mostra que os sistemas cresceram e passaram a ter elementos frouxamente articulados, ocasionando perturbações, isto é, variações indesejadas de respostas ao ambiente. Como observação interna e corretiva, o sistema cria mecanismos de resolução desses problemas. Um deles é o elemento de regulação, para melhor orientar os critérios de seleção sistêmico, cujo funcionamento, justifique-se, não é de todo esclarecido, já que em parte ele roda numa insondável caixa-preta.<sup>46</sup>

As organizações exatamente cumprem esse papel de regulação, modulando o fluxo de comunicação do sistema, ainda que, como se mostra mais adiante, com isso se gerem outros ruídos.<sup>47</sup>

Naturalmente, as organizações, alocadas dentro de sistemas sociais, são cargas simbólicas, já que não têm referência de carne e osso no mundo. Mas elas têm impacto prático, eis que atuam perante acoplamentos estruturais, como a linguagem, para observar o ambiente.

O conceito de organização pode ser formal, preso a uma função estática, e pode ser material, vinculado a uma motivação cuja fluidez pode resultar numa razão ocasionalmente contrária aos fins estatutários da própria organização. Modernamente, a utilidade nessa separação é verificar como a organização formal pode controlar a informal, com o fim de controlar quem e como é tomada a decisão.<sup>48</sup>

As infinitas possibilidades de interação dentro da organização faz superar a explicação segundo o olhar de uma racionalidade estanque, em benefício de uma paridade fundada na organização e no entorno, de feição muito mais dinâmica, em que toda observação é uma distinção. Sob esse viés, a organização sempre guarda uma caixa preta ("black box"), insuscetível de previsibilidade. Existe um "requisite variety" e "order from noise", para que o sistema possa produzir sua identidade e se distinguir do entorno, mesmo que este seja conflituoso. Aqui se aplica o preceito da primazia da diferenciação funcional, na qual a complexidade se produz dentro do próprio sistema, por meio da seleção e variação. De toda sorte, mais importante do que perguntar como é uma organização, é pensar como ela opera, realizando distinções em cima de distinções, assumindo uma complexidade fruto das observações de segunda e sucessivas ordens.<sup>49</sup>

A autopoieses de um protossistema organizacional, voltado a decidir, elimina incertezas ao observar, mas, paradoxalmente, gera incertezas internas. P.ex., o sistema jurídico diz que a prova é um conjunto de elementos que permite fazer afirmações relativas à responsabilidade pessoal, mas, numa reflexão sobre, distingue entre provas diretas e indiretas e, assim, a complexidade interna

---

<sup>46</sup> ASHBY, Ross. **Introdução à cibernética**. São Paulo: perspectiva, 1970, p. 2286-320.

<sup>47</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010, p. 29-60.

<sup>48</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010, p. 61-106.

<sup>49</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010, p. 153-184.

aumenta progressivamente. Por isso a autodescrição é policontextual. É uma unidade que opera na diferença.<sup>50</sup>

Consoante visto acima, quanto aos sistemas, as organizações também formam temas, verdadeiras memórias do sistema, operados pela recursividade de sentido das estruturas. Mas as funções renovam os elementos do sistema, sendo a unidade basal que permite a abertura seletiva e o fechamento operacional (estabilização). Assim, a comunicação preserva a sua potencialidade criativa, com rupturas ocasionais, oportunidade na qual o conteúdo semântico da estrutura pode ser renovado, em função de uma adaptação dos elementos do sistema ao entorno.

A adaptação ao ambiente, vale repisar, não se confunde com o melhor entrosamento ou com situação mais vantajosa. É o que é necessário para o sistema subsistir, dentro do processo evolutivo com uma entropia tolerável — por isso, é uma adaptação. A mudança de estruturas corresponde à evolução, que é uma variável cujo momento zero, de completa renovação, é imprevisível, quando nova seleção seria feita com a finalidade de garantir a estabilidade.

A imprevisibilidade fica evidente com os sistemas seletivamente fechados. Um sistema aberto é um rito de passagem, uma vez que não seleciona o que entra ou o que sai; todavia, um sistema operacionalmente fechado vive de acordo com a seleção do que entra, “in put”, e do que sai, “out put”; não há uma simetria entre a entrada e a saída.<sup>51</sup> A operação dentro do sistema se reveste de um quê de imprevisibilidade, para quem o observa. O nível de indeterminação aumenta, quando, em vez de se comparar como a comunicação operou dentro do sistema, coteja-se o funcionamento pretérito e presente da operação; comparam-se as respostas dadas ao entorno no passado e no presente. São duas variáveis — o que circulou no presente e como circulou no passado —, aumentando a imprevisibilidade, eis que a memória do que ocorreu também vai ser interpretada.<sup>52</sup>

É possível fazer um paralelo entre pessoa e organização, como, simetricamente, entre organização e sistema. A organização tem como nota a motivação para decidir dentro do sistema e é observada pelo sistema. A pessoa, pro outro lado, faz parte do ambiente, sendo um feixe de vários papéis sociais. O sistema psíquico e a organização se comunicam por meio de acoplamento estruturais, que incentivam a comunicação, como o meio linguagem. A organização, para cumprir suas estruturas e operações, também depende de memória e papéis, por meio das quais pode concatenar eventos com a pessoa, entendida como um símbolo com capacidade múltipla de linguagem e, desse modo, influir na comunicação do sistema.

---

<sup>50</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010, p. 153-184.

<sup>51</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. The history and status of general systems theory. **The academy of management journal**. Vol 15, nº 04, 1972, p. 407-426

<sup>52</sup> ASHBY, Ross. **Introdução à cibernética**. São Paulo: perspectiva, 1970, p. 100-137.

A individualidade de quem está dentro da organização apresenta nível de complexidade maior do que quem está fora. Ela é entendida como a diferença entre sistema, organização e ambiente. Eis, então, um paradoxo. Quanto maior o número de funcionalidades a que submetida a pessoa, mais esta se torna alvo das irritações sistêmicas. Daí a complexidade de se examinar os membros de tribunais, os quais, como se verá, estão submetidos a diversas irritações.<sup>53</sup>

Os MCSG, por meio da linguagem, ajudam a reduzir as múltiplas maneiras de se comunicar, de modo que os fins da comunicação são como se tivessem o mesmo sentido (equifinalidade). A motivação são formas de se comunicar, que se inserem nos programas decisoriais, cuja operação demarca confiança, competência e delegação atualizada no presente, mas trazendo o passado como meio de realizar o futuro.<sup>54</sup>

As organizações buscam a unidade, entendido como uma coordenação de comunicação e não como algo intersubjetivo. Há uma limitação de graus de liberdade, na medida em que a complexidade é reduzida. A liberdade, nesse passo, não é entendida em sentido metafísico, mas como a possibilidade de interpretar diferentemente os símbolos. Contudo, do mesmo jeito que há a “caixa-preta” nos sistemas, há o lado obscuro na comunicação das organizações. Então, mesmo num arquétipo perfeito de organização, a comunicação nem sempre atende expectativas normativas, implicando novas mudanças em nome da estabilidade.

A carreira que se dá dentro da organização é uma forma de se comunicar, mediante auto e heterosseleção, onde a integração ocorre por meio da diferença. A individualização ocorre quando a pessoa observa como é observada. O grau evolutivo da comunicação se realiza no contingente, em que posições como nascimento não devem ser determinantes.<sup>55</sup>

Como elementos que lhe dão primazia funcional, a organização tem o pertencimento de membros e um programa decisional. A decisão, inicialmente, não deixa de ter uma definição tautológica, como a escolha entre outras opções possíveis. Melhor análise, porém, identifica que a decisão é o encontro do improvável. Primeiro, a decisão mostra que o objeto da decisão é uma observação do próprio observador, haja vista que verdadeiramente sistema e ambiente não se interpenetram. Segundo, a observação é uma forma sempre sujeita a sucessivas re-análises, quanto a mostrar o que o primeiro observador não conseguiu ver. A distinção entre o que fora distinguido e o que não fora leva ao “re-entry”.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> A construção da individualidade sem um parâmetro faz com que os papéis sociais sejam mera cópia de referências do ambiente. Luhmann considera um problema da modernidade a individualidade exagerada, porque ela quebra o grau de confiança nas relações e cria um conceito de solidão dentro da comunidade. Cf. LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática**. Vol. I. Estrutura social e semântica. Petrópolis, RJ: vozes, 2010, p. 190-200.

<sup>54</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010, p. 299-324.

<sup>55</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010, p. 107-152.

<sup>56</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010, p. 299-324.

Cumprir destacar que os efeitos da decisão são o paradoxo de qualquer observação, cuja natureza é ser limitada a ver apenas um lado da forma. Toda inclusão leva a alguma forma de exclusão. A decisão, que é um evento, pode indicar preferências que repercutam, dando oportunidade para generalizar valores e conferir direção, fundamental para novas decisões. Isso demonstra que não existem valores "a priori".

O melhor modo de compreender o par conceitual "inclusão" e "exclusão" é aceitar o estranhamento da modernidade. Todas as pessoas são iguais e livres. Entendida a pessoa como um centro de múltiplas atividades comunicativas, a princípio, nenhum sistema exclui a pessoa de se comunicar, entretanto, organizações e o modo como, de fato, é feita a comunicação excluem-na na prática. Há uma distorção entre o mundo formal e material. Tal disparidade, no caso do programa decisório, observa-se quando uma decisão formalmente pertence ao sistema, mas ela inaugura uma nova cadeia decisória, a título de ser uma ruptura de paradigmas.<sup>57</sup> Isso é muito bem abordado na análise pragmática da norma, em que se analisa a interação entre os sujeitos comunicantes e o editor comunicativo e os níveis de questão "in dubium" ganham tal radicalidade que só a inauguração de um novo paradigma permite estabilizar as divergências, a despeito de este novo paradigma conviver dentro do sistema conflituosamente com o velho paradigma.

O aspecto contingente de quem decide, necessariamente limitado por sua visão de mundo, pode levar a questionamento sobre os programas finalísticos. Onde haveria a racionalidade como parâmetro de julgamento? Como dizer que alguém julgou contra o livre desenvolvimento da personalidade? Um tribunal deve decidir de acordo com a lei, de acordo com o interesse público, mas esse rito só se perfaz com recursividade — indicador de um marco de racionalidade. As crenças semânticas repousam num passado de sentidos usados com frequência, submetidos a paulatinas mudanças para construir o novo, excepcionando-se eventos revolucionários.

A busca de aceitação do que foi decidido se conquistaria procedimentalmente. É necessário seguir um rito que indique imparcialidade e compensações para justificar eventual inovação no conteúdo da decisão. O presente vive a dupla contingência, já que tem o problema de descrever o passado e o problema de projetar o futuro.

O sucesso comunicacional esconde o paradoxo de decidir: toda decisão resulta promover distinções e novas reflexões. Em momentos de ruptura, em que o futuro de mudança é desejado, fica mais evidente a continência das operações. A cultura organizacional é o pano de fundo para que as decisões sejam proferidas sem a necessidade de esgarçar as premissas recursivas fixadas no

---

<sup>57</sup> LUHMANN, Niklas. **Distinciones directrices**. Madrid: centro de investigaciones sociológicas, 2016, p. 27-48. Um característica da modernidade é que a exclusão material de um sistema não implica a inclusão em outro, de modo que locais com forte exclusão social e econômica provocam a invisibilidade das pessoas. CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glossario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Mexico: universidad iberoamericana, 1996, p. 94.

passado. É evidente o fato de que as organizações são protossistemas sociais, que consistem unicamente de decisões e que, num contexto comunicacional de regularidade, só se reproduzem mediante a reprodução de outras decisões.<sup>58</sup>

A explicação sistêmica das mudanças, que muito acalha para explicar o direito, é um modo diferente de interpretar as sociologias da primeira metade do século XX, apoiadas em condições estruturais para explicar o mundo, quando, na verdade, questionamentos estruturais implicam o desnudo do paradoxo de decidir; ato submetido à importância de quem decide, às suas atribuições e competências etc.

Assim como a recursividade traz estabilidade aos sistemas, a cultura organizacional assinala também estabilidade, como a reprodução de padrões sem necessidade de mudança. Com efeito, para organizações estáveis, fica menos claro onde está o quê subjetivo de decidir, em nome de um padrão observado de comportamento; obscurece-se o forte acoplamento estrutural com o sistemas psíquicos, de onde vêm as percepções imagéticas das irritações do mundo, como os jogos de interesses etc.<sup>59</sup>

A percepção do tempo da organização também se identifica com o sistema, quanto a sofrer a dupla contingência de passado e futuro. Todavia, é importante contrastar com base na função de decidir a diferença de tempo entre a organização e, no ambiente dela, o indivíduo. Naquela, a memória ocupa protagonismo para deixar o futuro previsível, eis que o presente só se transforma em crise quando o passado não causa mais repercussão no mundo. O presente é a chave entre o novo e o passado justamente porque decidir implica reafirmar a contradição na unidade, uma vez que decidir implica escolher um lado da forma. Quando o presente resolve olhar para o passado, com o fim de diminuir o risco de decidir por algo novo, é importante dizer que o passado também não é um dado; ao contrário, é uma construção que se dá no presente. Assim se vê que a indeterminação não é algo concernente ao entorno, mas ela se produz dentro do próprio sistema — constitui a autopoiese — e é apenas eliminada quando a decisão pressupõe recursividade, como sendo seu próprio objeto. Daí que a cultura organizacional tenha tarefa relevante para que os sistemas psíquicos não destoem do sistema social, para que os afetos não eliminem a memória da organização. A fenomenologia da escrita, para “perpetuar” sentidos, pode ser um ponto de apoio, mas também de transformação, caso mude a cultura organizacional.

O futuro, dentro da organização, pode ser visto como fim, entendido como aquilo que se quer e o que poderia ser de outro modo. O presente caracterizaria o primado do fático, em que se pode observar a produção de um passado comum, reforçando horizontes temporais ou a construção

---

<sup>58</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010, p. 260-298.

<sup>59</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: herder, 2010, p. 179-184.

de um novo fim, observando um novo horizonte temporal; ambos são apoiados pela construção do fato, seja recursivo, seja de um novo fim.

A decisão, quando pensada como algo novo, traz riscos, porque é pressuposto da forma de observação de qualquer decisão. É diferente do perigo, o qual é circunstancial e se relaciona com o cálculo de algo adverso em cada modo de eleger. O risco seria equivalente a uma forma de contingência. A decisão marca uma releitura do passado ou um novo futuro; e o quê de subjetividade marca o risco. Dada a decisão, só uma nova decisão pode abrir a contingência. Por isso esta pode ser lida como um "re-entry" da diferença entre passado e futuro, vivenciado no presente, para cálculos de uma forma; é a produção de certeza a partir de incerteza e que gera novas incertezas.

Não à toa as organizações tentam limitar os riscos. Um modo de medir a contingência é analisá-los segundo o programas em que se apoia a decisão; pode ser um programa condicional ou finalístico. No primeiro, a decisão se deixa delimitar por condições dispostas no passado, ao tempo que, no segundo, a decisão fixa um fim no futuro. Mas, em ambos casos, vive-se o paradoxo da unidade na diferença.

Uma decorrência natural é ver, tanto no programa condicional quanto no finalístico, o tempo e a sucessão de fatos como nexos causais entre o passado e o futuro, como se houvesse uma causalidade natural. Entretanto, nos termos já adiantados quanto aos sistemas, para o observador, o tempo é uma causalidade circular, na qual decidir implica diferenciar; uma resposta da organização, ao absorver incerteza, funciona como irritação para uma nova decisão (feedback), em que o "output" pode se transformar em "input". Há uma redução de complexidade com base na autorreferência da organização, a qual, ao se distinguir do ambiente, separa a própria referência da heterorreferência. Isso se dá porque os sistemas sociais são operacionalmente fechados, não havendo contato direto com o ambiente, diferente dos sistemas abertos; e eles só abrem seletivamente, para cumprir o respectivo programa.<sup>60</sup> No caso do direito, a existência de programas condicionais impõem a existência de sofisticado procedimento probatório para encontrar a hipótese condicionante do programa, sendo, portanto, comum que o resultado se legitime pelo respeito ao procedimento, a par de também depender de um programa finalístico, em que a discussão é apenas uma questão de direito, sem fatos.

Os programas de decisão geralmente combinam elementos condicionais e finalísticos, servindo de guia de orientação para a decisão ser proferida corretamente, indicando competências, prazos etc. Reitere-se que a tentativa de reduzir a complexidade gera um aumento interno de possibilidades, por meio de observações de segunda ordem e assim por diante. "Double Closure" se

---

<sup>60</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010, p. 300-313.

refere à possibilidade de alterar o programa decisional, denotando que o futuro guarda um quê de indeterminação, na medida em que o fechamento das estruturas do sistema, bem assim das operações, é algo operacional, submetido à abertura seletiva no processo decisório.<sup>61</sup>

Destaque-se que, quando os programas de decisão integram a cultura organizacional, viram premissas cuja aplicação ocorre tacitamente. Seriam, desse modo, premissas indecidíveis. A evolução de uma organização ocorre a partir do conflito entre organização formal e cultura vivida pelos membros. É normal a existência da caixa preta (para "máquinas não-triviais"), em que o "in put" não significa necessariamente o "out put", assim como o passado nem sempre pode prever o futuro.

As organizações devem contar com a "caixa preta", por isso devem ajustar o seu programa a ser, ora condicional, ora finalístico. No primeiro caso, o acento é posto no "in put"; no segundo, no "out put".

Se a relevância está no "in put", tudo que não está permitido, está proibido. Diferentemente, no "out put", tudo que não está proibido, está permitido. Uma organização deve visar ao equilíbrio entre os dois tipos de programa, dividindo as tarefas entre um futuro provável (finalístico) e aquilo que deve ser buscado como a essência do passado (condicional). Tal mecanismo de controle reside numa memória de segunda ordem, para que se destaquem as experiências que não podem ser olvidadas. A programação, nesse passo, integra o modo próprio de produção do sistema, em que o entorno é apenas observado, com a seleção do que convém.

Em resumo, a organização decorreu da complexidade da comunicação, cada vez mais plural e diferenciada funcionalmente, liberando espaços para ser de outro modo. Esse papel pode ser representado pela técnica, que tenta planificar a vida. Contudo, o controle não é absoluto. A comunicação precisa do contingente para se perfazer e, então, o elemento decisão tem sua importância. Quanto maior a diferenciação social da comunicação, maior a quantidade de organizações. Seria um erro achar que uma organização apenas poderia abranger toda complexidade. Na verdade, as organizações podem servir como acoplamento estrutural entre os sistemas, facilitando-lhes a integração, ora ocupando o centro de algum sistema, ora a periferia.

A diferenciação centro/periferia mostra uma maior difusão da comunicação a partir do centro, com o risco de, na periferia, haver a "desdiferenciação" com o ambiente. As organizações, nesse passo, apresentam diferentes graus de complexidade.<sup>62</sup> É uma estratégia argumentativa identificar o local da organização dentro do sistema, a fim de compreender como ela observa o entorno.

---

<sup>61</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010, p. 310-323.

<sup>62</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: herder, 2006, p. 525-537.

As organizações, por serem verdadeiros elementos de calibragem do sistema, sofrem forte concorrência de códigos sistêmicos independentes, mesmo que elas estejam alojadas num só sistema. Ao olhar o direito e o programa organizacional dos tribunais, é na atividade probatória onde se evidencia a referida concorrência de códigos, preenchendo espaços semânticos dos programas jurídicos, condicionais e finalísticos. Isso porque a atividade probatória é o acoplamento estrutural entre o direito e diversos outros sistemas, haja vista que nela meios de comunicação simbolicamente generalizados (MCSG) oriundos de diversos sistemas — como legítimo (moral), poder (político), ter (econômico) e pecado (religioso) — concorrem para passar pelo filtro do que é legal (direito). Nesse sentido, o direito admite todos os meios de prova possíveis, contanto que não sejam imorais ou ilegais, para buscar a verdade processual.

A busca de provas para fundamentar uma enunciação sobre o fato assinala a predominância de formas — um modo de compreensão de um problema, que se distingue de outro modo como poderia ser. Por natural, é na atividade probatória em que aparece a imperfeição da execução dos programas normativos, oportunidade em que nem sempre prevalecem os critérios dos sistemas.

Por outro lado, as fotos no curso do tempo acerca do modo de proceder sistêmico se constituem em ferramenta para entender como o centro e a periferia do sistema jurídico se relacionam, criando redes informais na periferia que, cedo ou tarde, têm de ser abordadas pelos tribunais que ocupam o centro do sistema jurídico. Um exemplo rotineiro é a produção probatória ilícita em investigações conduzidas em locais de elevado índice de criminalidade, como meio de enfrentar a debilidade estatal para esclarecer ou coibir crimes. Vez ou outra, essa atividade tem de ser discutida nos tribunais, dando visibilidade a algo que passava como desdiferenciado no seio da organização investigativa.

Na periferia do sistema, as categorias fundamentais da teoria sistêmica não apresentam um contorno tão evidente. Existem zonas de exclusão, em que decisões são resultado da prevalência de critérios extrassistêmicos, conquanto estejam inseridas dentro do sistema jurídico. As causas estariam fora da abordagem da dogmática jurídica, uma vez que seriam justificadas, p.ex., por momentos de exceção de elevada instabilidade política, pressão por eficiência contra um sistema débil ou outras condições singulares, que tornam as respostas do direito extremamente variadas para tratar de diferentes espécies de irritações. O efeito é a desestabilização de expectativas de comportamentos e de certezas, desconstruindo o espaço de liberdade que o direito promete.

Olhando o modo por que o direito observa o ambiente, no capítulo quarto desta tese, constatou-se que a equação de política-criminal composta pela efetividade do sistema criminal e pelas garantias de liberdade do acusado exerce grande retrospecto a respeito de como o direito hoje lê a aplicação das provas ilícitas. Atualmente, o crescente número de exceções à proibição da prova

ilícita se dá para assegurar que o processo penal ofereça resultados concretos de punibilidade contra aqueles que escondem provas e dificilmente seriam punidos.

Nessa senda, ordinariamente o emprego da prova aparentemente ilícita representa uma real ameaça aos direitos e garantias iluministas do cidadão contra os abusos do Estado. Sem objeto de uma reflexão madura, torna-se um espaço de decisões pouco justificadas e, então, apresenta-se um grave problema jurídico-social.

A investigação, ao limitar a escala de análise, concentra-se em entender como as questões de fato e de direito, voltadas à aplicação da prova ilícita, são recebidas pelos tribunais. A par disso, a ideia de justo título do fato jurídico propõe um método que prime por equilibrar eficiência punitiva e respeito a direitos de liberdade, no espaço argumentativo do processo.

Merece ser pontuado que questões de fato e de direito pertencem a uma só forma. O direito as distingue como técnica retórica de justificar uma decisão, mas, no contexto da descoberta, trata-se de um só caminho criativo para resolver o problema processual-punitivo.

Melhor aprofundado nos capítulos terceiro e quarto, investigou-se como a técnica de contar o fato pode salientar aspectos de licitude em detrimento da ilicitude, facilitando, por conseguinte, o uso da prova aparentemente ilícita, como se o programa decisional fosse executado sem maiores intercorrências. Vale o alerta de que, se os efeitos dos institutos jurídicos de exceção ao emprego da prova ilícita não forem objeto de estudo, dentro da balança eficiência e proteção de direitos, está constituído um espaço por antonomásia para o cometimento de abusos na arte de interpretar.

A hipótese do trabalho é que o tipo de direito material relacionado ao caso penal, bem assim a finalidade político-preventiva do processo contra abusos das ações estatais, apoiada na equiparação de oportunidades entre acusação e defesa, são os pontos de análise para inferir o justo título de um fato jurídico e admitir no processo a prova aparentemente ilícita, independente do instituto jurídico que venha a ser veiculado pela acusação ou defesa.

O processo, como lugar redutor de complexidade das teses opostas, é onde se faz presente o código legal/ilegal, MCSG. Entretanto, a aplicação do código depende do uso profilático de condutas que denotem a imparcialidade da sua aplicação. A hipótese da pesquisa surgiu do problema constatado com o levantamento de dados acerca da legalidade do cumprimento dos mandados de busca e apreensão e acerca do compartilhamento indevido de dados. Posteriormente, esses dados foram relidos, com base no arcabouço teórico da hipótese, desenvolvida com base em literatura e jurisprudência nacional e estrangeira.

Visa-se a superar o atual estado da arte, em que o tema da prova ilícita parece estar dominado por ideologias, rotuladas como teses de acusação ou de defesa, como fruto da hipertrofia de códigos sistêmicos, em que sistemas tentam se sobrepor aos demais. É usual que a economia e a

política, p.ex., tentem pautar a vida dos tribunais, em prejuízo do respeito ao procedimento jurídico como ponto de legitimação da decisão.

No tópico seguinte, mostrar-se-á que a hipótese do trabalho, ao sugerir a adoção de pressupostos metodológicos-argumentativos para uso da prova ilícita, funda-se na orientação contextual entre os sistemas para superar o atual estado de crise da comunicação

## 2.5 A orientação sistêmica contextual como superação da crise da comunicação jurídica

A orientação sistêmica contextual no direito pode ser compreendida, à guisa de solução operacional para os problemas decorrentes da abundância de heterorreferência, se houver uma revisão dos apanhados conceituais até agora desenvolvidos com aplicação ao sistema jurídico.

Já foi visto que o direito como subsistema da sociedade também opera a partir da comunicação. O ambiente do direito é a sociedade assim como os fenômenos extrassociais, tais quais, respectivamente, o indivíduo e as relações físicas e biológicas da natureza. O fechamento operacional do direito, a partir do qual produz operações recursivas, mediante a abertura cognitiva, vincula-se à sua função social de resolução específica e autônoma de problemas com esteio numa codificação binária que forneça um valor positivo (lícito) e negativo (ilícito) à conduta, em favor da justiça.<sup>63</sup>

O código binário garante-lhe unidade operativa, na medida em que processa expectativas normativas com o fim de dar estabilidade contrafática. O meio de funcionar do código binário ganha maior concretude com o programa de decisão (condicional e finalístico), já que este perfila os casos em que deve ocorrer abertura cognitiva do sistema e quando deve ocorrer fechamento operacional.

O direito opera sobretudo a partir de um programa condicional. Existindo determinada situação de fato, há incidência da norma, com a finalidade de assegurar as expectativas normativas contra os fatos pretéritos. O direito depende de um alto grau de imposição, para vincular uma dimensão temporal (sanção), procedimental (social) e condicional (dimensão material). As motivações do agente infrator ou de que pede o cumprimento da norma são irrelevantes para essa imposição.

A intervenção do direito nos demais sistemas se dá a partir de uma leitura do próprio direito em face da economia, moral etc. Como se sabe, a informação não passa diretamente da economia para o direito, mas cada sistema produz elementos com base na sua observação "personalíssima". A

---

<sup>63</sup> LUHMANN, Niklas. The operative closure of the legal system. **Law as a social system**. New York: Oxford university press, 2004, p. 76-14,1

compreensão do conteúdo comunicacional se faz com a diferença entre o comportamento comunicante e a informação.

Assim, o direito observa os fatos que lhe chegam, bem como as possibilidades normativas de aplicação ao caso. Conseqüentemente, ambos, após leitura inicial, serão objeto de leituras de segunda ordem promovida por órgãos setoriais do sistema.

Isso denota que a narrativa nunca é um dado pronto para o sistema jurídico, as inovações, a título de reconstruir o passado, ocorrem tanto ao nível dos fatos quanto das normas. A argumentação legal interessa apenas ao sistema jurídico por ser a ferramenta com a qual ele vai exteriorizar suas leituras. Como o sistema psíquico não pertence ao direito, não importa a motivação de quem argumenta, mas sim a observação feita, alinhada em razões segundo o sentido da distinção legal/ilegal. Nesse ponto, a retórica e a tópica pertencem todas ao programa de decisão (“self-observation”) da organização tribunal. As razões argumentativas são, na verdade, formas, ou, em outra expressão, distinção de sentido, que simplificam o modo de enxergar o problema.<sup>64</sup>

Não há uma separação artificial do direito com os demais subsistemas sociais. Ele, como meio de comunicação, está acoplado aos sistemas psíquicos dos homens, os quais, por sua vez, estão acoplados aos processo neurofisiológicos dos sistemas orgânicos que se reproduzem a partir da vida. Ou seja, o direito atua tanto no ambiente intra-social quanto extra-social, dando sentido internamente às irritações do ambiente, mediante o "medium" da linguagem.

A legitimidade do direito, por conseguinte, também deve ser buscada dentro do próprio direito.<sup>65</sup> E isso melhor se compreende ao analisar o modo por que se dá o fechamento operacional, o qual pressupõe que o ambiente aceitará decisões sem conteúdo definido dentro de uma margem realizável de expectativas. A âncora de segurança para estabilizar as expectativas passa pelo procedimento interno de seleção, independente de saber qual será a decisão futura. Como já cansativamente exposto nos tópicos anteriores, a estabilização contrafática de expectativas normativas se firmará pela confiança no cumprimento ritual de um procedimento que confira oportunidade de as partes interessadas participarem, mesmo que, no final, nem todos saiam satisfeitos.<sup>66</sup>

A diferenciação funcional como paradigma moderno atua como um modelo do qual países com sérios problemas de distribuição de renda estão distantes. Nesse sentido, o fechamento operacional e a abertura cognitiva, que caracterizam a autopoiese, nesses países, tendem a não funcionar inteiramente, de modo que a comunicação de um sistema pode estar subordinada ao

---

<sup>64</sup> LUHMANN, Niklas. Legal argumentation: an analysis of its form. **The Modern law review**. Vol. 58. May de, n° 03, p. 285- 298, 1995.

<sup>65</sup> VILLAS BOAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 154-176.

<sup>66</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980, p. 85-90.

código de comunicação de outro sistema. Ou, pior ainda, sofrer pura e simplesmente ações violentas que lhe subordinam o poder de observação aos ditames da força real ou financeira.

Ao observar o acoplamento estrutural presente em diversas atividades e organizações, vê-se que se apresentam sobre a influência híbrida de dois ou mais sistemas — p.ex., direito, política e economia, inseridos em secretarias econômicas alojadas no poder executivo. Nessa relação, há a presença da contingência e da alteridades, haja vista a impossibilidade de consenso e de um olhar holístico sobre determinado problema. Para esses casos, propõe-se uma auto-orientação reflexiva, buscada por cada sistema. Seria uma coordenação pragmática a respeito de zonas de mútua influência.<sup>67</sup>

Os potenciais efeitos negativos da interferência de um sistema contra outro impõem que se criem formas de regulação por meio do fortalecimento das organizações, do fechamento operacional etc.

A coordenação pragmática consiste num "re-entry", na medida em que, ao operar, o sistema busca uma nova forma, que não fora vista na forma anterior. Assim, prima pelo reajuste comunicacional em busca de autonomia funcional, sem desnaturar a autonomia do outro sistema.<sup>68</sup>

O "re-entry", dentro da contingência de infinitas possibilidades, é um olhar da forma sobre a forma. Volta-se a uma complexidade estruturada, na qual, ao observar e distinguir pela segunda ou outras vezes, os elementos do sistema se alinham com base na expectativa do que o outro sistema possa compreender quais são os mecanismos empregados de seleção e estabilização. A informação e o comportamento do interlocutor, como parte elementares da comunicação, passam a ser filtrados pela compreensão. Seria, portanto, um exemplo eloquente de que a informação do entorno só existe para o sistema quando ele próprio assim compreende, uma vez que sistema e entorno não se comunicam diretamente, ou melhor, o entorno só existe como leitura do sistema, conforme visto em tópico anterior. Por conseguinte, e em suma, a orientação contextual teria a missão de afastar padrões de comunicação, quando fossem danosos à autopoiese.

Os instrumentos da orientação contextual seriam a autonomia do código binário e a recursividade do código, as quais indicariam um programa decisional integrado. A interdependência funcional seria uma reação a intervenções que tenham oportunizado externalidades negativas, verificadas em tentativas de desdiferenciação da relação "sistema-entorno". A compreensão dessas

---

<sup>67</sup> MASCAREÑO, Aldo. Sociología de la intervención: orientación sistémica contextual. **Revista Mad-  
universidad de Chile**, nº 25, septiembre, p. 1-33. 2011. MASCAREÑO, Aldo. **Diferenciación y contingencia en  
América Latina**. Santiago: universidad Alberto Hurtado, 2010.

<sup>68</sup> MASCAREÑO, Aldo. Sociología de la intervención: orientación sistémica contextual. **Revista Mad-  
universidad de Chile**, nº 25, septiembre, p. 1-33. 2011.

ações interventoras levariam ao aumento de variedade e, depois, estabilização mediante recursividade (ressonância).<sup>69</sup>

A crise da relação entre sistema e entorno, como direito e política, é que a reflexividade é direcionada para uma hipertrofia sistêmica, causando um desnível entre a autorreferência e a heterorreferência. A crise pode ser traduzida como uma autodescrição negativa da realidade, em que o sistema não conseguiria observar com autonomia os diversos estímulos que lhe chegam.

As expectativas normativas não são capazes de relacionar passado e futuro e, sinal maior da crise, as expectativas cognitivas constantemente sofrem novas reorientações. A contingência passa a ser vista como um horizonte distópico, em prejuízo da segurança jurídica.

Organizações voltadas para a expectativa normativa reaprendem com novas técnicas cognitivas, mas, num cenário catastrófico, essas também não conseguem oferecer uma inteligência programática e, assim, a autorreferência de produção se desfaz.

Outro sinal da crise é o aumento de zonas de exclusão, como categoria epistemológica de algo que pertence ao sistema, mas, ao mesmo tempo, está fora do sistema.<sup>70</sup>

A solução para toda essa crise deve estar hipostasiada no acompanhamento reflexivo dos problemas, em que há uma combinação de memória (assegurar expectativa normativa) e abertura cognitiva para o "re-entry".

Afasta-se, desse modo, a abertura da máquina jurídica para ser uma mera ressonância do ambiente e, a par disso, também se afasta a solução radical de o direito controlar o futuro com base num passado obsoleto — como sinal de hipertrofia e isolamento do entorno (ambiente).

Naturalmente, a orientação reflexiva é um ponto ótimo, que serve como parâmetro de estudo e da crítica da realidade. O normal é que todo sistema apresente zonas de hipertrofia da produção sistêmica, como característica da modernidade, dado o alto nível de complexidade da comunicação; sem falar nas situações patogênicas, verificadas em países como o Brasil, no qual a modernidade ainda convive com a fraca concretização de direitos fundamentais. É mais um óbice para o livre fluxo da comunicação.<sup>71</sup>

A incapacidade do sistema jurídico em lidar com as irritações do ambiente incentiva a formação de redes informais, conhecidas como para-formais, por reforçarem as redes formais; de redes de corrupção, em que se usa o aparelho estatal para benefício particular; e de redes de criminalidade que solapam definitivamente a comunicação sistêmica. Nesses três casos, torna-se

---

<sup>69</sup> MASCAREÑO, Aldo. Sociología de la intervención: orientación sistémica contextual. **Revista Mad-  
universidad de Chile**, nº 25, septiembre, p. 1-33. 2011.

<sup>70</sup> MASCAREÑO, A. La crisis como control de hipertrofia sistémica y la función del derecho. São Paulo: **Revista de Direito Mackenzie**, v. 11, n. 2, 2017

<sup>71</sup> MASCAREÑO, A. La crisis como control de hipertrofia sistémica y la función del derecho. São Paulo: **Revista de Direito Mackenzie**, v. 11, n. 2, 2017.

evidente a criação de espaços sociais de inclusão e exclusão, aos quais há pertencimento formal de um grupo, porém, por outro lado, materialmente se criam laços de dependência com outros grupos.<sup>72</sup>

Ao invés disso, se a comunicação fosse pautada pela orientação contextual, direito e política poderiam construir uma coordenação pragmática. A política, com o código poder como simbolicamente generalizado, e o direito com o código lícito e ilícito. O direito tem a ajuda da política para consolidar seu código simbólico e a política tem suas decisões submetidas ao filtro da validade jurídica.

Na prática, em alguns casos no Brasil e em outros países com problemas sociais semelhantes, a tomada de decisão política não é filtrada por alternativas jurídicas, conduzidas por caminhos procedimentais em que se assegura o contraditório. Falta ao direito a clausura normativa, como auto-observação contínua e procedimental, segundo a bifronte valoração legal/ilegal, e a abertura cognitiva seletiva, para reorientar o presente, segundo expectativas cognitivas reaprendidas.<sup>73</sup>

Como a positivação do direito não ganhou efeito prático suficiente, o poder político tem papel protagonista na disposição real da sociedade. Nessa sorte, o direito também não regula as expectativas conforme procedimentos previamente dispostos, mas, sim, de acordo com circunstâncias de forças da ocasião.

No caso do Brasil, a modernização levou à seletiva exclusão de fatia relevante da sociedade dos benefícios materiais e espirituais da regulamentação dos sistemas normativos. Sem que houvesse uma esfera moral com autonomia sistêmica para orientar padrões de condutas, a violência e o poder econômico ocuparam papel predominante num espaço onde o Estado não conseguiu mediar os conflitos sociais.<sup>74</sup>

Por outro lado, o direito, como subsistema social, torna-se indiferente às irritações das pessoas que, como vítimas da exclusão social, não conseguem exigir prestação jurisdicional que lhes faça prevalecer expectativas normativas contrafáticas. A pessoa, como entidade complexa e como acoplamento dos sistemas psíquico e social, torna-se excluída da comunicação do sistema jurídico, invisível ao entorno do direito, sem qualquer capacidade integradora com os diversos subsistemas sociais.

---

<sup>72</sup> MASCARENO, Aldo; SILVA, Artur Stamford da; LOEWE, Daniel and RODRIGUEZ, Darío. **Redes Informais e Instituições Democráticas na América Latina**. *Dados* [online]. 2016, vol.59, n.3, pp.683-718.

<sup>73</sup> MASCAREÑO, Aldo. Sociología de la intervención: orientación sistémica contextual. **Revista Universidad de Chile**, nº 25, septiembre, p. 1-33. 2011.

<sup>74</sup> VILLAS BOAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: saraiwa, 2009, p. 154-176. p. 365-368.

Esse cidadão excluído passa a ser também parte do processo evolutivo da modernidade, em que a seleção das estruturas de comunicação põe uns no centro do debate e outros completamente alheios a ele. O fato é que os cidadãos excluídos transformam expectativas normativas em cognitivas e, indiretamente, colaboram para o isolamento do direito como sistema mediador de conflitos. O aumento desse tipo de complexidade colabora para o caminho da desdiferenciação funcional do direito e de crise sistêmica.

O isolamento do direito apresenta seus efeitos subjetivo e objetivo. O primeiro presente na impossibilidade de tornar efetiva a sanção contra quem violou o programa normativo e o segundo afeta a memória do programa normativo, o qual deixa de ter significância social, para ser um instrumento obsoleto e destoante da realidade.

A falta de consistência das decisões resulta em incluir o programa normativo em dois mundos diferentes. Um é conhecido por ser formal, sem repercussão prática, e o outro é alocado no ambiente material, onde as decisões são impostas nua e crumentemente, sem intermediação do direito, dando-se, em suma, caracter rarefeito à justiça, como forma contingente de resolver conflitos.<sup>75</sup>

A justiça, é salutar repisar, é complementar ao programa condicional, como fórmula contingente que visa a dar consistência e unidade às decisões. Ao ser uma observação de segunda ordem, a justiça se preocupa em dar congruência e universalização às expectativas normativas, de modo a oferecer segurança jurídica (unidade) e coerência das decisões com o procedimento adotado (consistência). A sobreposição de códigos, com a concorrência entre um ambiente formal e material, naturalmente enfraquece a coerência e unidade das decisões.<sup>76</sup>

Como diz Luhmann, ante paradigmas de memória debilmente vinculantes, o direito busca alternativas em outros sistemas normativos (“self-reference”) ou sistemas cognitivos (“cognitive other-reference”), a fim de fazer a sua própria leitura mediante o uso da argumentação legal.<sup>77</sup>

Os problemas sociais enfraquecem a comunicação entre os sistemas e pressionam o funcionamento das organizações quanto aos seus programas decisoriais para uma aplicação distópica. As organizações deixam de ser uma parte da estrutura sistêmica cuja função é regular a comunicação para, ao revés, ampliar as disfuncionalidades sistêmicas.

Relembre-se: as organizações são constituídas como meio para administrar o fluxo de comunicações dentro do sistema. Elas não fazem parte do sistema, mas estão dentro do sistema, executando programas normativos por meio de decisões. Consequentemente, provocam exclusões e

---

<sup>75</sup> VILLAS BOAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 154-176. p. 365-368.

<sup>76</sup> LUHMANN, Niklas. Justice, a formula for contingency. **The Modern law review**. Vol. 58. May de, nº 03, 1995, p. 211- 229.

<sup>77</sup> LUHMANN, Niklas. Legal argumentation: an analysis of its form. **The Modern law review**. Vol. 58. May de, nº 03, p. 285- 298, 1995.

inclusões com a execução previsível do programa. Não obstante, se os sistemas têm uma frágil autoconstituição, as organizações espelham os vícios, provocando maiores exclusões, contaminando os meios simbolicamente generalizados, como o código lícito e ilícito. Em olhar mais detalhado, os tribunais passam a operar considerando parcela relevante da sociedade como invisível.

Esse estado de coisas potencializa as injustiças do sistema criminal. A dogmática criminal se torna um instrumento seletivo às avessas. Os órgãos de justiça visualizam os infratores mais vulneráveis socialmente e que deixam mais rastros em suas atividades criminosas, ao passo que quem detém bons advogados e poder econômico melhor consegue esconder suas infrações.<sup>78</sup> Utilizando a pragmática desenvolvida por Tércio Sampaio, o cometimento e a imperatividade das normas são enfraquecidos, pois o editor normativo não mais consegue se impor como autoridade para os atores do discurso. Os personagens privilegiados usam de meios tácitos como a incidência de prescrição, tumulto processual e outros recursos, podendo até serem ilícitos, para que o resultado do processo seja frustrante, do ponto de vista da justiça formal.

Os tribunais, com suas decisões, evidenciam indiretamente a desigualdade social, transformando em réu parte relevante das pessoas com pouca renda. A par disso, a sobrecarga do sistema de justiça criminal não dá conta da infinitude de crimes, de sorte que a recursividade das decisões é baixíssima e pouco consistente e coerente. É o cenário para a afirmação de que o processo criminal é pouco efetivo e, nos poucos casos em que funciona, funciona pessimamente.<sup>79</sup>

A falta de segurança de jurídica, unidade e consistência das decisões quase impedem o passo seguinte, que é analisar como o processo criminal equilibra a relação entre efetividade e a proteção de direitos fundamentais. De toda sorte, a estratégia nesta investigação é insistir no exame analítico e dogmático de partes — no caso, o processo — para iluminar a ideia de como o processo deveria funcionar, a despeito dos problemas estruturais que impregnam por completo o sistema justiça — investigação, processo e execução de decisões.

O estudo da prova ilícita, sob o pano de fundo da efetividade da justiça e da proteção de direitos de liberdade, mostra a importância político-criminal do tema e como o fluxo de comunicação das organizações pode ser analisado a partir da dogmática processual penal, em especial na qualidade da memória do programa decisional, em termos de inclusão e exclusão.

No tópico a seguir serão aprofundadas a relação entre o poder judiciário e a opinião pública, a fim de destacar que as respostas dogmáticas do sistema direito não podem ser compreendidas isoladamente do ambiente. Pelo contrário, a variação e repercussão de respostas dependem da

---

<sup>78</sup> NEWBURN, Tim. **Criminology**. Portland, Oregon: William, 2007, p.

<sup>79</sup> AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sociologia da administração da justiça penal. LIMA, Renato Sérgio, RATTON, José Luiz e AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Orgs). Crime, Polícia e justiça no Brasil. São Paulo: editoracontexto, 2014, p. 392-399.

contínua interlocução entre sistemas e o ambiente, sob pena de o sistema extinguir-se, com nível zero de entropia. Isso fica mais evidente com temas morais de elevado interesse público, como o uso de provas ilícitas para julgar; atividade moral para a qual o sistema jurídico não pode ficar indiferente.

A premissa trabalhada ao longo da investigação é de que é possível traçar um pressuposto metodológico de reaproveitamento da prova ilícita, quando não houver grave violação de direitos fundamentais. Por outro lado, essa abertura cognitiva deve refletir um procedimento previsível, paritário de armas e garantista, em que se justifique a perspectiva contrafática do processo criminal, como método racional argumentativo que visa a ser neutro e não refém de uma argumentação ideológica.

Isto é, o reconhecimento de uso da prova ilícita não pode ser mediado por circunstâncias políticas ou qualquer outra do momento. Tal constatação tem de ser mediada pelo direito, por critérios procedimentais autônomos. Por consequência, o mostrado ao longo do trabalho é ser fundamental investigar o tipo de direito material que vai ser sacrificado ou privilegiado, bem assim examinar a finalidade político criminal do processo penal, como instrumento jurídico que visa a censurar práticas abusivas engendradas por agentes estatais.

A orientação contextual seria uma espécie de criação complementar ao acoplamento estrutural em que consiste a atividade probatória. É diferente de uma intervenção factual, porque nesta se ordena que o sistema adote determinado comportamento, segundo uma comunicação unilateral. Na orientação contextual, criam-se incentivos, para que o sistema observe aquilo que não conseguiu observar. Em tal contexto, a defesa de um procedimento justo é o indutor necessário para que a autonomia do raciocínio jurídico se faça presente em assuntos polêmicos como a prova ilícita. A tradição forja a limitação para o exame de casos possíveis; mas, no leque dessa abertura, prevalece o pensamento circunstancial, apoiado por um processo equânime. Dessa forma, o uso da prova ilícita não pode corresponder ao extremo da determinação unilateral, com a liberação incondicional do uso da prova ilícita, tampouco pode ir ao outro extremo, que significaria vedar completamente o uso da prova, como se o sistema não se comunicasse com o meio ambiente.

A característica do direito moderno é a perda de estabilidade dos referenciais de conduta — daí a aproximação com a teoria da interpretação. Porém, o “eigenvalue” (estabilidade sistêmica) é construído com a memória (recursividade) da seleção que a autopoiese do direito cumpre em face do seu entorno. A observação de diferentes referenciais — políticos, econômicos, religiosos etc. —

fortalecem a ideia de que não há mais hierarquia entre fontes, mas uma profunda cooperação entre elas para construir o direito dito atual.<sup>80</sup>

Para que o direito não abra mão de ser um mediador de conflitos configurados em expectativas normativas, é que se propõe a orientação contextual. O desejo surgiu de uma constatação de profunda diferença entre o que prescreve a norma e a real prática jurídica. A conclusão foi tirada da experiência profissional do autor e da pesquisa feita em decisões do Supremo Tribunal Federal, além da abordagem feita acerca do compartilhamento de dados. Com isso, a hipótese construída pôde ser testada em amplo banco de dados.

Seria extremamente contraditório que esta tese enveredasse pelo caminho de dizer peremptoriamente quando uma prova aparentemente ilícita pode ser aproveitada. Reconhecendo que o tema é extremamente controverso, tornando indissociável a instabilidade da variação de respostas entre o direito e os demais subsistemas sociais, o que se propõe é uma metodologia de resultado contingente, para a admissão e valoração da prova ilícita de acordo com as circunstâncias de fato e de direito que cabem privativamente ao julgador perscrutar.

---

<sup>80</sup> Ladeur usa a palavra “pós-moderno”, mas se entende que o funcionamento do direito pós positivação é o mesmo, hoje e ontem, se entendido como elemento de intermediação dos demais sistemas. LADEUR, Karl-Heinz, The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law, From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships. **European University Institute. EUI LAW**; 1999/03. <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/148>. Acesso em 16/01/2021

### 3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO PARA DECIDIR ACERCA DO USO DA PROVA ILÍCITA

#### 3.1 O Judiciário não pode desprezar as manifestações da esfera pública acerca do sentido da prova ilícita

O objetivo maior deste ponto é mostrar a inviabilidade de teses dogmáticas radicais que dizem ser sempre proibido o uso da prova ilícita ou que sempre seria permitido, independente do exame do caso. As teses assim rotuladas de radicais dependeriam de um ambiente comunicativo que as pudesse acolher. Mas não é esse o caso da prova ilícita.

O sistema jurídico não pode ser indiferente com a esfera pública, entendida como o meio para onde todos os sistemas sociais produzem respostas e, de outro lado, recebem irritações. Se cada sistema tem seu ambiente social — direito, a comunidade jurídica; a economia, o mercado; e a política, a opinião pública —, é na esfera pública, acessível por todos, onde se testa a autonomia funcional do sistema.<sup>81</sup> Se as respostas deste produz alta insatisfação, a tendência é o sistema perder sua capacidade de diferenciação, por não atender a contento as expectativas normativas. De outro jeito, pode-se dizer que a memória de operações garante uma pré-estrutura que delimita o âmbito de significados que o sistema pode atualizar, uma vez que a memória alude a um programa de respostas que já foram bem recebidas socialmente, daí terem sido repetidas ante a ocorrência de eventos semelhantes.

As manifestações da esfera pública chegam ao direito sobretudo pelas mãos dos meios de difusão, como importante "medium" ("media") de formas abertas sobre o valor justiça.<sup>82</sup> Os meios de difusão são popularmente conhecidos como meios de comunicação, consistente em todas as instituições da sociedade que servem de meios técnicos de reprodução para a difusão da comunicação — livros, emissoras de TV, jornais impressos etc.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: paulus, 2005, p. 168-172.

<sup>82</sup> O meio ("medium") é o lugar onde se manifesta a forma; conceito oriundo da física, o meio indica o instrumento por que a forma ganha corpo. O meio é invisível e a forma ganha destaque. Por exemplo, o som é conduzido pelo vento, mas este não sentimos diretamente. As palavras escritas são objeto de nossas reflexões, mas a linguagem — como "medium" — apenas o é indiretamente. Os valores, como a justiça, são meios simbolicamente generalizados (MSG), que faz a comunicação provável, diminuindo a contingência do mundo. Graças aos MSG, uma pluralidade de referências é tratada como unidade. Um "medium" evolui para um meio simbolicamente generalizado, o qual, por sua vez, também pode evoluir para um código de duas formas. O valor justiça pode ser usado como justo, o qual pode evoluir para o código lícito e ilícito. Por fim, os códigos se relacionam entre si, embora um não possa se subordinar ao outro. CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glossario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Mexico: universidad iberoamericana, 1996, p. 110.

<sup>83</sup> LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: paulus, 2005, p. 16.

Para se entender o foco deste ponto da tese, vale repisar que, se o sistema jurídico fosse completamente cego aos estímulos contraditórios do ambiente, respondendo a todos que a estabilidade de expectativas normativas seriam firmadas com teses dogmáticas radicais, fatalmente o nível de frustração ocuparia nível alarmante e haveria pressão para o sistema desintegrar-se, haja vista a provável irrelevância social desse programa decisional.

O elo entre o que direito pensa e o que a sociedade deseja é uma premissa extradogmática para construir a tese deste trabalho, no sentido de que a relativização da proibição da prova ilícita depende do exame do caso — quando alguns cuidados devem ser tomados como verdadeiro requisito de validade para admissão da prova —, respeitando-se os valores insertos na tradição do programa decisional. Os benefícios são clarividentes: propiciam-se segurança jurídica, legitimidade de procedimento e estabilidade no programa decisional do direito.

A segurança jurídica — tradução jurídica da estabilidade do sistema — e respeito aos direitos humanos são índice de qualidade de governos democráticos, medidos pelo Banco Mundial. Existe uma integração entre o reconhecimento de legitimidade do direito, felicidade do povo e comércio mais produtivo.<sup>84</sup>

O rule of law mede o grau de vinculação da lei aos problemas a que ela se propõe resolver, daí se deduz a importância de valores como igualdade e segurança jurídica. A indiferença do sistema jurídico-criminal ou baixa efetividade na resolução de problemas, qualquer que seja ela, civil ou criminal, assinalaria um baixo grau de rule of law. Por exemplo, quando o sistema fica alheio às irritações do ambiente por maior eficiência dos órgãos de persecução ou por maior proteção de direitos humanos, sem estabelecer um grau mínimo de troca de energia.

A questão abordada neste capítulo é discutir se os meios de difusão exercem importante fonte de irritação contra o sistema jurídico; e, se isso for verdadeiro, discutir que não há como a dogmática se isolar do ambiente propiciado pelos meios de difusão, sob pena de o sistema descer a níveis de energia patológicos. O sistema jurídico perderia entropia e contato com o ambiente se oferecesse soluções dogmáticas apáticas aos estímulos contraditórios do ambiente.

Critica-se que os meios de comunicação (difusão) são caracterizados por reduzir o comunicado à informação e pela unilateralidade, dada a vocação de falar indiscriminadamente com todos.<sup>85</sup> Contudo, em que pese o diminuto espaço de compreensão, os meios de comunicação são responsáveis por influenciar segmento relevante da sociedade, o qual não pode ser desconsiderado pelo direito.

---

<sup>84</sup> The world Bank. **Governance and the law**. A world bank group flagship report. 2017, p. 83-102.

<sup>85</sup> Tal afirmativa será referenciada logo a seguir.

Quando o judiciário, aqui chamado de agência, em razão do uso costumeiro da expressão na literatura de ciência política, adota condutas frontalmente contrárias aos meios de difusão, a tendência é que a organização jurídica sofra sanções institucionais por grupos políticos representativos da maioria, para se realinhar às pressões dos meios de difusão. E, assim, a tendência do direito é fazer observações que não contrariem essa fonte de pressão. O exercício do poder contramajoritário pela organização tribunal só se faz realizável, quando os próprios meios de difusão apoiam essas estruturas elementares de operação do judiciário. E quando os desacordos entre o direito e a esfera pública persistem? Se são desavenças pontuais, elas são absorvidas pela cultura social como espaço de um programa decisional com alta repercussividade e, portanto, pouca alteração; se são a longo prazo e contundentes, recai-se no isolamento do direito em face do meio que o envolve.

A partir de estudos empíricos já realizados, pretende-se demonstrar o porquê de nunca ter sido feita a leitura literal do texto constitucional proibitivo do uso da prova ilícita. Essa razão só fica desnuda se houver o relacionamento entre o texto constitucional, a legislação ordinária e a prática jurídica. Numa lente maior de aumento, esse entrelaçamento de três pontas atíça os ânimos para compreender como o sistema do direito processual criminal observa as irritações dos meios de difusão para melhor tratar a prova ilícita.

Como se teve a oportunidade de analisar em articulados anteriores, a linguagem é o meio fundamental da comunicação, já que dá estabilidade ante uma base simbólica comum entre aqueles que se comunicam, ao serem utilizados os meios de comunicação simbolicamente generalizados — MCSB.<sup>86</sup>

Ampliando esse universo de comunicação, os meios de difusão operam por meio de suportes materiais que ampliam o ciclo de receptores da comunicação, p.ex., a escrita e, bem mais tarde, a rede mundial de computadores. Hoje, as mídias sociais são responsáveis pela existência da democracia moderna. É a evolução dos meios de comunicação, que deram origem à opinião pública, resolvendo alguns impasses, tais como:

1. Que a comunicação seja compreendida, mediante o uso da linguagem;
2. Alcance de destinatários que não estão fisicamente presentes; e
3. Convencimento de interlocutores com o uso de meios de comunicação simbolicamente generalizados (poder, verdade etc.).

Correntes a exemplo do neoinstitucionalismo procuram medir a autonomia do judiciário como se fosse uma variável dependente de outras variáveis independentes. O método procura captar

---

<sup>86</sup>LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: paulus, 2005, p. 155-166.

a real vivência de regras, em contraste com as regras formais. O que conclui é que as variáveis independentes apontam sinais fortes do que se pode associar a um judiciário que aja com autonomia.<sup>87</sup>

Um destes sinais de judiciário saudável seriam: democracia consolidada, maioria do executivo e legislativo que apoiam o judiciário, opinião pública favorável, alto desenvolvimento econômico, democracia liberal e outros critérios menos expressivos como normas formais que garantam independência funcional a membros de carreira de estado etc.

Desses pontos, aquilo que se destaca são opinião pública favorável ou a fragmentação política de modo que o judiciário seja o mediador de conflitos, sem que haja força majoritária que se oponha. Nesses casos, vê-se que as decisões contramajoritárias dadas pelos tribunais, na verdade, gozam de amplo aceite por diferentes matizes sociais, como se fossem regras basilares do jogo político-democrático, ao largo das divergências e jogos de poder.

Por outro lado, quando as decisões do judiciário são objeto de profundos questionamentos, seja pela opinião pública majoritária, seja pelo poder político canalizado em meios de difusão, a tendência, a médio e curto prazo, é que o judiciário se readeque ao que pensam as majorias, mesmo que, durante esse caminho, o sistema apresente elevada entropia com respostas variadas e incoerentes a respeito de um mesmo problema.<sup>88</sup>

No Brasil, tem-se o caso da posse do vice-presidente Café Filho, em 1955, a qual foi obstada em razão de um estado de sítio de duvidosa constitucionalidade. Ao se discutir a questão preliminar se o mandado de segurança seria conhecido, foi irretocável o pronunciamento do Ministro Nélson Hungria, no sentido de que não havia utilidade no pronunciamento do Supremo Tribunal Federal contra as Forças Armadas. O papel do judiciário era atuar no contexto em que a ordem jurídica gozasse de relativa estabilidade.<sup>89</sup>

Também é muito citado nos livros o caso da ampliação da vaga de membros da Suprema Corte Norte-Americana por F. Roosevelt, em 1937, a fim de que pudessem ser nomeados juízes alinhados politicamente ao governo democrata. O projeto foi rejeitado, mas, na prática, surtiu efeito

---

<sup>87</sup> CAMERON, Charles M. **Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach**. New York: Sage books, 2002, p. 134-147. Luhmann, naturalmente com base em suporte teórico diverso, trata do cotejo formal/informal, quando compara organizações formais e cultura organizacional. Por suposto, pode-se seguir tal metodologia com qualquer instituição.

<sup>88</sup> *idem, ibidem*. A opinião pública majoritária indica a opinião dos meios de difusão, independente da relação deles com as instituições que podem influir na comunicação. Em páginas seguintes, o assunto será aludido.

<sup>89</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. Governantes e juízes: alguns antecedentes históricos do poder normativo dos tribunais superiores. **Arquivo Jurídico** – ISSN 2317-918X – Teresina-PI – v. 3 – n. 1 – p. 137-152.

com o realinhamento posterior da Corte, que passou a considerar constitucional fortes intervenções econômicas promovidas pelo governo.<sup>90</sup>

Randazzon, Reid e Gibler fizeram um estudo no qual o conceito “judiciário independente” foi tratado como uma variável dependente, de medida 0 a 1, e como variável independente uma série de fatores que permitiram captar características comuns de diferentes regimes políticos ao longo do tempo. Foram medidos 145 países, de 1960 a 2000. É intuitivo que a pesquisa deu uma dimensão mais rica acerca da independência do judiciário, em detrimento de uma análise cuja premissa é um conceito dogmático.<sup>91</sup>

Os autores concluíram que a consolidação da democracia, por força de diversos fatores, pode ser um indício da independência do judiciário. Esta não tem relação determinante com o nível de competição política ou com características do poder executivo - coalizões políticas suportadas por expressivo eleitorado.<sup>92</sup>

Pode-se asseverar que líderes de democracias consolidadas têm grande incentivo para garantir a independência do judiciário, sobretudo em momentos de perda de poder. Há uma relação linear, pois. Líderes de democracia parcial podem ter incentivos para garantir essa independência, todavia esses incentivos são reduzidos quando o jogo político se acirra e os líderes percebem que a independência judicial é uma ameaça ao poder. Portanto, nesse segundo caso, não haveria linearidade.<sup>93</sup>

Em autocracias, por outro lado, jogos políticos tendem a cooptar o judiciário. É preciso observar, porém, que a independência do judiciário pode ser uma estratégia usada para garantir o poder político e, em outras hipóteses, a independência do judiciário pode ser minada, se for uma ameaça ao poder.<sup>94</sup>

Logo, não há suporte empírico para dizer: independência judicial garante a democracia; qualquer democracia garante independência judicial; ou, por fim, governos não democráticos não contam com a independência judicial.

Usando esse raciocínio para tratar da prova ilícita, vê-se que ainda é um tema não francamente tratado com a sociedade. Consideram-no apenas do ponto de vista moral, como demonstram as críticas contra a incidência de institutos probatórios previstos em lei.

---

<sup>90</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. Governantes e juízes: alguns antecedentes históricos do poder normativo dos tribunais superiores. *Arquivo Jurídico* – ISSN 2317-918X – Teresina-PI – v. 3 – n. 1 – p. 137-152.

<sup>91</sup> Kirk A. Randazzo, Douglas M. Gibler, and Rebecca Reid. Examining the Development of Judicial Independence. *Political Research Quarterly*, 2016, Vol. 69(3) 583–593.

<sup>92</sup> Kirk A. Randazzo, Douglas M. Gibler, and Rebecca Reid. Examining the Development of Judicial Independence. *Political Research Quarterly*, 2016, Vol. 69(3) 583–593.

<sup>93</sup> Kirk A. Randazzo, Douglas M. Gibler, and Rebecca Reid. Examining the Development of Judicial Independence. *Political Research Quarterly*, 2016, Vol. 69(3) 583–593.

<sup>94</sup> Kirk A. Randazzo, Douglas M. Gibler, and Rebecca Reid. Examining the Development of Judicial Independence. *Political Research Quarterly*, 2016, Vol. 69(3) 583–593.

Uma pesquisa conduzida pelo DATAFOLHA, em junho de 2017, p.ex., mostrou que a maioria da sociedade — tanto em nível de escolaridade fundamental (57%), médio (68%) e superior (66%) —, discordou da delação premiada feita pelo Procurador Geral da República com os donos da multinacional JBS. Em mesa, estavam questões de divergência política em torno dos efeitos da delação e refinadas dúvidas acerca da interpretação do instituto da delação premiada.<sup>95</sup>

Como se observa em democracias consolidadas, o suporte da opinião pública é mais fundamental dos que as regras formais para garantir a independência do judiciário. Nessa ideia, a experiência norteamericana demonstra que o judiciário é fortalecido quando adota opiniões de ampla aceitação na sociedade quanto ao funcionamento mínimo que a democracia deve ter. É de se destacar, nos EUA, que lá o legislativo é formado por casas que variavelmente estão em conflito entre si ou, unidas, estão em conflito com o executivo. Isso tudo reforça a divisão da opinião pública e, não obstante, fortalece a independência do judiciário quando ele indiretamente apoia segmento relevante da sociedade, porque é um poder que transmite ordem, ao tempo que o conflito e divergência são os tempos normais de funcionamento do legislativo e do executivo.<sup>96</sup>

Entretanto, quando o judiciário decide de modo contrário ao que diz a opinião pública, entendida como aquela veiculada pelos meios de difusão, é provável que surjam formas de constrangimentos institucional promovidas por expressões políticas majoritárias, tais como: premiações para juízes perfilhados com grupos políticos que gozam de apoio social majoritário, retaliações funcionais, restrições orçamentárias etc. Nesses casos, a tendência é que questões sensíveis do governo sejam olvidadas pelo judiciário, o qual em regra deve praticar a autocontenção como forma de não perder espaço no jogo político. Os estudos empíricos mostram que, num momento de normalidade, a autocontenção passar a ser uma ferramenta de prestígio do próprio judiciário como poder imparcial e que, por último entre as instituições, interfere na agenda pública. Afora isso, intervenções de vanguarda são excepcionais, momento em que o judiciário pode agir contra os interesses políticos até então dominantes — casos anormais em que o segmento político está em decadência, ou por uma questão de heroísmo ou de respeito a biografias.<sup>97</sup>

Um ótimo laboratório é analisar as democracias antigas na Europa, onde o poder de voto é fundamental, para manter um grupo político no poder. Nesse sentido, colhe-se que, no Reino Unido

---

<sup>95</sup> <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1895784-para-64-procuradoria-agiu-mal-ao-fechar-delacao-da-jbs-diz-datafolha.shtml>. Acesso em 18/01/2021.

<sup>96</sup> HELMKE, Gretchen and ROSENBLUTH, Frances. Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective. **Annual Review Political Science**, 2009, p. 345–366.

<sup>97</sup> HELMKE, Gretchen and ROSENBLUTH, Frances. Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective. **Annual Review Political Science**, 2009, p. 345–366.

e na Holanda, o legislativo tem papel significativo na garantia de direitos da minoria, sem precisar do protagonismo do judiciário.<sup>98</sup>

A conquista da opinião pública pelo judiciário se dá paulatinamente, quando a sociedade percebe que os juízes não agem estrategicamente, quando não há recorrente conflitos de poder etc. Ou seja, a conquista da opinião pública e a construção da imagem institucional são os melhores meios de o judiciário se fortalecer.

Em outra escala, é proveitoso fazer uma correlação entre meios de difusão e a influência dela nos trabalhos de promotores e juízes.

É natural a existência de orientações políticas na conduta dos magistrados e promotores. Em estudo baseado no número de requisições enviadas ao parlamento italiano entre 1983 a 2013, para fins de processar políticos da Casa, as orientações partidárias de promotores foram medidas, tomando como parâmetro as divisões políticas da associação nacional de magistratura — ANM —, e o partido político a que pertencia o político contra quem foi feita a requisição.<sup>99</sup>

A investigação concluiu que promotores tendem a ser mais rigorosos, quando estão investigando parlamentares de coloração política oposta às suas; outrossim, isso não implica uma orientação ideológica absoluta, se há "accountability" eficiente, consistente num processo judicial suscetível de revisão e em mecanismos disciplinares para punir ações confessadamente políticas dos promotores.

No exercício da discricionariedade, alguns fatores demonstram que o trabalho acusatório é exercido de modo mais imparcial possível, como a limitação de tempo e de recursos orçamentários e quantidade enorme de casos distribuídos para um promotor. Não obstante, algumas hipóteses da citada pesquisa a respeito de influências extrajurídicas foram confirmadas: a) quanto maior a divergência ideológica entre juiz e partido, maior a probabilidade de o promotor processar o partido; b) é maior a probabilidade de um promotor requerer autorização para processar um membro de partido, se este encontra oposição entre membros do parlamento. Aqui, o foco é a competição partidária; e c) juízes são menos inclinados a investigar um partido, se houver maior proteção parlamentar para esse partido não ser processado.

Isto é, a garantia de que o judiciário vai continuar independente, apesar das inclinações pessoais, é a existência de um ambiente institucional relativamente estável, a fim de que haja uma baixa variação na entropia sistema jurídico e ambiente. Em outras palavras, trata-se de assegurar

---

<sup>98</sup> HELMKE, Gretchen and ROSENBLUTH, Frances. Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective. **Annual Review Political Science**, 2009, p. 345–366.

<sup>99</sup> CERON, Andrea e MAINENTI, Marco. Toga party: the political basis of judicial investigations against MPs in Italy (1983-2013). **EPSA 2013 Annual General Conference Paper** 234. 2013.. Acesso em: 28/01/2019.

pressupostos para que a decisão final proferida no processo denote que todo percurso obedeceu a critérios previsíveis, como a existência de contraditório, possibilidade de recurso e, em suma, o processo justo; todos, conceitos mais tarde discutidos nesta tese. A estabilidade do sistema se dá mediante a certeza de que o ambiente irá apenas promover irritações contra o sistema, alojadas em atividades e suportes qualificados como acoplamento estrutural,<sup>100</sup> compreendido, p.ex., no largo espectro do exercício da atividade probatória. A seleção das irritações que o sistema deseja processar depende do respeito a critérios procedimentais propriamente jurídicos.

A ideia de um caminho jurídico com mecanismos de correção para se proteger contra influências políticas é a garantia de que o sistema jurídico irá observar as irritações do entorno a partir de critérios próprios de referência. Daí se assoma a importância de que a aplicação da prova ilícita, como exceção à sua proibição de uso, esteja ancorada em pressuposto metodológico que justifique o porquê do sacrifício de determinado direito material e que justifique estar o processo criminal cumprindo a finalidade político-libertadora de proteção de direitos fundamentais.

A seleção e estabilidade se performam quando expectativas normativas são asseguradas a despeito de fatos contrários. O direito mediante a argumentação verifica se é o caso de incidir o programa condicional, na verbalização de que, se houve um fato previsto da norma, deve haver a consequência. Não é um resultado mecânico. O programa decisional, combinando metas condicionais e finalísticas, dá ensejo à complexidade interna no sistema: a leitura do ambiente, ajustada pela forma *topoi*, pode ser objeto de novas dúvidas. Inclusive, ao observarem irritações (interesses) do ambiente, pode haver o realinhamento de expectativas normativas, dando-se proveito a respostas divergentes e com pouca consistência. O dito, porém, é que esse realinhamento deve ser feito mediante a reafirmação de expectativas que garantam a autonomia do direito, as quais estariam justamente ancoradas no respeito ao rito procedimental.

A evolução do sistema, com a confirmação e mudanças de expectativas, visam a garantir a justiça, como forma aberta a que o direito deve se dirigir. Por isso, como se verá adiante, o direito é um sistema muito mais ligado ao tempo do que à disciplina social. Ele visa a trazer estabilidade na transformação do presente no futuro e, indiretamente, firmar a coesão social.<sup>101</sup>

A criminologia, voltada à ordem social, ao polemizar se a justiça criminal deve ser mais eficiente ou preocupada com a proteção das liberdades, também almeja assegurar o valor justiça, mas a partir de referências de outros sistemas sociais. O justo é o código simbólico por meio do qual o

---

<sup>100</sup> O acoplamento estrutural é um evento, que desaparece logo após ligar o sistema ao ambiente por meio de irritações.

<sup>101</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glossario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Mexico: universidad iberoamericana, 1996, p. 54.

direito será comunicado e fará observações autônomas, argumentando com referência ao valor justiça.

### 3.2 Verdade e justiça na busca da melhor metodologia para argumentar: qual a funcionalidade do direito?

A perda de crença numa única resposta para resolver problemas jurídicos abre alas para considerar as nuances de uma solução que goze de razoável aceitação social. Não é o intuito aqui revisitar teorias filosóficas do direito acerca da verdade. Mas utilizar alguns pressupostos teóricos que permitam compreender que a decisão jurídica não é uma decisão arbitrária, tampouco suscetível de um único resultado. É um ato de vontade histórico, delimitado por estruturas funcionais de conhecimento científico e cultural que tornam a decisão passível de debate a respeito de como poderia ter sido melhor.

Antes de se perguntar pela verdade, é dado pensar qual a função do direito. O sistema jurídico moderno é a evolução de um meio cuja forma sedimentou o uso de código lícito e ilícito, para assegurar expectativas normativas e cognitivas.<sup>102</sup>

A função jurídica é notória como etapa da diferenciação funcional da sociedade moderna em que se garante estabilidade das relações sociais pela certeza de que símbolos normativos veiculam expectativas que devem ser cumpridas sob a condição de evitar a sanção. Não se trata de um desejo individual de alguém para outro, tampouco de controlar a conduta de um terceiro, mas de uma visão coletiva que oferece estabilidade e segurança jurídica, mesmo que, pontualmente, expectativas normativas possam ser frustradas com a consequência de gerar novas expectativas em detrimento das antigas.<sup>103</sup>

Os efeitos são eloquentes, pois permitem a diferenciação funcional de outros sistemas como a política e a economia. Permite a criação de liberdades derivadas — como o direito de ir e vir, de opinião e outros — e a consolidação da autopoiese, eis que os sistemas reaprendem com base em seus próprios critérios quando anteveem frustrações. A ideia de igualdade e segurança jurídica são os pilares do Estado de direito. A previsão de expectativas normativas permite o planejamento econômico, o uso moderado do poder pela política e, entre outros benefícios, garante que questões morais tenham repercussão apenas na autodeterminação das pessoas, sem vincular terceiros.

Nesse sentido, o direito moderno tem como função secundária o controle social. A solução jurídica, como recriação artificial de problemas morais, políticos etc. pode não resultar na superação

---

<sup>102</sup> LUHMANN, Niklas. The function of law. **Law as a social system**. New York: Oxford press, 2004, p. 142-147.

<sup>103</sup> LUHMANN, Niklas. The function of law. **Law as a social system**. New York: Oxford press, 2004, p. 142-147.

de irritabilidades. A administração da justiça serve para dizer como o direito responde para quem viola o código lícito/ilícito, mas a resposta pode estar aquém dos desejos sócioeconômicos de mudança. Por isso a estabilidade jurídica tem um compromisso com o tempo muito mais visível do que com a disciplina social.<sup>104</sup>

As organizações jurídicas visam a mediar os conflitos por meio de normas, segundo significados estabelecidos num complexo programa decisional. O uso desse programa é o norte para dizer ser o direito diferente dos sistemas político e econômico ou de quaisquer outros. A interface entre os sistemas — como a política e o direito — é o termômetro para testar se as funções sistêmicas são desempenhadas a contento, com o estudo do organograma do quadro da irritação, processamento e resposta seletiva.

Evidentemente, se os controles sociais como o moral e o político são falhos, o direito é sobrecarregado, de sorte que a desestabilização é quase necessária, visto que se espera do direito mais do que respostas normativas.

Ante essa narrativa, como a verdade buscada na instrução judicial pode ser investigada? Vê-se claramente que o conceito de verdade está subordinado à funcionalidade do direito. Nesse passo, a verdade pode combinar com a busca da melhor justiça para um caso quanto, igualmente, relaciona-ser com o respeito à memória do programa decisional.

Para esse duplo escopo, a justiça é o objetivo último do programa decisional, mas ela é uma forma contingente, sempre um símbolo de esforços na busca do melhor resultado, que propicie generalizar expectativas normativas. Teorias fundamentalistas da verdade seriam incompatíveis com esse olhar, seja uma teoria que se apegue a concepções “a priori”, seja outra de feição casuística.

### 3.3 A velha discussão entre princípios e regras: o destaque funcional da polêmica

A discussão entre princípios e regras, em si, não é o objetivo desta tese. Mas ela é interessante para indicar que a variação de respostas do direito, para problemas semelhantes, não é uma aberração funcional. O objetivo deste tópico é mostrar que o sistema jurídico, com naturalidade, opera observações de segunda ordem, fazendo distinções em cima de velhas distinções de sentido, e que tal expediente, por diferentes meios retóricos, pode ser constatado com o uso de princípios nas teorias de Robert Alexy e Aulis Aarnio.

Também haverá referência ao trabalho original de Marcelo Neves, o qual, por se utilizar de premissas das teorias dos sistemas, também demonstra que a condensação normativa de regras e

---

<sup>104</sup>

LUHMANN, Niklas. *The function of law. Law as a social system*. New York: Oxford press, 2004, p. 156-166.

princípios está umbilicalmente relacionada com o grau das expectativas normativas sociais estabilizadas. Quando essas expectativas não são evidentes, a recorrência a princípios é um recurso de forma de sentido para o direito inovar a leitura acerca do ambiente.

O tema acerca dos princípios pode ser enriquecido para o utilizarmos como importante ilustração de como o direito pode modular respostas no seio do seu fluxo operacional, sem que isso implique deslegitimar a decisão. Assim, os três autores em comento merecem melhor aprofundamento, quando tratamos de um assunto polêmico como o uso da prova originariamente ilícita.

A pergunta por detrás da teoria de R. Alexy é a possibilidade de uma metodologia racional que conduza à aplicação de princípios e regras. A parte mais famosa de sua teoria são os casos de difícil enquadramento normativo, nos quais se investiga se haveria critérios de aplicar os mandados de otimização sem recair no subjetivismo. A pergunta também poderia ser reformulada se seriam suscetíveis de racionalidade juízos funcionais que envolvam o balanceamento de custo e benefícios.<sup>105</sup>

O sopesamento trata de regras e princípios. As primeiras cuidam de mandamentos que prescrevem algo em definitivo, do tipo “tudo-ou-nada”, e as segundas prescrevem a realização de algo na medida do máximo possível do ponto de vista jurídico e dos fatos. Convém destacar o que seria o máximo possível. Sob o ângulo dos fatos se estaria falando de maximização, pois haveria a fundamentação da necessidade da medida para atingir o resultado almejado e da sua adequação para garantir um resultado proveitoso, sem que exista outro meio de garantir o referido resultado com o menor custo. Sob o ângulo jurídico, porém, estar-se-ia falando de otimização, já que se deveria demonstrar que a medida traz o melhor resultado jurídico segundo a concorrência de normas para resolver o caso, desta feita, a norma escolhida deve trazer o máximo de benefício e, por outro lado, o menor prejuízo ante normas jurídicas concorrentes à escolhida. O autor faz um paralelo entre o modelo de racionalidade para aplicar princípios e regras e o modelo decisório de agentes econômicos, para dizer que o resultado do papel decisório do direito se aproxima do estudo de custos e benefícios.<sup>106</sup>

A discussão é se em democracias plurais haveria algum grau de consenso para fundamentar o que seria o melhor possível no caso de se ter de escolher uma norma num contexto de concorrência. Numa tentativa de aproximação das ideias à realidade, a teoria de Alexy funciona a bem da verdade como um modelo descritivo de um padrão de conduta, apto a avaliar casos

---

<sup>105</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy. **Norma, contingência e racionalidade**. São Paulo: renovar, 2005, p. 218-227.

<sup>106</sup> ALEXY, Robert. Defesa de um conceito de direito não positivista. **Teoria discursiva do direito**. São Paulo: forense, 2014, p. 163-18.

concretos, do que propriamente a indicação do melhor caminho para encontrar a solução, haja vista as limitações epistêmicas do conhecimento humano.

A fórmula de ponderação seria baseada no grau de intervenção — forte, médio e fraco —, no peso abstrato do princípio e, por último, no grau de certeza teórico e empírico acerca da realização da norma.<sup>107</sup> Como se vê, a argumentação jurídica não poderia se sustentar sozinha, mas depende de regras de transição para fazer referência a outras searas como morais e científicas, a fim de sustentar-se: p.ex., o grau de certeza empírica de termos contidos no enunciado da norma, para ser analisado em conjunto com o peso dos princípios aplicáveis ao caso. Existe, portanto, uma cláusula de abertura epistemológica da qual depende a construção pragmática da norma; e o direito, por consequência, continua a ser o local genuíno e exclusivo para dizer qual decisão é a melhor, a despeito das dúvidas surgidas no percurso de deliberação.

R. Alexy nos ajuda a chegar à tal conclusão, quando analisa a natureza do direito. Ao enfrentar o tema da relação entre direito e moral, acolhe-se o argumento da correção, na medida em que uma norma extremamente injusta deve ser afastada pela via discursivo-racional. Não haveria um quê subjetivo? R. Alexy reconhece que sim, mas o senso se tornaria mais intersubjetivo quanto maior for a injustiça. Por outro lado, também seria possível que o tempo diminuísse a noção de injustiça, criando um nível de tolerância com a norma injusta.<sup>108</sup>

A história seria um importante elemento na balança entre direito e moral. A natureza do direito seria dupla. Uma dimensão real, em que a norma teria autoridade conferida pela lei e eficácia social e outra dimensão ideal, submetida ao critério de correção moral. O critério discursivo de correção, quando submetido a vicissitudes da história, deve conciliar segurança jurídica e justiça, assinalando que nenhum dos dois valores podem ser aceitos como absolutos. A fórmula da ponderação, com o uso dos princípios como mandados de otimização, indicariam p. ex., que os direitos humanos é um discurso do dever ser ideal, todavia existiria uma obrigação jurídica de aproximação do dever ser real ao ideal.<sup>109</sup>

A relação entre verdade e justiça se dá, deste modo, como polos aproximativos, cuja ligação não é propriedade de qualquer teoria apontar o caminho. Essa falta de monopólio da verdade, aliás,

---

<sup>107</sup> ALEXY, Robert. Defesa de um conceito de direito não positivista. **Teoria discursiva do direito**. São Paulo: forense, 2014, p. 225-238.

<sup>108</sup> ALEXY, Robert. Defesa de um conceito de direito não positivista. **Teoria discursiva do direito**. São Paulo: forense, 2014, p. 271-300.

<sup>109</sup> ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: martins fontes, 2009, p. 101-148. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: 2008, p. 105-132.

é um lugar-comum do pensamento moderno, que se satisfaz com modelos de conhecimento situacional ou aproximativos de uma verdade absoluta.<sup>110</sup>

O trabalho de Aulis Aarnio completa a linha de como a democracia pode conviver com a divergência em processos de deliberação.

Numa ponta, a teoria da comunicação de Niklas Luhmann permite compreender como a práxis jurídica pôde lidar com a mudança de entendimentos no programa de decisão, sem abrir mão da autonomia do sistema jurídico. Entretanto, numa outra ponta, a relação entre justiça e segurança jurídica precisa ser colmatada por um padrão de aceitabilidade comunitário, redutor de complexidade.

Nesse contexto sistêmico, as teorias de R. Alexy e Aarnio se completam, por serem autores extremamente citados na prática brasileira e que não deixam de abordar a possibilidade de a decisão jurídica ser possível de outro modo. O primeiro deixa claro que a busca do dever ser ideal é um arquétipo crítico que o direito positivo não pode deixar de mirar na execução do programa decisional e o segundo se preocupa em fundamentar a legitimidade do direito num ambiente em que o normal é as teses jurídicas se alternarem entre a vontade da maioria racional.

A pergunta se existe uma única resposta correta, ao fim e ao cabo, é o caminho para se refletir sobre as diversas metodologias da verdade: poderia ser a fórmula da ponderação, o auditório ideal, o juiz héracles que escolhe o melhor argumento etc.

É desse modo que se chega à teoria de Aarnio. Numa democracia moderna, a complexidade das relações impõe radicais e opostas visões de mundo. A construção de um direito plural, mas que albergue a segurança jurídica, segundo A. Aarnio, dependeria de previsibilidade e aceitabilidade.<sup>111</sup>

A última estaria presente no desenvolvimento de padrões de racionalidade aceitos socialmente. A necessidade de cooperação e de convivência exigiria que uma decisão seja decretada, a despeito de mais de um padrão de racionalidade. É um postulado da razão que a maioria racional prevaleça. Com isso, exsurge a previsibilidade na expressão da segurança jurídica.

A dúvida clássica é o limite de aceitação da decisão, sobretudo se a maioria viola os direitos humanos. Eis um ponto frágil da teoria de A. Aarnio, que parece se vincular a um mundo da vida de origem ideal ou a um quê de background comunicativo, como tanque de contenção contra a violência da maioria, de modo que alguns direitos fundamentais seriam inegociáveis, como a igualdade e o respeito à maioria.

---

<sup>110</sup> Poder-ser-ia acrescentar, sem pretensão de aprofundar, que a discussão entre Thomas Kuhn e Karl Popper mostrou que a premissa do conhecimento científico a possibilidade de ser de outro modo. ABBAGNANO, NICOLA. A filosofia das ciências. **História da filosofia**. Lisboa: presença, 2000, p. 148-154 e 167-168.

<sup>111</sup> AARNIO, Aulis. **Law and philosophy**. London, New York: springer, 2011, p. 131-144.

Aarnio conclui que a racionalidade social limitaria as opções possíveis, mas também admite a possibilidade de mais de uma resposta correta, de modo que aquilo hoje manifestado como maioria poderia vir a ser a opinião da minoria. Desse modo, a teoria estaria mais próxima da prática, quando o direito exige que as pessoas indiquem preferências, não se tratando, portanto, uma questão de cognição apenas. Como o próprio autor finlandês reconhece, as preferências alcançam tal grau de complexidade, que não poderiam ser resumidas na prática diária entre aplicar regras e princípios, conforme poderia transparecer a teoria de Alexy.<sup>112</sup>

Uma taxinomia das normas deveria levar em conta: 1. regras; 2. regras-princípios; 3. princípios-regras; 4. e os princípios. O “2.” seriam regras com expressões normativas que exigiriam concretude por parte do intérprete e “3.” se relacionaria, p.ex., com decisões de média abstração, com consequência de serem aplicadas em outros casos.<sup>113</sup> Deveras, a distinção entre “2.” e “3.” pode se tornar cinzenta, no caso de regras com poder médio de abstração; contudo, serve-nos para mostrar o equívoco da discussão em considerar uma norma apenas como princípio ou como regra, igual ao caso da norma constitucional do art. 5º, LVI (- “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”): seria princípio ou regra? O nível de variação de respostas do sistema jurídico brasileiro a respeito do uso de meios ilícitos para prova demonstra que, pragmaticamente, a norma pode ser preferida em distintos contextos. A metodologia proposta neste tese visa justamente a preencher um espaço de segurança para essa variação.

A teoria de Aarnio pode ser melhor compreendida com a abertura promovida pela comunicação das teorias dos sistemas. As verdades do discurso não são feitas por máquinas, mas por entes que têm cognição e paixão. A variação de respostas é uma decorrência natural de uma verdade fruto da interação entre sistemas. Ademais, a noção de memória e repercussividade das decisões como ponto de racionalidade, na teoria de Luhmann, permitiria explicar as mudanças de entendimento jurídico da sociedade em diferentes épocas, sem apoio de uma noção metafísica ou num aceite da completa relatividade das coisas.

O uso das teorias dos sistemas para completar as obras de Alexy e Aarnio — ambas voltadas para uma metodologia da argumentação — também contribui a superar algumas críticas. Atienza anota que a obra de Aarnio, por procurar um termo médio entre uma teoria fundamentalista da certeza e uma relativa, atrai críticas de ambas versões. Diz o professor espanhol que poderia haver divergências não só quanto à solução do caso, porém também a respeito das premissas abstratas,

---

<sup>112</sup> AARNIO, Aulis. **Law and philosophy**. London, New York: springer, 2011, p. 165-176. AARNIO, Aulis. **Derecho, racionalidad y comunicación social**. Mexico, D.F: fontamara, 2008, p. 69-98.

<sup>113</sup> AARNIO, Aulis. **Law and philosophy**. London, New York: springer, 2011, p. 119-124

assim seria incorreto falar de uma maioria apenas para se referir ao caso. Ademais, a solução da maioria racional poderia justificar muitas violações de direitos fundamentais.<sup>114</sup>

Com efeito, a admissão de mais de uma resposta correta, abre oportunidade para relativizar direitos. Mas, longe de recair em relativismos, a segurança jurídica é uma construção de sentidos feita com base na comunicação social.

Ao testar os limites de concretização de princípios, vê-se que R. Alexy admite a teoria do discurso como um ponto corretivo da realidade sob o escudo do dever ser ideal da justiça. Aarnio, entretanto, admite que a decisão é contingente, uma vez que pode ser superada por uma nova maioria; eis o postulado da aceitabilidade racional. Como controlar essa contingência de poder ser de outro modo? Sem se ater a um ideal metafísico de justiça ou do mundo da vida, como quis Aarnio, nesta tese, adotou-se o dissenso e produção de memória como um padrão de normalidade da vida. Decidir é um risco, mas o ato de decidir mostra que o sistema respira, produz autopoiese, se reproduz, liga o passado ao futuro; por último, comunica-se.

Marcelo Neves, com esteio em referencial teórico próprio, também demonstra ser ingênua a discussão se um texto jurídico é norma ou princípio — nesse ponto, aproxima-se do trabalho de A. Aarnio, quando acima foi analisada a dicção do art. 5º, LVI (— "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;"). Ou, na mesma toada, quando se discute o limite de exceção a uma regra. Em ambos casos, não há limites exatos para as situações jurídicas serem qualificadas.

Tanto princípio quanto regra podem ser sopesados, quando se deparam com grandezas (in)comensuráveis. Prova maior é que pode haver um conflito dentro do próprio princípio.<sup>115</sup> P.ex., um discussão que envolva o espaço de desenvolvimento de personalidade tanto do autor quanto do réu, ao ver uma disputa sobre o uso de prova originariamente ilícita.

Em vez da discussão nominal, se a norma é princípio ou regra, o prof. Marcelo Neves afirma que o mais importante é se ater à funcionalidade da diretriz normativa. Os princípios funcionam como razões indiretas de decidir, mesmo quando aplicados diretamente ao caso, ao tempo que as regras são razões diretas, conquanto precisem de princípios para fechar o raciocínio jurídico da decisão do caso.<sup>116</sup>

<sup>114</sup> ATIENZA, Manuel. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Orgs: AARNIO, Aulis, ATIENZA, Manuel e LAPORTA, Francisco J. Madrid-mexico: fontamara, 2013, p. 47-80.

<sup>115</sup> Marcelo Neves aponta inclusive algumas incoerências do pensamento de R. Alexy, como, p.ex., dentro da proporcionalidade, falar em maximização e otimização. Ou dizer que princípios valem "prima facie", mas podem ser razões diretas de uma decisão. Citam-se essas incongruências apenas para ressaltar o pensamento original do professor pernambucano, por não tocar diretamente ao tema desta tese. NEVES, Marcelo. O profeta, os discípulos e o enviado: comentário a Virgílio Afonso da Silva. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n.1, jan./abr. 2019, p. 269-316.

<sup>116</sup> Os princípios são Hidra, com forma de serpente e muitas cabeças, e as regras são Hércules, que dissipava cabeças e cauteriza o corpo de Hidra com a ajuda do juiz Iolau, de modo que as cabeças não crescessem novamente. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais. São Paulo: martins fontes, 2013, p. 120-160.

Sob uma nomenclatura das teorias dos sistemas, os princípios são observações de segunda ordem, enriquecendo o processo argumentativo, mostrado que um mesmo problema jurídico pode ser lido por diferentes pontos de partida. Assim, eles estimulam o dissenso em torno de questões jurídicas, ao espaço em que, procedimentalmente, dão legitimidade à redução da complexidade. Já as regras, por sua vinculação direta à situação objeto de julgamento, reduzem o espaço de argumentação, indicando a solução do problema.<sup>117</sup>

Não há hierarquia entre princípio e regra, todavia função complementar. As regras dependem dos princípios para uma interpretação mais rica do seu sentido e os princípios dependem das regras para que tenham densidade e relevância para o caso.<sup>118</sup>

A lição desses três autores é útil para justificar o porquê de, dogmaticamente, a tese se abrir para mais de uma resposta. Afasta-se do relativismo, porém.

Preocupa-se em criar um instituto metodológico, de cunho retórico, que reduza a complexidade de interesses para fundamentar a decisão do caso. O encontro do justo título do fato jurídico, alicerçado em qual direito material será sacrificado e em qual será protegido, facilita a incidência de institutos da fonte independente e da descoberta inevitável da prova. O caminho contrário também é natural: o não encontro do justo título aponta para a irrelevância do fato jurídico para fins probatórios.

A metodologia aludida funciona como um observador de segunda ordem, levando o direito para um "order from noise", em que há aberturas seletivas para a inovação de respostas.<sup>119</sup> Vê-se, portanto, que o sentido é estabelecido por premissas intrassistêmicas, mas endereçado para outrem, formando um programa decisional que visa a estabilizar expectativas normativas. Ademais, é curial recordar, isso não implica no completo relativismo de valores, já que a racionalidade das operações é consistente no respeito ou desvio fundamentado da memória do sistema processual.

#### 3.4 Reinhart Koselleck: modernidade e a crise de identidade do direito

O pensamento de Reinhart Koselleck sobre como a história pode ser lida com diferentes significados é um marco teórico importante para entender o dissenso sobre as expectativas jurídicas dos cidadãos em face das diferentes respostas do direito para o uso da prova ilícita.

---

<sup>117</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais. São Paulo: martins fontes, 2013, p.160-170.

<sup>118</sup> *idem, ibidem*.

<sup>119</sup> Diferentemente de um sistema completamente fechado — "order from order" — ou um sistema completamente aberto — "order from disorder".

Nesse sentido, teorias que trabalham com o conflito de respostas nas comunicações, como as diversas teorias dos sistemas e da comunicação (cibernética), ilustram a impossibilidade de se esperar regularidade na relação entre o direito e o mundo circundante conflituoso.

O trabalho de Niklas Luhmann foi escolhido como referência, por explicitamente tratar da comunicação jurídica e sua multiplicidade de desentendimentos como parte do cotidiano da sociedade, a par de outras citações secundárias a respeito do fluxo da comunicação, que são bem integradas com a ideia de que a crise moderna é uma apologia para o acolhimento de uma multiplicidade de narrativas.

A dúvida a ser esclarecida ao longo deste tópico é como se pode falar em autonomia do direito ante a pluralidade de respostas do mundo jurídico em razão de uma mesma provocação.

Seria possível esperar que a segurança jurídica tratasse como problemática a falta de uniformidade de julgados, independente do local e do tempo onde se faz jurisprudência? Qual o grau de variação de resposta legítimo?

Um mesmo passado na modernidade foi objeto de diversas leituras para justificar pretensões sobre o futuro. Koselleck tratou esse fenômeno como uma característica da sociedade moderna, acentuada pelos conflitos ideológicos sobre qual a melhor versão da história para entender o futuro. Esse espaço de disputa é em especial jogado em torno dos conceitos abertos a respeito dos quais se busca consolidar posições estratégicas.<sup>120</sup>

A antítese espelhada em conceitos como esquerda e direita, conservador ou revolucionário etc., esclarece que a ação política transformou-se no instrumento para dirimir qual corrente da história deveria ser vencedora.

Entretanto, segundo Koselleck, a metodologia para entender a história garantiria um espaço de verdade e, por outro lado, evitaria a completa relativização dela. Metodologicamente, deveriam ser usadas categorias transcendentais no momento de análise. Elas seriam o "espaço de experiência" e o "horizonte de expectativa". A primeira indicaria o conjunto de ações do passado, como símbolo moral de pertencimento do indivíduo na comunidade, ao passo que a segunda seria uma consequência do modo como o indivíduo se situa no passado.<sup>121</sup>

A peculiaridade do mundo moderno, entretanto, é quando o "horizonte de expectativa" deixa de ser o referencial para entender o passado. Haveria uma desintegração entre as experiências do passado e o que se espera do futuro, como uma característica da crise da modernidade. A história

---

<sup>120</sup> KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**. Rio de Janeiro: contraponto, 1999, p. 121-137.

<sup>121</sup> KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**. Contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: contraponto, PUC-RJ, 2006, p. 305-328.

como o caminho por que os homens percorrem passou a ser uma contradição quando comparada com o destino ou com qualquer força metafísica.<sup>122</sup>

O pensamento existencial do indivíduo, aprofundado na filosofia de Heidegger e Gadamer, é levado para a crise existencial comunitária, entendida como o questionamento da ausência de uma epistemologia própria para entender a história de um povo, haja vista que o referencial coletivo não é a soma de vários indivíduos, mas um ente próprio. Por isso a pergunta filosófica que permeia o trabalho de Koselleck seja encontrar um método, que auxilie na contribuição de encontro da verdade na investigação histórica.<sup>123</sup>

Não é claro no pensamento de Koselleck como resolver o dilema entre o niilismo e a noção de verdade única. Em seus últimos anos de produção acadêmica se fortalece a ideia de que a história é plural, podendo ser lida de diferentes maneiras, a depender do observador.<sup>124</sup>

Os críticos destacam que a verdade e o método viraram dois conceitos antitéticos sem que Koselleck tivesse fôlego para desenvolver uma teoria que servisse de ferramenta para dizer se ainda haveria um lugar da verdade dentro do método.<sup>125</sup>

Koselleck, com o seu falecimento precoce, não teve tempo de oferecer uma resposta madura à crítica de N Luhmann, quando este o acusou de admitir a figura do observador externo, com o par de lentes metodológicas para encontrar a verdade e para compreender a História.<sup>126</sup> Se o seu pensamento caminhou para dizer que o observador externo também não detém a chave da verdade, é possível concluir que suas ideias adquiriram alto grau de desconstrução, coincidindo com o de Luhmann.

Reconhece-se que a comunicação só se faz na história, ou melhor, no tempo entre se comunicar e em ser compreendido. A comunicação envolve emitir uma mensagem, o conteúdo da mensagem e o ser compreendido, com a consequente resposta de aceitação ou recusa acerca dessa mensagem — seriam em suma a informação, ato de comunicar e ato de entender. Haveria uma

---

<sup>122</sup> KOSELLECK, Reinhart. **O conceito de história**. Belo Horizonte: autêntica, 2016, p. 209-221.

<sup>123</sup> OLSEN, Niklas. **History in the plural: an introduction to the work of Reinhart Koselleck**. C. 05, **Theorizing historical time and historical writing**. Library of congress: 2012. E-pub.

<sup>124</sup> *idem, ibidem*.

<sup>125</sup> *idem, ibidem*.

<sup>126</sup> *idem, ibidem*. ANGELELI, Gustavo. Tempo e direito: experiência e expectativa no sistema jurídico. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-13012017-163206/publico/GustavoAngelelliTempoeDireitoParcial.pdf>. Acesso em: 07/07/2019. IRELAND, Craig e CARVOUNAS, David. Disponível em: [https://www.academia.edu/7562213/Time\\_Society\\_Future\\_Learning\\_from\\_Koselleck\\_and\\_extrapolating\\_from\\_Elias\\_Precariousness\\_the\\_Secured\\_Present\\_and\\_the\\_Sustainability\\_of\\_the](https://www.academia.edu/7562213/Time_Society_Future_Learning_from_Koselleck_and_extrapolating_from_Elias_Precariousness_the_Secured_Present_and_the_Sustainability_of_the). Acesso em 07/07/2019. LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis, rj: vozes, 2010, p.

contingência entre as diversas formas de se emitir a mensagem e as diversas formas de compreender ou responder à comunicação (dupla contingência).<sup>127</sup>

Assim, p.ex, o direito poderia ler de diferentes maneiras a sua produção jurídica, pondo em destaque novos significados do passado para entender melhor o futuro. — E por que isso seria feito? As necessidades de cada incursão pela história são diferentes para quem a observa, estimulando modos singulares de olhar o passado.

A possibilidade de completa relatividade diminui, na medida em que a comunicação se realiza com sucesso. A resposta positiva dada a uma comunicação levaria a uma nova comunicação, mediante uma prática sedimentada de significado — ensinaria a formação de memória. Haveria uma redução de incertezas e, portanto, da complexidade.<sup>128</sup> P.ex., o uso contínuo do sentido de uma norma jurídica garante um código simbólico generalizado de comunicação, orientando as pessoas sobre a licitude de um comportamento, até que o próprio sistema jurídico pode variar essa resposta, a depender do modo como observa o estímulo vindo do entorno que o cerca.

A lógica da comunicação trabalha com o paradoxo de incluir o terceiro excluído, uma vez que a resposta pode ser confirmar, negar, ou simplesmente recriar a pergunta ou a indiferença. A forma revelada com um sentido não afasta a infinitude de sentidos que ficam ocultos com a distinção provocada pelo emissor, ao eleger um significado do que pretende comunicar (re-entry).<sup>129</sup>

A evolução dos sistemas fez com que haja mecanismos de revisão sobre os sentidos observados, agindo como uma observação em segunda ordem e aumentando a contingência das respostas ao longo do tempo.<sup>130</sup> O presente, dessa vez, torna-se a diferença indeterminada entre o passado e o futuro, na medida em que as três construções do tempo podem se relacionar sempre como uma novidade.<sup>131</sup>

A modernidade, pontuaria Luhmann, abre espaço para a individualidade das observações, comumente testadas por indivíduos e organizações.<sup>132</sup> Estas são agremiações que fomentam determinado saber, praticando comunicações entre diversos sistemas, mas operando dentro de um sistema.<sup>133</sup>

Os tribunais seriam um exemplo de organização. Os dados analisados no último capítulo demonstram que a releitura de decisões do passado são feitas para resolver dúvidas do presente, como irritações sobre o que se gostaria de ver no futuro como código generalizante de conduta.

---

<sup>127</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis, rj: vozes, 2010, p. 293-315.

<sup>128</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: herder, 2006, 144-176.

<sup>129</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>130</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis, rj: vozes, 2010, p.152-177.

<sup>131</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática**. Petrópolis, RJ: vozes, 2018, p. 139-214.

<sup>132</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010, p. 61-106.

<sup>133</sup> *Idem, ibidem*.

Essa reinvenção de códigos generalizantes provoca novas inclusões e exclusões dentro do tribunal, ora destacando aspectos sociais, como a desigualdade do exercício de direitos, ora econômicos, como a maior fruição de garantias para que detém maior renda.

Isso denota que o processo é um sistema, mas também um produto da interação de diversos sistemas, permeados pela organização tribunal.

Termos como direito subjetivo ou direito adquirido funcionam como uma figura de linguagem para abreviar o discurso, uma imagem, em vez de serem referências sobre algo do mundo real.<sup>134</sup>

À quebra da correspondência de realismo a respeito do que sejam direitos fundamentais, porém, é dado dizer algo mais. Quem formaria essa imagem com um quê de subjetivo? Como fenômeno do individualismo moderno, a diferenciação funcional de diferentes subsistemas põe o direito subjetivo numa relação de comunicação assimétrica complementar, em que o ambiente exige respostas, mediante irritações, do sistema jurídico, o qual, ao observar esse comportamento, produz dentro do seu próprio sistema o sentido do direito subjetivo.<sup>135</sup>

Nesse raciocínio, a projeção do sentido da prova ilícita dependeria da leitura autorreferente pelo sistema jurídico do que significa o direito subjetivo sacrificado, como pressuposto para o aceite da prova ilícita. Seria um caminho metodológico para a prova em referência produzir efeitos dentro do processo. Necessariamente, nesse percurso deveria ser situado em qual "horizonte de expectativa" desejado e em qual "espaço de experiência" se situa a decisão do tribunal. Embora esse dois conceitos não integrem um bloco monolítico de sentido, quem decide deve dizer como eles se relacionam.

A falta de indicação desse "espaço de experiência", experimentada no direito brasileiro em grau elevado, como se verá, põe a indagar qual o papel da segurança jurídica como legítimo preceito da identidade da ordem jurídica, que deve produzir respostas sobre o que é legal e ilegal de modo autônomo, face aos problemas apresentado no ambiente do direito - entorno formado por diversos sistemas sociais como a economia, a política etc.

A completa dissolução do vínculo entre o passado e o futuro faz com que, a cada novo futuro, surjam novos passados, dando-se origem a um historicismo marcado por disputas de narrativas, que comprometem a funcionalidade do direito.<sup>136</sup> É uma crise já anunciada, em que

---

<sup>134</sup> MAIA, Alexandre da. O direito subjetivo como imagem. Disponível em [https://www.academia.edu/6223939/O\\_DIREITO\\_SUBJETIVO\\_COMO\\_IMAGEM?auto=download](https://www.academia.edu/6223939/O_DIREITO_SUBJETIVO_COMO_IMAGEM?auto=download). Acesso em 07/07/2019.

<sup>135</sup> LUHMANN, Niklas. Direitos subjetivos - sobre a reestruturação da consciência jurídica para a sociedade moderna. **Teoria dos sistemas na prática**. Petrópolis: vozes, 2009, 160-166. Essa reflexão de Luhmann se aplica sobretudo aos direitos subjetivos ideológicos, em que as normas conferem direitos, mas, por outro lado, não impõe deveres de cumprimento. FERRAZ jr, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: forense, 1997, p. 91.

<sup>136</sup> KOSELLECK, Reinhart. **O conceito de história**. Belo horizonte: autêntica, 2016, p. 209-222.

novos aprendizados, ante respostas conflitantes do direito, significam que expectativas normativas se transformam em expectativas cognitivas e, portanto, invisíveis ao direito, pressionando-o para que sua produção de informações volte a ter relevância.

A tensão entre passado e futuro marca uma etapa na qual o direito pode reafirmar a sua memória, para atender as expectativas normativas contrafáticas, ou pode inovar.. Tanto as questões de fato quanto a de direito são objeto de leitura pelo sistema jurídico, para dizer como os fatos devem ser lidos, em face de comportamentos desviantes da norma. Na verdade, essa leitura se insere no programa condicional “se, então” para reestabelecer a “paz jurídica”, após a constatação da hipótese condicional, que se situa claramente no passado.<sup>137</sup>

Na atividade de se comunicar, os detalhes e as sutis distinções sobre fatos e normas fazem com que normas de médio ou pequeno grau de abstração resultem em novos regimes jurídicos, ao inaugurar exceções que outrora não eram disciplinadas no ordenamento. Veja o caso da relativização da prova ilícita: havia a presença da "casa", mas ela era usada principalmente para guardar instrumentos de crime, logo era despicienda a expedição de mandado, que outrora era exigido; ou existiam circunstâncias que demonstravam a presença de crime, mas não havia urgência que justificasse uma violação de domicílio sem ordem judicial prévia, portanto não era possível a autoexecutoriedade do ato administrativo, por ausência de causa provável ou fundadas razões<sup>138</sup> etc.

Pensar o direito como sistema, aproxima-o de considerações sobre o fluxo de informação; e igual ocorre nos estudos de cibernética. Convém notar como as informações são recebidas por determinada estrutura decisória e respondidas após o seu processamento. Na interação entre sistemas e troca de informações, não se pergunta como as coisas são, mas como pessoas e coisas se relacionam dentro de um contexto em que passado e futuro são indissociáveis.<sup>139</sup>

Existem operações de abertura e fechamento cognitivo, para inaugurar e finalizar o processo de comunicação, a fim de fomentar a autopoiese.<sup>140</sup>

Por consequência, os fatos não são dados, mas são construídos pelo próprio direito a partir dos seus observadores que são, na verdade, os operadores do direito. Dessa forma, não existe uma separação entre sujeito e objeto, mas um processo contínuo de comunicação.<sup>141</sup>

---

<sup>137</sup> Diferente das expectativas normativas, as expectativas cognitivas são um aprendizado apenas para o futuro, com a aplicação de novas técnicas, antes o resultado inapropriado de técnicas anteriores. O programa condicional denota a importância do passado, para ocorrer a consequência. *Idem, ibidem.*

<sup>138</sup> CPP: Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: (...)

<sup>139</sup> WIENAR, Norbert. **The control and the communication in the animal and the machine.** 3ª Ed. Cambridge: MIT, 1984, parte I, capítulo VII. Versão eletrônica. WIENAR, Norbert. **The human use of human beings.** Cybernetic and society. Da capo press, capítulo I, Cyberneti in history. Versão eletrônica.

<sup>140</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Petrópolis, RJ: vozes, 2010, p. 101-127.

A atividade probatória, como processo de comunicação situada no acoplamento estrutural entre sistema jurídico e ambiente, visa a justificar a relação orgânica entre a norma jurídica e os fatos, por meio da construção de sentido, ou melhor, da realização de determinada forma. As provas, na expressão de fatos colhidos, funcionam como "grounds" (razões de convencimento) em prol de determinada conclusão do raciocínio jurídico. Porém, a forma usada de argumentação não afasta a possibilidade de ser de outro modo.<sup>142</sup>

As teorias da decisão fortalecem a dogmática como um campo de conhecimento em que os pontos de partida não podem se fechar para ideologias de uma única resposta. O respeito ao sistema jurídico se dá pela sua autonomia em construir o código lícito/ilícito e, sobretudo, pela sua singular funcionalidade de garantir estabilidade mediante adaptação a estímulos do ambiente, não importa quais sejam as ideologias. O "eigenvalue" se esconde no paradoxo de que o direito sempre pode ser de outro modo, para garantir expectativas normativas contrafáticas. A circularidade passa a ser uma virtude e não um defeito como poderia parecer para uma visão ingênua ou capciosa do direito, preocupada em garantir uma única resposta, como se a justiça tivesse um conteúdo substancial absoluto. A versão aberta do ordenamento, com inimagináveis pontos de partida, é o que garantiria imperatividade. Mais um paradoxo de que o direito precisa.

Denota-se, portanto, que a relação política, e moral e o direito é uma experiência rica ao longo do tempo. Sem essa troca de experiência, o sistema morre.

Se o entorno ao direito — seja a política, p.ex. — apresenta estímulos variados, como conflitos partidários de repercussão nos meios de difusão, o direito apresenta respostas variadas. A variedade assinala que o sistema está sempre aprendendo e oferta, por conseguinte, baixa normatividade, memória ou repertório. Diferentemente, se a estabilidade buscada pelo direito fosse uma caixa de ferro, as frustrações do ambiente levariam ao isolamento do sistema jurídico, dando ensejo à sua total irrelevância.

As crises de legitimidade deve ser algo esperado, quando as decisões jurídicas são criticadas pela observação, p.ex., do sistema político e se busque um novo equilíbrio, com mudanças no próprio sistema político ou do direito. Os sistemas se estranham, pois não observam com facilidade a identidade de um deles.

Aumenta-se, nessa linha, a pressão contra as organizações, uma vez que elas, como espaços de decibilidade, são intersistêmicas por natureza e sofrem a irritação de vários sistemas. Um efeito disso é que elas, ao escolher um programa decisional, promove a expulsão de quem não comunga do saber e, por essa via, pode aumentar a crise de legitimidade do sistema. É o que ocorre quando os

---

<sup>141</sup> NERHOT, Patrick. The fact of law. **Autopoietic law — a new approach to law and society**. TEUBNER, G. (org). Berlin: bad fiesolana, 1988, p. 312-334.

<sup>142</sup> BROWN, G Spencer. **Laws of form**. London: the Julian, 1972, p. 69-76.

tribunais afrontam continuamente o espaço de decisão dos poderes executivo e legislativo, levando a períodos de autocontenção

A patologia decididamente parece existir quando os sistemas não conseguem mostrar que suas comunicações são operadas por decisões internas. O sinal maior é quando o código de um se sobrepõe ao do outro, ou, em outra ordem, quando a heterorreferência do ambiente se substitui à autorreferência do sistema jurídico.

Aqui, novamente, volta-se à ideia de que um sistema não pode se subordinar ao ambiente, tampouco goza de completa autonomia. O programa decisional se executa com memória e inovação, sem saber exatamente como tudo é processado entre a entrada e saída da informação. Paira uma "caixa preta", em que se saberia a informação de entrada, mas não a de saída, tampouco como a informação se processou, tornando um sonho o sistema ser 100% previsível.<sup>143</sup>

Como já visto, o alinhamento entre os sistemas poderia se dar por uma orientação contextual, consistente num acoplamento estrutural entre sistemas, de sorte que as observações de um e de outro sistema estejam sempre no regime de tolerância e de busca de acordo, sob pena de consequências indesejadas para todos os envolvidos.<sup>144</sup>

A modulação de interpretações não passa despercebida pela teoria da argumentação. A escolha de Aulis Aarnio para mostrar como a forma argumentação é um excelente meio para analisar o problema proposto na tese é porque o autor sintetiza a preocupação moderna acerca de certeza e correção, dando maior concretude a essa relação, a qual lida como conciliar a expectativa de certeza jurídica e a exigência de aceitabilidade material do direito.

Há o inconveniente de o autor ainda estar vinculado ao mundo da vida comunicativo, que funciona como pano de fundo racional teórico para unir as diversas possibilidades de como pode ser o direito. Mas, por outro lado, o A. Aarnio centra sua atenção sobre o fenômeno de que nas democracias modernas as autoridades precisam justificar as suas decisões a todo momento. E essa justificativa passa por um método submetido ao crivo da maioria da comunidade jurídica, a qual adere ao "jogo" do discurso racional, cuja norma fundante é não admitir a ideia de valores ou opiniões em absoluto, sob o mando do princípio comunitário da maioria racional.<sup>145</sup> A pergunta é como garantir que a maioria não viole direitos fundamentais? Para essa inquietação, Marcelo Neves mostra que os princípios têm como função primária a abertura comunicativa, a fim de o ordenamento promover observações de segunda ordem. A resposta parece estar além do direito, vinculada ao modo pelo qual as esferas comunicativas se relacionam.

---

<sup>143</sup> ASHBY, Ross. **Introdução à cibernética**. São Paulo: perspectiva, 1970, p. 286-311.

<sup>144</sup> MASCAREÑO, Aldo. Sociología de la intervención: orientación sistémica contextual. **Revista Mad-Universidad de Chile**, nº 25, septiembre, p. 1-33. 2011.

<sup>145</sup> DOBROWOLSKY, Samantha Chantal. **Justificação jurídica e sociedade na visão de Aulis Aarnio**. Dissertação mestrado. Curso de pós graduação em direito. UFSC. Florianópolis- SC. 1997.

O sistema jurídico conta com a contingência para poder operar. Uma instigante pergunta é, dadas as constantes mudanças de expectativas normativas, não seria melhor que o direito delegasse a função de estabilidade para o executivo ou o legislativo? Nesse caso, a dogmática, com efeito, estaria com os dias contados, pela perda de sua funcionalidade, enquanto pontos de partida abertos, sem comprometimento ideológicos.

A reinvenção da dogmática parece estar em aprofundar o estudo de como os pontos de partida devem ser recriados. Poderes como o executivo e legislativo podem oferecer soluções concretas e rápidas, mas, diferente do judiciário, sem tanto comprometimento com a coerência. Ramos cuja funcionalidade tivesse um apelo mais concreto, poderiam apontar sempre soluções possíveis, mas a velha teoria geral do direito deveria se preocupar em como institutos podem ser criados para acomodar o nível de complexidade da sociedade moderna, que pede novas respostas com a urgência do tempo.<sup>146</sup> O princípio da legalidade não foi abandonado, porém fortalecido com a ideia de que a decisão deve ser submetida ao escrutínio social mais amplo possível, para posteriormente durar no correr dos anos.<sup>147</sup>

A ideia de que existe a proibição do *non liquet* como imposição legal conduz o direito para caminhar com observações de segunda e outras ordens, para cumprir que o paradoxo de "poder ser de outro modo" tenha como fio iluminado a busca de consistência por justiça, em vez de simples coerência de regras.<sup>148</sup>

A hipótese exposta nesta tese não destoa das referidas preocupações, pois o encontro do justo título do fato jurídico da produção da prova aparentemente ilícita, mediante exposição fundamentada do sacrifício e compensação dos direitos materiais, é a antessala para se aplicar o permissivo legal de relativização da prova proibida. E por que se precisa dessa metodologia? Porque a construção das questões de fato e de direito são muito ricas e não pode ser refém de um raciocínio causal que diga quando a prova pode ser usada ou não. Há a tradição e o respeito ao caso concreto, duas frentes pela quais a forma justiça deve zelar.

### 3.5 O papel da política na conformação do uso da prova ilícita no direito norte-americano

A divisão de forças entre as duas Casas do congresso norte-americano, aliada a divergências com o Executivo, fortaleceu o papel do judiciário como o ponto de equilíbrio entre os três poderes. Porém, tal assertiva, colhida dos tópicos anteriores, precisa ser complementada com a relação

---

<sup>146</sup> RAMOS, Luiz Felipe Rosa. **Por trás dos casos difíceis**. Dogmática jurídica e a proibição da denegação de justiça. Curitiba: Juruá, 2017, p. 143-151 e p. 172-180.

<sup>147</sup> idem, ibidem.

<sup>148</sup> idem, ibidem.

específica entre executivo e judiciário, eis ser um capítulo importante para entender a mudança da jurisprudência acerca do sentido de uso da prova ilícita.

A análise da atuação do tribunal pode ser feita sob dois eixos analíticos. O metodológico, de caráter jurídico, em que se analisa como o tribunal segue doutrinas jurídicas, destacando-as em suas decisões. E o outro, de feição institucional, em que se retrata a relação da Corte com as demais instâncias estatais de poder, na medida em que o judiciário se sobrepõe à atividade dos demais poderes. A seguir, optou-se pelo uso de ambos critérios, mostrando o ativismo e autocontenção da Suprema Corte norte-americana.<sup>149</sup>

O destaque deve ser dado a teoria dos frutos da árvore envenenada, porque, até então o seu surgimento, a jurisprudência permitia o uso da prova ilícita, com a consequente apuração de responsabilidade de quem deu causa à prova. Era diferente do direito europeu, que, da inexistência ou nulidade absoluta da prova, não permitia qualquer consequência válida. Em especial, será útil analisar a quarta emenda à constituição norte-americana, que trata sobre a proteção da expectativa da privacidade em face das ações interventoras do Estado.<sup>150</sup>

Em 1914, em *Weeks v. United States*,<sup>151</sup> a Corte dos EUA deixou claro que as provas não poderiam ser colhidas às custas do desrespeito do direito de propriedade.<sup>152</sup> Fremont Weeks foi acusado de usar o sistema postal para comerciar tickets de loteria ilícitos. Em duas ocasiões, ele teve a sua propriedade invadida por policiais, sem autorização judicial, para buscar e apreender material de ordem pessoal, cujo posse em si não era qualificada como proibida. A Corte decidiu que devem ser excluídas de julgamento as evidências colhidas com desrespeito à quarta emenda. Na época, ainda se considerava que o principal valor ao redor da emenda constitucional era a proteção da propriedade; situação que fora alterada posteriormente, eis que a proteção, na verdade, é sobre a intimidade da pessoa.

Em 1920, em *Silverthorne Lumber Co v. United States*,<sup>153</sup> a jurisprudência, com o voto decisivo do juiz Oliver Holmes, deu origem à teoria dos frutos da árvore envenenada, ressaltando-

<sup>149</sup> LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política**. Ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: juruá, 2014, p. 210-215.

<sup>150</sup> Ramos, Joao Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal Norte-americano penal americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 121-134.

<sup>151</sup> *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914). É importante registrar que o caso *Weeks v. United States* se deu após um retrocesso de direitos do acusado num caso antecedente. Em *Adams v. New York* (1904), a busca judicial autorizou a apreensão de recibos que comprovariam jogo ilegal, mas os policiais ampliaram a ordem judicial para incluir outros documentos. Nesse caso, entendeu-se que a irregularidade não tinha o condão de anular e excluir a medida judicial. Foi um retrocesso perto de *Boyd v. United States* (1886), um caso fiscal, no qual houve a anulação porque se obrigou a entrega de documentos privados, sob pena de haver confissão de importação fraudulenta de vidro. Nesse último caso, entendeu que causa da busca não era razoável, ademais violava a proibição de se autoincriminar.

<sup>152</sup> Viam-se os direitos individuais como caso de manifestação do direitos de propriedade. Os direitos de intimidades só parecem no magistério jurisprudencial ao longo do pós segunda grande guerra mundial.

<sup>153</sup> *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920). Em

se a fonte independente.<sup>154</sup> Agora, não se tratava apenas da proteção de propriedade lícita, mas também o gérmen de garantir a intimidade da casa.

Cuidava-se de uma empresa que sonegava pagamento de tributos federais e agentes federais copiaram irregularmente os livros fiscais desta empresa como prova da fraude. Apesar de os agentes serem obrigados a devolver o material apreendido, tentaram usar as anotações após coleta do material, para obter novo mandato de busca e apreensão. A Suprema Corte considerou que a vedação de apreensão era estendida para proibir qualquer vantagem decorrente dessa malsinada apreensão. As provas ilícitas não poderiam ser usadas no processo em que apresentadas, nem, por consequência lógica, em outros, tirante respeitáveis exceções como a fonte independente, descoberta inevitável e a atenuação do ilícito na medida em que se amplia a cadeia derivada de provas.

Nos dois casos acima, há uma relação entre a proteção de domicílio contra buscas e apreensões ilegais e a garantia do devido processo legal. Respectivamente, 4ª e 14ª emendas à Constituição dos Estados Unidos.<sup>155</sup>

Ademais, no precedente *Boyd v. United States* (1886), discutiu-se uma relação conjugada entre a 4ª e 5ª emendas, como se a apreensão merecesse ser censurada quando houvesse uma autoincriminação. Logo, não importaria se o material apreendido era de posse ilícita; a intenção era averiguar se a entrega foi fraudulenta e, por isso, violaria a proibição de autoincriminação. Desse modo, a 4ª emenda passou a ter uma doutrina própria, e das mais nobres, eis que originou a teoria dos frutos da árvore envenenada. Prova disso se deu no caso *Gouled v. United States* (1921), em que se apurava fraude em contratos governamentais, a Corte gizou que a proibição de busca e apreensão com desrespeito à 4ª emenda impedia o uso da prova, independente de questões procedimentais do momento em que houve a alegação de que a prova deveria ser excluída. Da mesma forma, em *Agnello v. United States* (1925), não se distinguiu mais entre papéis de posse lícita ou ilícita, mandou-se excluir a prova consistente numa lata de cocaína apreendida ilegalmente. A controvérsia sobre a propriedade — se era ilícita — tornou-se secundária ante o argumento de

---

<sup>154</sup> A teoria dos frutos da árvore envenenada ganhou esse nome com o caso *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939), que decorreu da interceptação telefônica em desacordo com os normativos da espécie, de modo que a prova diretamente ligada a essa evidência estava também contaminada. Voto do juiz Frankfurter: Once that is established -- as was plainly done here -- the trial judge must give opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a fruit of the poisonous tree. This leaves ample opportunity to the Government to convince the trial court that its proof had an independent origin. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>, disponível em 13/09/2020.

<sup>155</sup> 4th. "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects,[a] 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." 14th. "**Section 1.** 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."

que não se poderia reivindicar a propriedade dela, sob pena de se ferir a quinta emenda (que veda a autoincriminação).

O apelo político do tema em comento fica agigantado quando se percebe que a utilização da prova ilícita pode beneficiar a acusação, em vez de favorecer a defesa. As primeiras relativizações das proibições de usar a prova ilícita, em benefício da tarefa de acusar, deram origem aos institutos da fonte independente e da descoberta inevitável, respectivamente, conhecidos quando, num juízo retroativo, mostrar-se que a fonte da informação foi obtida independentemente da prova ilícita ou, num juízo prospectivo, quando a informação puder ser obtida por meios investigativos lícitos, de acordo com o padrão ordinário das investigações. Da mesma forma, ainda houve um terceiro instituto, sem sucedâneo legal no Brasil, conhecido como conexão atenuada, quando se mostra que a conexão entre as provas foi atenuada ao longo do tempo de descobertas de outras evidências.<sup>156</sup>

As garantias fundamentais em matéria criminal são a melhor ilustração de como direito e política se relacionam. Com efeito, em 1968, o presidente Nixon registrou que o Judiciário enfraquece a luta da paz contra o crime — era uma crítica velada ao período em que a Corte maior dos EUA ficou conhecida como "Court Warren" (1953-1969) —, nome dado em face do presidente do tribunal Earl Warren. Com a indicação de novos ministros, veio a Corte de W. Burger (1969-1986), inaugurando um período mais conservador e punitivo na jurisprudência, seguido pela Corte de Rehnquist e de Roberts, ambos ministros-presidente oriundos de indicação do partido conservador republicano e preocupados com a eficiência dos resultados de investigação.<sup>157</sup>

É importante pontuar as considerações da doutrina a respeito da aplicação da emenda constitucional de proteção da propriedade e intimidade do cidadão. Vejam-se os argumentos situados em lados opostos. A favor da exclusão da prova, podem ser apontadas a garantia de integridade judicial, o grau de confiabilidade da prova e a expectativa de privacidade da pessoa afetada. Já os partidários da limitação da exclusão ponderam que o afastamento da prova não deve ocorrer se implicar um pesado custo à eficiência do sistema de justiça e se o afastamento não tiver o efeito dissuasório almejado.

Conjuga-se com o estudo dos diversos direitos tutelados nas emendas à constituição americana a necessidade de se preservar a integridade judicial, em caso de intervenção em direitos fundamentais, consistente em dizer a obrigação de as ações da justiça estarem de acordo com a lei.

Os argumentos, não obstante, sempre são sopesados. Ao lado da descrença com a

---

<sup>156</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006, p. 121-132.

<sup>157</sup> EPSTEIN, Lee e WALKER G., Thomas. **Rights, Liberties and Justice**. Constitutional law for a changing America. Ninth Edition. Washington DC: sage, 2016, p. 465-467. "If so, has this reaction imposed a reasonable balance between effective law enforcement and the rights of the accused, or has it gone too far in favoring the prosecution of criminal defendants?", p. 467.

confiabilidade da prova e do cuidado com a expectativa de privacidade, ponderam-se dois pontos: qual seja o custo de afastar a eficiência da investigação e se perguntar se, de fato, haverá o efeito dissuasório como recompensa à exclusão da prova — isto é, de prevenção contra a repetição de ações danosas futuras por agentes de segurança. Argumenta-se que a prova não pode ser afastada a qualquer custo, pois a sociedade precisa estar protegida contra ações danosas. Por isso o Estado deve se comprometer com um processo criminal eficiente. Por fim, se não existe o efeito dissuasório, não faria sentido sacrificar o resultado da persecução penal, se o ofendido teria as vias da responsabilidade civil para ser ressarcido por causa da violação do direito de intimidade/propriedade.<sup>158</sup>

A raiz dessa polarização está nas referências históricas da quarta emenda, pois esta é um reflexo da insatisfação com o “writs of assistance” do direito inglês, que permitia medidas gerais de busca e apreensão, sem especificar lugares ou pessoas. Foi comumente usado contra conspirações políticas e contra o comércio clandestino de mercadoria nas colônias inglesas.<sup>159</sup>

A preocupação em preservar a integridade da propriedade e das pessoas veicula-se na metáfora inculpada na 4ª emenda — “pessoas, casas, papeis e outros” —, que só devem ser violados mediante a apresentação solene de uma causa provável perante o judiciário, que examinará se é a hipótese de autorizar a quebra de integridade pessoal ou real.

A ampliação dessa garantia se deu, sobretudo, no pós da segunda guerra mundial. Coincidiu com avanço dos direitos civis e a busca e apreensão ilegal foi associada à violação da proibição de se autoincriminar. Nada mais natural do que relacionar essa garantia como parte do devido processo legal. Em 1961, a garantia em referência foi reconhecida como direito de todo cidadão submetido a um processo judicial. A “Warren Court”, em *Mapp v. Ohion* (1966), considerou que a regra de exclusão era aplicável ao processo judicial estadual, eis que decorre não apenas da quarta emenda constitucional, mas também da décima quarta emenda, que trata do devido processo legal e, portanto, é inerente a qualquer processo judicial (doutrina da incorporação). Levaram em conta que a razoabilidade da busca e apreensão, assim como os demais requisitos da quarta emenda, visam a proteger a liberdade e intimidade de qualquer cidadão americano, sendo missão do judiciário assegurar esses valores. O efeito dissuasório foi tomado como argumento secundário, quanto a evitar a repetição de condutas merecedoras de censura por violar normas constitucionais, e, do mesmo modo, o custo de eficiência do processo penal. Nesses considerandos, afastou-se da tradição britânica de acolher a prova ilícita e punir quem a produziu, uma vez a proteção da intimidade não

---

<sup>158</sup> DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita**. Um estudo comparado. São paulo: marcial pons, 2014, p. 33-37.

<sup>159</sup> EPSTEIN, Lee e WALKER G., Thomas. **Rights, Liberties and Justice**. Constitucional law for a changing America. Ninth Edition. Washington DC: sage, 2016, p. 468 e 469.

poderia ser sopesada com o efeito dissuasório ou com a preocupação de eficiência da atividade persecutória.<sup>160</sup>

Convém repetir que o movimento de conquista de direitos civis, que permeou o debate público norte-americano após a segunda grande guerra mundial, foi decisivo para consolidar a posição garantista, pendendo para se entender a quarta emenda como uma garantia fundamental do povo americano.<sup>161</sup>

Num tempo seguinte, o período de influência liberal na Corte correspondeu à fase de erosão das conquistas de garantias ao redor da quarta emenda. Entretanto, a forte reação só pôde ser explicada ao contrastar a narrativa do rápido e forte fortalecimento das ditas garantias ao longo do início do século XX.

Já em 1966, no precedente *Schmerber v. California*, a Suprema Casa de Justiça dos EUA considerou que a extração compulsória de sangue, quando havia sinais de embriaguez, era uma medida de busca e apreensão justificada numa causa provável para condenar. Ademais, não houve violação contra a quinta emenda (que proíbe a autoincriminação), uma vez que a evidência física do sangue não pode ser comparada a uma testemunha. Em *Alderman v. United States*, 1969, considerou-se que apenas os titulares de expectativa de privacidade é que poderiam questionar a legalidade da busca e apreensão. Os demais poderiam ter a evidência coletada ilegalmente usada contra si.<sup>162</sup>

Em 1974, a composição da Corte começou a se apresentar como liberal — período da Corte do presidente Warren Burger. Decidiu-se, em *United States v. Calandra*,<sup>163</sup> que a regra de exclusão da prova ilícita, obtida com violação à quarta emenda, não era aplicável para o grande júri (procedimento de admissibilidade da denúncia, grosso modo). A Corte não aceitou que uma testemunha pudesse silenciar-se ante perguntas feitas com base em evidência colhida em apreensão ilícita. Pontuou-se que a regra de exclusão visa a dissuadir más condutas e não é um privilégio constitucional que possa ser usado como direito individual. Inverteu-se a equação do período

---

<sup>160</sup> Um precedente da doutrina da incorporação está em *Gitlow v. New York* (1925) e no caso *Wolf v. Colorado* (1949). *Mapp v. Ohio* foi uma votação em que a maioria foi apertada e enfrentaram o argumento de que a regra de exclusão era uma criação jurisprudencial e não se deduzia diretamente da emenda constitucional. Ademais, a décima quarta emenda não era uma norma constitucional. Nas considerações da tese vencedora, secundariamente, está o fortalecimento do devido processo legal como de evitar a repetição da má conduta policial (efeito dissuasório / "deterrent effect") e não reparar. Por fim, ela visa a garantir a integridade do sistema judiciário. Na década de 1950, apenas 16 estados, contra 31, tinham aderido à regra de exclusão da prova. Essa quando foi mudando em favor da regra, de modo que a maioria dos Estados já tinham aderido, durante o julgamento de *Mapp v. Ohio*, afastando a tradição inglesa de acolher a prova e responsabilizar quem a produziu. RIBEIRO, Pedro Melo Pouchain. **La Regla de exclusion de la prueba ilícita**. São Paulo: Tirant lo blanch brasil, 2020, ebook, p. 74-80.

<sup>161</sup> FRIEDMAN, Lawrence M. **A history of american law**. Third edition. New York: touhstone, 2005, p. 571-573.

<sup>162</sup> RIBEIRO, Pedro Melo Pouchain. **La Regla de exclusion de la prueba ilícita**. São Paulo: Tirant lo blanch brasil, 2020, ebook, p. 90-92.

<sup>163</sup> *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974).

garantista anterior; agora, o efeito dissuasório e o custo de efetividade do processo ocuparam papel de argumentos essenciais para relativizar a exclusão da prova. Com efeito, disseram que essa equação precisava ser feita, haja vista que a regra de exclusão é uma criação jurisprudencial, sem arrimo constitucional.

Houve o aproveitamento da incoerência das decisões da era Warren, que, ora relacionavam a 4ª emenda com a 5ª, ora não, para mostrar que a decisão *Mapp v. Ohion* não representa a linha de tradição da jurisprudência americana, no sentido de que a regra de exclusão visava primariamente a dissuadir a prática de novas condutas abusivas. E, nessa previsão, devia-se calcular o custo social de se aplicar a regra, em detrimento da integridade do sistema judicial.

Em 1984, veio o caso paradigma *United States v. Leon*,<sup>164</sup> criando a exceção de boa-fé, cuja largueza de significado erodiu paulatinamente o impacto dos precedentes de garantias sobre a importância da quarta emenda.<sup>165</sup>

A discussão foi sobre o que é causa relevante para justificar a ordem judicial de busca e apreensão. O caso foi o seguinte. A justiça local acolheu a causa relevante contada pela polícia, porém, mais tarde, viu-se que a fiscalização policial se iniciou por uma notícia anônima, posteriormente confirmada por outro depoimentos. As narrativas colhidas levaram à vigilância do traficante Ricardo del Castillo. A rotina de campana, por sua vez, levou a polícia a Alberto Leon, grande traficante na Califórnia. Foi obtido um mandato de busca e apreensão, mediante declaração solene perante autoridade ("affidavit"), a qual consistiu em observações policiais e informações colhidas de um informante confidencial (registrado como anônimo), resultando na apreensão de grande quantidade de droga.<sup>166</sup>

Mais tarde, a Corte local considerou que a declaração policial não era suficiente para sustentar uma "causa provável" e, por isso, o mandado deveria ser nulo. Embora os policiais estivessem de boa-fé, a Corte afirmou não ser a espécie de aplicar a exceção de boa-fé.<sup>167</sup>

A promotoria, por outro lado, argumentou que a regra de exclusão só se justifica quando sua aplicação resultar em prevenção contra ações policiais ilegais, para que a Polícia não mais cometa arbitrariedades. O custo de aplicá-la se torna demasiado, quando significar a impossibilidade de

---

<sup>164</sup> *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

<sup>165</sup> *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974). Também há o caso *United States v. Murray* (1988), em que se adotou a teoria da fonte independente sem indagações mais detalhadas. Houve uma busca e apreensão sem mandado judicial, que nada encontrou. Oito horas depois foi feita uma nova busca com ordem judicial. Foi encontrado material ilícito (drogas). Não houve discussão se o mandado foi obtido com base nas informações da busca ilegal. Cf. *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988)

<sup>166</sup> *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

<sup>167</sup> O argumento de Leon e de del Castillo era que a quarta emenda é um direito fundamental dos americanos e que sua violação implica a desconsideração das provas, mesmo que resulte em absolvições de prováveis condenados. Não é possível fazer uma análise de custo-benefício, quando o Estado pode colher provas corretamente, sem cometer atos arbitrários que, em alguns casos, são difíceis de serem provados.

combate ao crime e a improvável punição disciplinar de um policial, que agiu coberto pelas práticas recomendadas da Polícia. O ângulo de análise deveria ser a culpabilidade do agente estatal e o custo social de assegurar a integridade do sistema justiça. Segundo o Estado, seria o caso de se aplicar a exceção de boa-fé, afastando-se a regra de exclusão e se permitindo o uso da prova. Absolutamente, não se tratava de direito individual do ofendido e, sim, uma preocupação jurisprudencial acerca da integridade da justiça.

E, de fato, foi aplicada a exceção em comento. O justice White afirmou que a quarta emenda é mais um meio de corrigir a integridade do trabalho policial do que um direito do cidadão americano. Ademais, o trabalho policial não pode ser penalizado sobre o que seria "causa provável", requisito judicial para se autorizar a violação de domicílio. Quem faz a análise da relevância da causa é o poder judiciário, por meio de alguém que goza de presunção de imparcialidade e cuja decisão pode ser submetida à revisão. Logo, não faz sentido punir a polícia se houve um mau trabalho do judiciário.<sup>168</sup>

O caso *Nix v. Williams* (1984) vale a referência pelo uso do instituto da descoberta inevitável, que fora aludida em 1943, no caso *Sommer v. United States*. Williams foi submetido a um interrogatório sem a faculdade de presença de advogado. Cuidava-se da apuração de assassinato contra uma criança e, graças ao interrogatório malfadado, o corpo fora encontrado. Mas a polícia mostrou que chegaria ao local do corpo com o uso de outras evidências de origem lícita. A primeira condenação fora anulada, em face da evidência da prova ilícita. Todavia, no segundo processo, carregadas aos autos evidências lícitas a respeito do assassinato, a condenação fora mantida pela Suprema Corte dos EUA. Considerou-se que não faria sentido manter a anulação, com base na má-conduta da polícia, se havia provas colhidas licitamente.

Doravante, ainda que não haja paralelo no direito nacional, será feito breve comentário acerca da doutrina da conexão atenuada. Ela se aplica quando a importância da evidência ilícita é diminuída por força do tempo ou em decorrência da ação sucessiva das forças estatais, de sorte que não há mais interesse público em garantir o efeito dissuasório com a exclusão da prova. Tal doutrina ganhou contornos claros com *Wong Sun v. United States* (1963), em que houve uma busca e apreensão sem mandado, porém mais tarde a posse ilegal de drogas foi confessada pelo dono do local onde houve a busca. No mesmo sentido *Brown v. Illinois* (1975).

A consideração de que deve ser contrabalançado o custo social de aplicar o efeito dissuasório é melhor ilustrada no caso *Hudson v. Michigan* (2006), em que a polícia não respeitou a regra do "knock and announce", em que a polícia deve, após bater na porta, esperar alguns segundos para anunciar sua presença. Entendeu-se que a não observância dessa regra seria uma irregularidade

---

<sup>168</sup>Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/468/897>. Acesso em: 27/01/2019.

em face da magnitude maior do interesse público em garantir a punição. No caso, fora encontrada cocaína na residência, além de posse ilegal de arma.<sup>169</sup>

Conquanto num quadro de exposição sumária, a arte da prova ilícita nos EUA permite ver importantes contribuições para o direito brasileiro, sobretudo a relação entre política criminal e processo penal. Ademais, oferece importante chamativo crítico quanto ao uso dos institutos da descoberta inevitável e da fonte independente, como recursos técnicos que visam a contrabalançar o custo social da regra de exclusão com o benefício de garantir a integridade da intimidade e da propriedade da pessoa contra quem foi produzida a prova.

Como será repisado na análise de decisões do STF sobre compartilhamento de dados e medida de busca e apreensão, após o período da “era Warren”, houve o temperamento da regra de exclusão em face das dificuldades de se medir o real alcance da doutrina da dissuasão. A pergunta era: se não se pode medir o real alcance das anulações das provas para a correção do trabalho policial, por qual motivo anulá-las, causando fragilidades à efetividade do sistema de justiça criminal? Críticos dizem que essa pergunta eliminou por completo as garantias decorrentes da regra de exclusão.<sup>170</sup>

Os conservadores dizem que é muito mais efetivo um sistema de justiça que permita carrear o máximo possível de provas, para que o povo possa julgar, sem beneficiar potenciais infratores com a regra de exclusão. Ademais, o sistema teria mecanismo de correção com a responsabilidade civil, para punir os que praticassem atividade probatória contrariamente à ordem jurídica.

Observando a primeira metade do século XX, vê-se a que regra de exclusão tinha como pano de fundo a proteção da propriedade, posteriormente, também mudou para tratar da intimidade; afinal, as regras de direito servem para proteger a pessoa e seu círculo de relações (no caso, de intimidade) com outrem.

Por outro lado, seguindo o raciocínio conservador, na medida em que a quarta emenda ganhou importância, houve a dissociação dela da quinta emenda, que, como se sabe, versa sobre a proibição de se autoincriminar. Paradoxalmente, apontou-se que, com isso, seria incongruente manter a quarta emenda, isoladamente, como fonte de exclusão da prova. O raciocínio seria: se a violação da garantia de busca não acarreta a autoincriminação, seria uma regra que interessa apenas aos interesses patrimoniais/ de intimidade do acusado, não se justificando, portanto, a sua exclusão

---

<sup>169</sup> Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/2005/04-1360>. Acesso em: 27/05/2021.

<sup>170</sup> CLANCY, Thomas K. The Irrelevance of the Fourth Amendment in the Roberts Court. **Symposium on Criminal Procedure**. Vol. 85, december, p. 191-208, 2009.

do processo. O fundamento da regra de exclusão, arrimada na quarta emenda, é de política criminal e de entendimento jurisprudencial; e não haveria como a vincular a todos os casos judiciais.<sup>171</sup>

Uma reflexão sobre o direito probatório brasileiro, entretanto, não pode ser feita sem o apelo da tradição dogmática da teoria das nulidades e sem descuidar da carta de 1988, que procurou superar os abusos processuais durante o regime político de exceção. É o que será feito a seguir.

### 3.6 Termos constitucionais da prova ilícita antes de 1988: a casa e a intimidade, submetidas ao livre convencimento

A dogmática brasileira sempre teve a tradição de proteger a intimidade e a casa como espaços invioláveis. Os textos constitucionais antes de 1988 ajudaram a construir esse costume. Mesmo durante os regimes políticos de exceção, em que garantias fundamentais foram flexibilizadas, sempre houve referência à proteção da intimidade e do asilo.

A casa é o *locus* onde se realiza a medida de busca e apreensão; a intimidade, por óbvio, abrange o compartilhamento de dados e tudo que se refere ao espaço privado do sujeito. São os dois referenciais desta tese. A quebra dessas garantias, em regra, depende de ordem judicial circunstanciada. As exceções, num regime democrático, se dão naqueles casos nos quais a ordem judicial é incompatível com a emergência do ato, como situações de calamidade pública ou quando o interesse público pressupõe uma ação enérgica e rápida do particular, como na hipótese de flagrante delito.

A constituição imperial de 1824, no art. 179, garantiu a inviolabilidade dos direitos civis e políticos e, passo seguinte, a proteção da casa.<sup>172</sup>

A constituição de 1891, art. 72, assegurou os direitos civis e políticos. Garantiu a ampla defesa e o contraditório, a inviolabilidade da correspondência, a proteção da casa e o uso do HC como remédio contra violação de direitos.<sup>173</sup>

---

<sup>171</sup> Um modo de salvar a quarta emenda é considerá-la como regra relacionada no devido processo legal. Nesse raciocínio, em vez de se discutir teoria da fonte independente, descoberta inevitável, boa-fé etc., dever-se-ia observar se o encontro da evidência obedeceu os ditames legais, mesmo que, no passado, possa ter havido alguma conduta estatal em desacordo com a lei. Se o encontro da evidência prescinde desse desajuste legal, a prova pode ser usada, por ser compatível com o devido processo legal. RIBEIRO, Pedro Melo Pouchain. **La Regla de exclusion de la prueba ilícita**. São Paulo: Tirant lo blanch brasil, 2020, ebook, p. 148-125.

<sup>172</sup> “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar”.

<sup>173</sup> “Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem póde ahí penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei”.

A constituição de 1934, art. 113, repetiu a de 1891.<sup>174</sup>

A constituição de 1937, art. 121, embora outorgada por Getúlio Vargas, garantiu a inviolabilidade de domicílio e da correspondência, salvo exceções em lei.<sup>175</sup>

A declaração de estado de guerra em 1942 – Decreto 10.358, de 31.8.1942 – suspendeu a inviolabilidade domiciliar.

A constituição de 1946, art. 141, assegurou os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, além do sigilo da correspondência e a inviolabilidade de domicílio.<sup>176</sup>

A constituição de 1967 não falou em domicílio, mas, em seu art. 150, garantiu como invioláveis a correspondência e as comunicações telefônicas.<sup>177</sup> Depois veio o AI-5, que nada inovou.<sup>178</sup>

Antes de 1988, é possível identificar o princípio do livre convencimento como o norte sobre quando proibir ou usar a prova ilícita, já que o juiz seria soberano para examinar o acervo probatório do caso concreto.<sup>179</sup>

Ademais, recorria-se ao princípio da fé pública para mostrar que era ônus completo da defesa afastar a legalidade dos atos praticados por agentes do Estado, uma vez que gozam de presunção de legitimidade e legalidade.<sup>180</sup>

E também havia o princípio de veracidade da prova. Isto é, a prova deve ser analisada pela carga de veracidade que contém. O encontro de algum vício deve resultar na responsabilização civil

<sup>174</sup> “Art 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei”.

<sup>175</sup> “Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 6o) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.”

<sup>176</sup> “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 15 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer”.

<sup>177</sup> “Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 10 - A casa é o asilo inviolável. do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer”.

<sup>178</sup> Emenda Constitucional nº 1/1969: “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer”.

<sup>179</sup> CARVALHO, Ricardo C. Torres d. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal — um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 12/1995. DTR\1995\403, out. - dez., p. 162-200, 1995.

<sup>180</sup> *idem, ibidem.*

e penal do autor, mas não no ocultamento da verdade. É a ideia presente no início da jurisprudência norte-americana, por influência inglesa.<sup>181</sup>

Dessa forma, do ponto de vista da gestão de provas, predominava uma busca da verdade real, em detrimento de respeito a garantias individuais. Não era posto em discussão o problema filosófico de encontro da verdade, das pré-concepções que podem influenciar o resultado do processo etc.

Como julgados nacionais, ilustram-se os casos RT 394/282 (1968), 424/337 (1970), 456/416 (1973) e 468/347 (1974).

Ocorre que a jurisprudência começou a mudar o entendimento em face das interações políticas ao longo dos anos de 1980, chegando ao cume de reafirmar ser adequado o desentranhamento de provas colhidas ilícitamente, em especial, mediante a tortura. P.ex., RE 100.094 e RE 85.439, ambos do STF, e RTJ 110/798 e 84/609, todos de 1984.

O conceito doutrinário de casa também sofreu evolução, para abranger vários locais. Casa e domicílio seriam termos idênticos e qualquer local mereceria proteção, se vinculado com a proteção da vida privada e garantia da livre manifestação da personalidade.<sup>182</sup>

O desenvolvimento jurisprudencial do direito, contudo, não afastou o papel criativo da corte. Continuou a haver o preenchimento retórico do que é lícito ou ilícito, a partir do texto legal e também a partir da reconstrução dos fatos, ao se jogar luzes, na justificação da decisão, sob aspectos que tornavam o fato singular e insuscetível de aplicar precedentes. A velha técnica retórica de distinguir com a finalidade de inovar.<sup>183</sup>

É fácil constatar essa ilação, ao se cotejar a jurisprudência após a constituição federal de 1998 (CF/88) e a exposição das principais doutrinas acerca da prova ilícita. A maioria da primeira começou a criar brechas para justificar o uso da prova ilícita pela acusação, ao passo que parte relevante da segunda defendia o máximo de proteção às garantias individuais, de sorte que o uso da prova ilícita deveria se restringir a favor do réu.<sup>184</sup>

---

<sup>181</sup> *idem, ibidem.*

<sup>182</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 451. A constituição de 1967 não falou em domicílio, mas, em seu art. 150, garantiu como invioláveis a correspondência e as comunicações telefônicas. Depois veio o AI-5, que nada inovou. Emenda Constitucional nº 1/1969: “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer”.

<sup>183</sup> SILVA, Artur Stamford da e CARNEIRO, Henrique Carvalho e PENA, Marcelle Virgínia. A licitude da prova ilícita nas decisões do STF: observações linguístico-pragmáticas com Richard Rorty. COLARES, Virgínia (org). **Linguagem e direito**. São Paulo: Cortez, 2017, p. 199-228.

<sup>184</sup> OLIVEIRA, Adriana de. O que significa dizer que a prova ilícita é inadmissível? **Revista Fórum de Ciências Criminais — RFCC**. Belo Horizonte, ano 03, nº 06, p. 145-163, jul./dez. 2016.

### 3.7 Contexto doutrinário, legal e jurisprudencial após a publicação da CF/88

O texto constituinte de 1988, ao tornar inadmissível no processo a prova obtida por meio ilícito, foi categórico e sem referência no direito comparado. Serviu como uma declaração de compromisso contra o abuso estatal, que, sem respeitar a intimidade e o corpo, transformava o suspeito em objeto, a favor da descoberta da verdade processual.

Daí que, de imediato, admitiu-se a exceção de uso da prova ilícita em benefício do réu, eis que a norma constitucional não foi pensada para essa situação de vulnerabilidade do acusado.<sup>185</sup>

O texto constituinte de 88 foi fortemente influenciado pelo trabalho doutrinário de Ada Pellegrini Grinover, que orientou a edição de três súmulas nºs 48, 49 e 50, nas mesas de direito processual da USP ("Súmula nº 48— Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material." "Súmula nº 49 – São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa." "Súmula nº 50 – Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa.").

O trabalho da USP se somava a alguns poucos julgados do STF que, antes da CF/88, trilhavam o caminho de considerar ineficaz a prova ilícita, tendo como base o afastamento de provas baseadas em escuta telefônica antes da regulamentação da lei nº 9.296/1996. O que se reputaria coerente com os trabalhos das referidas mesas de processo penal, os quais resultaram nas súmulas nº 48, 49 e 50. Dessa forma, estaria afastado o passado consistente em admitir efeitos lícitos das provas ilícitas, em favor da acusação.<sup>186</sup>

Os autores clássicos da doutrina processual brasileira hoje sintetizam o tema. Em regra, não é admissível a prova ilícita, exceto quando seja para beneficiar o réu, como está na súmula nº 50 acima transcrita. Outro caso de exclusão da norma que proíbe a prova ilícita seria apenas o da fonte independente. O ordenamento não toleraria outra hipótese.<sup>187</sup>

Esse forte sentimento de reação à ditadura e a graves violações de direitos humanos justificara o inciso XI do art. 5º da constituição de 1988.<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> Considera que as influências norte-americanas assumiram no Brasil proporção maior do que no país de origem. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. **Revista de processo**. Vol. 103/2001, jul/set., p. 95-107. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova-princípio da verdade real - poderes do juiz ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). **Revista de direito privado**. Vol. 17/2004, Jan-março, p. 9-28.

<sup>186</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 129 e 130.

<sup>187</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 03. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 224-244.

<sup>188</sup> "Art. 5o. XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;"

Ao lado desse viés político-doutrinário, existe o clássico sistema de nulidades, de herança francesa, mais aprofundado a seguir. Procura-se de modo taxativo separar as nulidades absolutas, apontando exaustivamente os casos e se indica de modo exemplificado as nulidades relativas.

Mas a falta de critérios para entender onde há nulidade é a causa de toda discussão a respeito do atual sistema de nulidades, que dá vazão a decisões muito subjetivas, conforme se verá em tópico próprio. Atualmente, o uso da prova ilícita parece caminhar com a situação de nulidade absoluta, admitindo exceções, ora para admitir a prova, como nulidade relativa, ora para excluí-la, para considerar como fato inexistente, sem necessidade de previsão legal para ser excluída (como na nulidade absoluta).

Com as mudanças assinaladas pela jurisprudência, veio o art. 157, Código de Processo Penal (CPP), que, em 2008, admitiu a regra da proibição do uso da prova ilícita e a contaminação das provas derivadas da ilícita (teoria da contaminação dos frutos da árvore envenenada), bem as exceções da fonte independente e da descoberta inevitável para afastar a ilicitude.

No plano infraconstitucional, a inovação do CPP excepcionou a proibição do uso da prova ilícita para os casos da fonte independente, quando se mostra, num olhar para o passado, que a informação pôde ser obtida por outra fonte, e, para o caso da descoberta inevitável, num olhar para o futuro, quando a prova poderia ser obtida provavelmente por outra fonte, tomando como base as linhas de investigação desenvolvidas e a referência normativa de um padrão investigativo usual.

Na verdade, observe-se que a lei, no parágrafo segundo do art. 157, define fonte independente como se fosse a descoberta inevitável. Porém isso não retira o estabelecimento das exceções já comentadas na ordem jurídica brasileira.<sup>189</sup>

O reconhecimento da teoria da contaminação dos frutos da árvore envenenada pela jurisprudência, por si só, seria um instrumento de tutela das garantias individuais. Porém, as exceções à contaminação fortaleceram a efetividade das teses acusatórias, em detrimento de uma visão mais zelosa das garantias.

No âmbito do STF, a Ação Penal (AP) nº 307, de 13/12/1994, e o Habeas Corpus (HC) nº 69.912/RS, de 16/12/1993, foram arestos tomados como referência dos tribunais na literatura

<sup>189</sup> "Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º 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.

§ 2º 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.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)." — Ademais, falou-se do desentranhamento da prova ilícita e, ante o veto ao parágrafo quarto, reconheceu-se que o juiz, ao tomar conhecimento da prova ilícita, não é obrigado a se afastar do caso. Cf também. RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006, p. 121-132.

nacional para debater as primeiras aplicações da teoria americana dos frutos da árvore envenenada, como proibição do uso de provas relacionadas à prova ilícita. Naquele momento, toda exceção à proibição de uso da prova seria em favor da defesa.<sup>190</sup>

Contudo, a admissão das regras de exceção à teoria dos frutos abriu caminho para, à mingua de critérios corretivos das decisões judiciais, aproximar o atual momento jurisprudencial ao anterior à constituição de 1988.

É irônico, mas, antes da CF/88, no final das contas, talvez a jurisprudência já caminhasse para buscar o equilíbrio entre direitos fundamentais individuais e coletivos. Ante as provas ilícitas, havia a liberdade de convicção do julgador, o qual progressivamente foi impelido a justificar o uso da prova e a excluí-la quando se tratasse de grave violação de direitos fundamentais. De outro modo, o clima jurídico após a CF/88 era de não admitir a prova de proveniência ilícita, com exceção do proveito para prova em benefício do réu. Porém, a possibilidade de outras exceções foram surgindo no costume jurisprudencial, sem que houvesse um olhar crítico da dogmática. A amplitude facilitou a reconstrução das questões de fato sem maior justificação, promovendo-se distinções lícito e ilícito sem maior cuidado de análise. E, ainda sim, permitiu-se que questões de política criminal (severidade do crime, necessidade de punição), boa-fé, descoberta inevitável e outros fatores ganhassem peso para afastar a ilicitude sem maiores reflexões. Nesse andar, a exceção parece que virou regra.

Hélio Tornagui afirma, ainda numa época anterior à CF/88, que um fato ilícito não deve produzir efeito probatório, como se fosse um ato processual regular. Entretanto, o fato pode produzir algum efeito jurídico, como, p.ex., ser um indício cujo valor no processo vai de mera premissa argumentativa a, com efeito, exercer o papel indiciário no conjunto das provas. O importante é verificar a credibilidade da informação colhida, que pode estar comprometida num caso em que não houve manifestação de vontade.<sup>191</sup> Ou seja, seriam afastadas quaisquer preocupações de política criminal, para se concentrar no grau de confiabilidade da prova ilícita e no enquadramento no arquétipo das nulidades.

A prova ilícita era analisada sob a ótica do valor probatório e a da confiança a respeito do que colhido. A desconfiança com fonte de prova, tornava-a suspeita de uso; entretanto, tudo girava em torno das convicções do juízo.

Porém, quanto à contaminação do fato ilícito com as provas posteriores e dependentes dele, o prof. Tornagui acha que não existe contaminação, haja vista que tal efeito dependeria de previsão

---

<sup>190</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. I. Niteroi: impetus, 2002, p. 875-877.

<sup>191</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo penal**. Vol. 01. 4ª ed. São Paulo: saraiva, 1987, p. 304-306.

expressa de lei.<sup>192</sup> Ora, como já visto, só em 2008 passou a existir a previsão legal da teoria dos frutos da árvore envenenada, porém a amplitude das exceções relativizou completamente a regra insculpida como uma garantia liberal de proteção do indivíduo.

Antes da alteração do CPP em comento e após 1988, o único consenso é que se poderia usar a prova ilícita em favor do réu, mesmo se houvesse violação de direitos fundamentais. Para tanto, seria usado o princípio da proporcionalidade, como um capítulo à parte na literatura do tema.

O magistério jurisprudencial segue o esboço da teoria alemã da proporcionalidade, analisando a medida sob três aspectos, a saber: como meio i) apto a atingir o resultado proposto, qual seja, demonstração dos ilícitos penais e sua autoria (adequação ou idoneidade); ii) necessário, uma vez que inexistente outro meio alternativo, menos gravoso e igualmente eficaz; e iii) proporcional em sentido estrito, uma vez que as vantagens compensam o sacrifício, ante o quadro legal de ônus imposto ao direito de intimidade.<sup>193</sup>

Não há, como apontam os críticos, uma fiel cópia da teoria alemã, que trata os direitos fundamentais como mandados de otimização em caso de o direito positivo não oferecer solução para o caso. O STF termina por usar a proporcionalidade como um *topos* retórico, aproximando-a da razoabilidade.<sup>194</sup>

De um lado, existiria uma espécie de proporcionalidade na admissão da prova, segundo uma "teoria do sacrifício" contra a intimidade, dê-se que a prova ilícita seja a única possível em benefício do réu,<sup>195</sup> haja vista que a condenação só poderia ser originada de provas compatíveis com os direitos fundamentais de defesa. De outro, haveria o segmento minoritário da doutrina, o qual ainda admite que a proporcionalidade poderia ser empregada para favorecer a acusação.<sup>196</sup>

A questão é que a jurisprudência do Supremo Tribunal não seguiu à risca o magistério doutrinário de limitar o uso da proporcionalidade a favor da proteção de direitos individuais. E, ao usar a proporcionalidade para fundamentar o uso da prova ilícita como meio de proteger valores coletivos, não há um cuidado argumentativo para dizer quando a proporcionalidade serve para promover interesses coletivos ou individual.

---

<sup>192</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo penal**. Vol. 01. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 304-306. "A questão é menos jurídica do que de política processual. A meu ver, devem levar-se em conta essas provas. **Nulla restraints sine lege**". As restrições são de Direito singular. Não existem sem lei expressa. Podem figurar na lei substantiva ou na processual: nos Códigos ou em leis extravagantes. Casos típicos dessas restrições são encontradas nas legislações de todos os países.", p. 305-306.

<sup>193</sup> Inq 3922 AgR / CE, STF.

<sup>194</sup> Não destoia do entendimento ensinado por Virgílio Afonso. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, nº 798, 2002, p. 23-50.

<sup>195</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: atlas, 2003, p. 259-263.

<sup>196</sup> COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de processo**. DTR 2006/187. Vol. 133/2006, p. 85-120, mar. 2006. Opinião fortemente combatida pela doutrina: LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 3ª Edição. Rio de Janeiro: lume júris, 2008, p. 558-559.

E, com a alteração do código processual criminal, em 2008, assim como nos EUA, as primeiras relativizações das proibições em benefício da tarefa de acusar passaram a ser os casos da fonte independente e da descoberta inevitável, sem uso expresso da proporcionalidade ou de qualquer outra doutrina que tenha se debruçado sobre o tema.

A amplitude dada à fonte independente e à descoberta inevitável, quando aplicada sem maiores reflexões, dá oportunidade para uma ampla relativização à teoria dos frutos da árvore envenenada, em prejuízo de um processo justo, que zele pela igualdade de oportunidades.

Em tal desiderato, diz-se que a fonte independente deve ser tal que não tenha qualquer relação ou proximidade com a fonte contaminada, ao tempo que a descoberta inevitável deve ser “rigorosamente inevitável”— e não uma mera probabilidade.<sup>197</sup>

Mas, como se verá, ao analisar a estrutura do raciocínio judicial, o juízo de distância entre as fontes contaminada e independente ou de probabilidade próxima à certeza é sempre condicionado por uma epistemologia social, um raciocínio abduutivo, marcado pelo provável, de acordo com a leitura que faz acerca dos efeitos da ação/interpretação. Isso vai ficar muito esclarecido, quando se examinar o caso de compartilhamento indevido de dados.

Nesse estado da arte, o exame de julgados se encaminha para considerar que, de fato, não há como a dogmática do uso da prova ilícita fechar os olhos para as injunções político-criminais acerca da matéria. A segurança jurídica, com o manejo das relativizações do uso da prova ilícita, não deve se prender apenas a categorias conceituais — as quais às vezes nem são referidas nas decisões —, cuja abertura semântica pelo intérprete pode frustrar a existência de um processo justo entre as partes, alojado como um espaço em que expectativas normativas são exercidas como troca de aceitar a decisão final.

O essencial é perscrutar, no conjunto das possibilidades de ação e defesa, se a relativização do uso proibido das provas vulnera a capacidade de contraditar da parte que será desfavorecida com a prova. Para isso, deve-se apontar na decisão qual direito material vai ser sacrificado e como ocorrerá o reequilíbrio processual. Ademais, a finalidade político-processual do processo criminal não poderá ser olvidada, como instrumento para proteção do indivíduo contra arbitrariedades do Estado.

---

<sup>197</sup>

TAVARES, Juarez e CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: tirant lo blanch, 2020, p. 62 e 63.

## 4 USO DA PROVA ILÍCITA E OBSERVAÇÃO DE SEGUNDA ORDEM: ORIENTAÇÃO SISTÊMICA CONTEXTUAL PARA PROTEGER DIREITOS FUNDAMENTAIS E ASSEGURAR A EFETIVIDADE DO PROCESSO

4.1 Verdade processual e questões de fato e de direito: arbitrariedade na construção da prova ilícita e suas consequências?

### 4.1.1 *Modelo racional-comunicativo do raciocínio abduutivo e a verdade filtrada por "standards" probatórios*

O porquê de relacionar verdade e questões de fato e de direito é por não haver como distinguir uma epistemologia sobre o direito e outra sobre os fatos. Essa dualidade — como se existisse, em paralelo, o mundo dos fatos e do direito — traz pouco proveito para a atual quadra filosófica da experiência forense, eis que a utilidade da dogmática moderna parece estar em facilitar a adoção de modelos funcionais que deem coerência à necessidade de decidir, apesar da complexidade com que o ato em comento se apresenta ao mundo.

De primeira, convém afirmar que não há como construir uma teoria que revele a verdade de fatos ou de enunciados sobre fatos. Enveredar por esse caminho seria abraçar uma pobreza metafísica que a técnica do direito não poderia esconder, uma vez que acarretaria o paradoxo de respostas pouco afins ao que se espera de um conhecimento científico. Ademais, de que serviria um modelo de controle de racionalidade sobre uma decisão cuja natureza admite o erro (falível)? Uma crença ideológica da verdade, com efeito, protegeria a sociedade contra a arbitrariedade de decidir? As perguntas nos levam a responder que um sonho positivista ou idealista pouco contribuiria para um debate sobre a verdade processual.

A grosso modo, é bastante didática a separação entre verdades por correspondência e por coerência. Quando se trata de fatos simples, como fenômenos naturais, a percepção sensitiva deles pode nos levar a crer numa verdade por correspondência, mas, ao se referir aos fatos complexos, como os sociais, a percepção dos fatos precisa ser justificada, sendo fundamental uma verdade por coerência.<sup>198</sup>

Neste tópico, será mostrado que os vai-e-vens da comunicação jurídica ganham estabilidade quando passam a ser crenças em práticas sociais cujos efeitos são aceitos pela comunidade a que

---

<sup>198</sup> Alguns autores dizem que essa verdade por coerência, para ser aceita, depende da prática de regras habermasianas de validade do discurso; seria algo semelhante ao pensamento de A. Aarnio. Entretanto, cremos que a teoria luhmaniana, com o paradoxo de ser de outro modo, oferece uma resposta muito mais aceitável para os dilemas da modernidade. TAVARES, Juarez e CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: tirant lo blanch, 2020, p. 141-148.

direcionada o discurso. Uma compreensão sistêmica da comunicação se encaixa com a concepção epistemológica do pragmatismo norte-americano. Para tanto, no que toca às vicissitudes diárias do processo, a conjugação entre o contexto da descoberta — de onde vêm os "insights" — e o contexto da justificação depende de serem mostradas todas as evidências encaixadas no arquétipo normativo de modelos probatórios de comportamento ("standard"), em especial, os que orientam o processo penal — presunção de inocência e necessidade de fundamentar além da dúvida do razoável. Como se verá, não há fato pronto para o direito. O rigor de justificar deve ser posto tanto sobre os fatos quanto sobre o direito.

A análise da teoria de Jordi Beltrán, voltada para a construção de um modelo racional, será feita para ilustrar três fases que devem ser perseguidas neste capítulo sumariamente e, de modo mais detido, ao longo da tese. Será apenas uma estratégia para orientar a exposição do trabalho, consistente em discordar da proposta de um modelo racional.

Seriam as fases: a) elementos usados pelo juiz para fundamentar a sua decisão; b) momento de valoração da prova; e o c) momento de tomada de decisão. Como se demonstrará, após a exposição das ideias do autor referido, pouco do modelo poderá ser aproveitado no curso do trabalho, eis que o exame de casos demonstrou que o controle de racionalidade da decisão é vinculado à coerência do programa decisional pregresso, construído segundo uma metodologia genuinamente jurídica (melhor dizendo, autopoiese do direito).

Para o autor espanhol, a prova teria como finalidade a veracidade dos enunciados de fato, a fim de que o juiz pudesse incorporar a premissa ao seu raciocínio decisório. Haveria uma atitude proposicional de aceitar a prova com base nos elementos dos autos, mesmo que isso viesse a contrariar o estado de crença, porquanto a prova seria oriunda de um estado de verdade.<sup>199</sup>

A atividade probatória e a verdade estariam unidas, haja vista que a primeira teria como meta alcançar a verdade. Nesse passo, a decisão judicial não teria espaço constitutivo, o qual denotaria subjetividade insuscetível de controle racional; mas sim descreveria provas aportadas nos autos a favor de determinada conclusão.<sup>200</sup>

Por natural, o controle de racionalidade é sempre a respeito dos fatos, a despeito de os enunciados conterem referências descritivas e valorativas. Isso porque, mesmo quando se trata de valores normativos, há menções indiretas sobre os fatos. Portanto, a distinção entre verdade material e formal é puramente retórica, visto que não há como abrir mão de uma verdade descritiva. Por isso

---

<sup>199</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Trad. RAMOS, Vitor de Paula. São Paulo: revista dos tribunais: 2017, p. 79-81.

<sup>200</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Trad. RAMOS, Vitor de Paula. São Paulo: revista dos tribunais: 2017, p. 37-52.

os "standards" probatórios teriam importância singular no processo, pois indicaria o grau de verossimilhança (probabilidade) para decidir.<sup>201</sup>

A possibilidade de controle tem como pressuposto a ideia de que a prova pode ser valorada pelo juiz sem amarras legais — preceito da livre valoração da prova —, havendo a vinculação apenas à epistemologia cunhada em determinado momento histórico. Quanto à verdade jurídica, a especificidade seria decorrente do tempo do processo judicial, pelas regras sobre prova e da própria coisa julgada. Assim, a aceitabilidade da decisão teria como núcleo motivacional os elementos coligidos aos autos após o filtro jurídico do processo.

Mesmo que o juízo fosse de certeza, a possibilidade de falsidade das premissas de fato permanece, por isso a verdade do processo é probabilística. A distinção da aceitabilidade seria proveitosa, por ser distinta da crença, esta fundada em elementos pessoais e sem comprometimento com o material aportado aos autos.<sup>202</sup>

Logo se vê que, até para Beltran, a racionalidade no direito é cheia de condicionantes. Na verdade, estabelecida numa relação de meios e fim de descobrir a verdade e, por isso, instrumental.

Na primeira fase, voltada à coleta de evidências para o processo, a ideia é colher o máximo possível de informação, para robustecer a conclusão subjacente à hipótese do caso. Um conceito normativo, porém, dá a nota dessa coleta: a relevância. Em termos progressivos, dificilmente há limitação de provas pela sua relevância, haja vista o fato de ela ser redundante, eis que amiúde uma prova robustece a outra, pelo menos até certo limite. O problema é o caso das provas ilícitas e o das provas que apresentam pouca confiabilidade, tratados no parágrafo a seguir.<sup>203</sup>

A proibição de uso das provas ilícitas decorre da prevalência de valores ligados a direitos fundamentais em detrimento do valor do encontro da verdade. A escolha seria uma opção política. Por outro lado, as provas que apresentam pouca confiabilidade decorrem de uma crise epistêmica vivida em determinado momento da sociedade. É uma exclusão intrínseca, ao passo que a prova ilícita seria uma exclusão extrínseca.<sup>204</sup>

Passados os filtros de exclusão, haveria a segunda fase do pensamento de Beltrán, o teste da hipótese é feito com a submissão dela ao contraditório; situação em que as provas podem ser contraditadas diretamente ou a prova sobre a prova. No primeiro caso, seria a apresentação de provas contrárias, questionando conteúdo da hipótese, p.ex., uma prova testemunhal que infirma

---

<sup>201</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Trad. RAMOS, Vitor de Paula. São Paulo: revista dos tribunais: 2017, p. 60-77.

<sup>202</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Trad. RAMOS, Vitor de Paula. São Paulo: revista dos tribunais: 2017, p. 77-103.

<sup>203</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoração racional da prova**. Salvador: juspodivm, 2021, p. 100-125.

<sup>204</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoração racional da prova**. Salvador: juspodivm, 2021, p. 126-133.

outra; no segundo, seria uma prova de segunda ordem, em que se ataca a credibilidade da prova, como um exame pericial sobre o documento.

O momento de valoração corresponde a um raciocínio probabilístico, o qual pode ser objetivo ou subjetivo. O primeiro trata de um fato geral e sua aplicação não é exata para o fato individual, quando se apura a culpa. Daí que tenha maior utilidade em casos de responsabilidade objetiva, sobretudo se tem a expectativa de encontrar um valor provável, como há 80% de chance de a hipótese ser verdadeira, logo, mostrado onexo causal, incidiria a responsabilidade, quiçá com 80% do valor indenizatório. A probabilidade subjetiva é uma crença racional, que só é afastada se todos os casos levantados não a confirmarem. A espécie mais famosa é o teorema de Bayes, em que se multiplica a hipótese por sua probabilidade e depois se divide o resultado pela probabilidade de a hipótese não ocorrer. Aqui, há várias ressalvas. A primeira delas é comum com a probabilidade objetiva, consistente no número de variáveis possíveis em face da complexidade do caso. A conta se torna demasiado complexa e perde o sentido. A segunda é que pode existir diferentes hipóteses para um caso e o peso de valor delas depende de uma referência pessoal e circunstancial do "background" ou "lebenswelt" que cada um carrega. A terceira, e última, é que a probabilidade, tanto objetiva quanto subjetiva, não são compatíveis com a presunção de inocência, da qual decorre a necessidade de instrução judicial e do apontamento de fatos para se fazer uma afirmativa pessoal.<sup>205</sup>

Como modelo de raciocínio probatório, o autor propõe uma lógica indutiva consistente na eliminação delas de acordo com a apresentação de evidências que permitam fazer novas inferências. Não há medição da frequência de uma hipótese ou da viabilidade de uma crença subjetiva de uma proposição, mas sim a confiabilidade da inferência de acordo com as referências epistemológicas do momento. Haveria uma valoração individual e, empós, uma valoração conjunta.<sup>206</sup>

Ao esboçar a atividade investigativa como um todo, teríamos a investigação preliminar e, logo a seguir, se houvesse denúncia, a fase judicial. A formulação de hipótese seria um momento criativo próprio da investigação, ao passo que na fase judicial ocorreria o teste das hipóteses, com o recolhimento de evidências, para permitir generalizações com a corroboração da hipótese. Faz-se uma separação estanque entre a fase pré-judicial e a judicial, como se nesta etapa não houvesse espaço para inovações. Na linguagem de Jordi Beltrán, o juiz seria como a comunidade jurídica destinatária do caso, isto é, sem poder ativo e criativo na formulação de hipóteses.<sup>207</sup>

O momento da decisão deve estar submetido a um controle racional, por meio de "standards probatórios cuja positivação é um ato político, mas depois a aplicação dele passa a estar

---

<sup>205</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoração racional da prova**. Salvador: juspodivm, 2021, p. 133-180.

<sup>206</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoração racional da prova**. Salvador: juspodivm, 2021, p. 181-198.

<sup>207</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoração racional da prova**. Salvador: juspodivm, 2021, p. 181-198.

condicionada a uma divulgação transparente de como o "standard será aplicado. Os "standards" se apresentam como padrões comportamentais que fundamentam o ato de decidir. E, por se tratar de um filtro político, sem qualquer limitação epistemológica, é crucial que indiquem se o "standard enseja maior risco de condenar (afastando absolvições verdadeiras) ou de absolver (afastando condenações verdadeiras).<sup>208</sup>

Deve-se evitar qualquer ingerência subjetiva como o preceito da “íntima convicção”. Por outro lado, as evidências devem ser mostradas, conforme o que foi coletado na atividade de instrução judicial. Em vez da dicotomia entre processo civil e penal – verdade formal e material, respec. –, o autor propõe que o "standard apresente a seguinte estrutura: a) a hipótese deve ser engendradora com coerência e consistência, verificadas com o afastamento de contradições e com a confirmação de predições que conduzam a generalizações em favor da hipótese; b) devem-se afastar as hipóteses plausíveis que se apresentam como alternativas à aceita, contanto que as evidências delas não se confirmem.

Um modelo racional forte não merece ser considerado nesta tese, haja vista os pressupostos teóricos já alinhados no capítulo anterior, que afastam o paradigma de uma verdade absoluta. Entretanto, como já se pronunciou, o modelo racionalista de Ferrer, fundado na probabilidade, promete também qualidades que se distanciam da prática jurídica e que não garantem o resultado mais justo.

O fio que perpassa todo o trabalho do autor espanhol é responder à pergunta de como controlar os motivos da decisão e, ao mesmo tempo, respeitar o preceito da livre apreciação da prova num mundo em que as verdades sempre são probabilidades.

A narrativa da valoração racional da prova funciona como o leito de procusto, em que elementos emocionais são esquecidos, apesar de importantes, com a finalidade de mostrar a utilidade da moldura racional. O único meio de cumprir o plano ambicioso de encontro racional da verdade é promover distinções que, ao final do percurso probatório, soam como arbitrárias.

A atividade probatória não consiste apenas em encontrar evidências que sustentem a verdade de enunciados de fatos. Nesse tecido da linguagem, há enunciados valorativos que podem funcionar como elementos determinantes para construir uma decisão judicial. O tema da prova ilícita ilustra muito propriamente os limites da teoria racional. Segundo Jordi Beltrán, é uma escolha política limitar o valor verdade. Pode-se, p.ex., limitar a verdade para salvaguardar os direitos humanos. Porém, feita a escolha, uma evidência obtida por meio ilícito não poderia ser admitida no conjunto de elementos sobre os quais o juiz irá valorar. Nesse sentido, a certeza de que o procedimento seria

---

208

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoração racional da prova**. Salvador: juspodivm, 2021, p. 199-218.

cumprido teria como pressuposto de que haveria uma separação absoluta entre crença e motivação da decisão.

Não obstante, o sentimento de justiça — e a inarredável crença do julgador — está presente no modo como limita a semântica dos enunciados e no comportamento do intérprete junto aos demais atores do processo. Por conseguinte, a rejeição da prova ilícita passa por escolhas morais que são filtradas pelas normas jurídicas, consoante a finalidade de dar uma resposta justa ao caso. Em juízo, está a legitimidade do ordenamento jurídico (imperatividade) e a capacidade de oferecer resposta que assegure expectativas normativas de eficiência punitiva versus respeito a direitos fundamentais. Pode-se imaginar a discussão frequente: se o agente policial estiver de boa-fé, numa situação em que um terceiro facilmente poderia cometer o mesmo equívoco, poderia haver a validação das provas ilícitas? Imagine-se uma busca e apreensão direcionada equivocadamente para uma casa A, mas que se estendeu para uma casa B, ao lado da primeira e onde verdadeiramente se ocultava o investigado.

A discussão da melhor resposta demonstra que não haveria o controle racional de um única resposta correta, especialmente quando se cuidasse de casos de calibragem do sistema jurídico, em que a autoridade do editor normativo se torna o principal centro do debate entre os operadores do direito — situação presente em casos de alarde social, quando há divergências de respostas. Nessas hipóteses, na verdade, o sentido de respostas aplicadas no passado podem ser questionadas com base no que se imaginar melhor para casos futuros e, em que pese a variação do conteúdo da decisão final em debate, qualquer delas seria inserida num programa decisional encontrado em normas de competência e de precedentes.

Pensando mais a frente, seria plenamente razoável que, empós, o decidido pudesse até ser alterado, conforme o princípio da maioria racional, destacado por Aulis Aarnio ou observações principiológicas de segunda ordem; e isso não seria arbitrário, dès que a decisão fosse encaixada num programa decisional. O controle racional, sem embargo, seria feito no modo pelo que a decisão foi proferida, nas motivações usadas para suspender precedentes e para construir uma nova decisão, que deveria ter aptidão para ser repetida e ingressar na memória da organização tribunal. Em outras palavras, as crenças seriam razões secundárias e negligenciadas para fins de controle racional, porém isso não afastaria o contexto de elas poderem ter sido determinantes para decidir. Dessa forma, o presente resume muito bem a situação como a diferença entre o passado e o futuro, em que a comunicação agrega novos sentidos, somando-se aos velhos, sem que exista o solipsismo de separar cruamente crença e motivação da decisão.

De modo mais abstrato, observações de segunda ordem poderiam ensejar revisões de um sentido já fixado na comunicação do sistema jurídico, num realinhamento entre sistema e ambiente, como se verá a seguir, sem haver qualquer disparate racional.

É fundado dizer que decisão e crença andam juntas, se esta for compreendida como estado coletivo que torna crível os efeitos da decisão. O juiz pode até intimamente discordar do que decidiu, mas não pode contrariar a epistemologia social do momento em que a decisão foi proferida e, nessa quadratura, estão assuntos de escolhas morais filtradas no curso do processo-sistema.

A motivação e a crença estão unidas na valoração das evidências e na interpretação da norma. Isso se vê no confronto entre fato e norma — a título de filtragem do que é relevante pro processo: aceite de provas originariamente ilícita, pouca confiabilidade da prova etc. — e também na epistemologia de encontro da verdade, o qual não é puramente indutivo, mas abduutivo.

Na primeira fase da atividade de instrução de provas, quanto à coleta de evidências, em que se examina a relevância dos fatos, exclusões jurídicas de prova e respeito a contraditório, como limitador do que pode ser material de apuração, é um conceito fortemente valorativo e que não se identifica com a aceitação de uma verdade descritiva e racional, suscetível de um controle posterior sem referência a crenças e valores.

Ainda sim, ao examinar a segunda e terceira fases da atividade instrutória, como o momento de valoração da prova e da decisão sobre os fatos, a teoria do modelo racional probabilístico volta a promover distinções sem referência à realidade. Veja-se. No momento de valoração, após descartar as teorias de probabilidade construídas independente do exame do caso, considera-as inadequadas com o princípio da presunção de inocência — a qual pressupõe que o réu participe da construção da prova. Jordi defende um método valorativo consistente na eliminação de hipóteses construídas pela indução. O levantamento de hipóteses seria uma fase criativa e pré-judicial. Na fase judicial propriamente, haveria o teste dessas hipóteses mediante a coleta de evidências que deveriam orientar a formação de novas generalizações que poderiam corroborar ou não a hipótese.

Não há como separar a fase judicial e a prévia como se a esta pertencesse a criatividade do levantamento de hipóteses. Essa separação, na fundo, quer defender uma distinção artificial entre juízos de fato e de direito. E mais, diz Beltrán: na fase judicial, o juiz seria um mero expectador, como se pertencesse a uma “comunidade científica”. Tal desenho doutrinário, por suposto, facilitaria a defesa do sistema acusatório, o qual tem como principal característica as partes serem gestoras das provas e o juiz exercer um papel passivo.<sup>209</sup> O modelo teórico, todavia, não pode esconder a prática.

Adversamente, vale ressaltar, conforme exposto a seguir, as diferenças entre as questões de fato e de direito não implicam epistemologias diferentes. Esses dois momentos não podem ser separados, uma vez que a relevância dos fatos é encontrada na norma, ao tempo em que a escolha da norma de incidência depende do exame dos fatos. São intuitivamente relacionados. Mesmo que

---

<sup>209</sup>

CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Milano: giufre, 2006, p. 97-101

se admita a construção de que o juiz não teria a iniciativa de propor fatos durante a instrução judicial, a decisão final da incidência do direito à espécie cabe ao juiz, denotando o poder de criativamente ler os fatos levados a juízo, quando não de propor meios de prova subsidiariamente às iniciativas das partes.<sup>210</sup>

Por fim, não há como fazer conclusões durante a instrução judicial, se não for a partir das referências sociais, morais etc. do momento histórico-existencial. Destarte, a hipótese provável não decorre de um raciocínio indutivo ou dedutivo, mas da invenção de conjecturas para levantar suspeitas com base na referida epistemologia social. É uma arte construtiva do discurso de natureza abdutiva.<sup>211</sup>

A hipótese surge de uma intuição (*insight*) e é aceita como uma conjectura. Começa com uma observação de fato particular – verdadeira sugestão de como o problema deve ser lido –, passa pela regra e chega a outro fato particular. A reconstrução dos fatos e a interpretação da norma dependem de uma atividade imagética de quem observa. Veja-se o seguinte exemplo, em que a exposição do raciocínio se dá de baixo para cima, ou seja, 3, 2 e 1:

1. Encontra-se, na casa de um contador, um conjunto de documentos que provam movimentação financeira diversa da declarada pelo cliente do contador ao Fisco. (caso)
2. Quem omite receita fiscal, mesmo com assessoria técnica, deve cometer simulação ou outro expediente fraudulento. (regra)
3. O contador e o cliente cometeram crime de sonegação fiscal. (hipótese falível, primeira premissa)

É diferente do raciocínio indutivo, em que se parte do caso para uma regra geral, e também é diferente do raciocínio dedutivo, em que se parte de uma regra geral para qualificar um fato.

O raciocínio abductivo no direito iguala-se com o conhecimento científico. Ambos são formados por crenças oriundas de hipóteses testadas, pois os efeitos foram acompanhados pela comunidade jurídica ou científica. No interregno em que os efeitos não forem criticados, as crenças estão consolidadas. Nada é imutável, porém. Surgindo dúvidas sobre os efeitos, novas crenças serão

---

<sup>210</sup> "Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante."

<sup>211</sup> PLEBE, Armando e EMANUELE, Pietro. **Manual de retórica**. São Paulo: Martins fontes, 1992, p. 53-55.

construídas, com base nos questionamentos feitos às crenças de outrora. Logo, vê-se que aceitação não pode ser um ato puramente descritivo, sem se basear em valores e em outros termos culturais.<sup>212</sup>

Como disserta a Prof. Flavianne Nóbrega, as bases filosóficas de C. Peirce podem ser usadas para o direito, porque permitem compreender, a partir da inferência abdutiva, os problemas da prática jurídica e como, ao longo do tempo, as crenças mudam e se legitimam.<sup>213</sup>

Em termos lógicos, Aristóteles apresenta a inferência abdutiva como um silogismo entimemático, aplicado como instrumento de apresentar provas com finalidade persuasiva.

O entimema é um meio de raciocínio aplicável a premissas prováveis quando a natureza do assunto — assim como o processo — torna extremamente incerta qualquer afirmação.<sup>214</sup>

Não obstante, destaque-se que o silogismo é uma forma lógica em que se apresenta o raciocínio — é um ato posterior de exposição; o contexto da justificação publiciza o contexto da descoberta. Por essa razão que toda a criatividade a ser explorada na arte da conjectura, como a seguir será demonstrado, pode ser melhor fundamentada com Charles Peirce, que fixou as bases do pragmatismo norte americano, destacando-se o contexto da descoberta e o raciocínio abductivo.<sup>215</sup>

Por isso, processo, verdade e sentimento de justiça são coisas que se confundem. Os recursos de interpretação externalizam apenas formas de sentido de como tudo pode ser combinado. Da mesma forma, percebe-se a artificialidade de separar verdade formal e material. Ainda, de outro lado, fundamenta-se o porquê a imediação entre o juiz e as provas dever ser a maior possível e, de modo inverso, deve ser a menor possível a possibilidade de revisão em grau de recurso.

A verdade, por conseguinte, está apegada ao intrincado uso contextual da linguagem, sendo esse o motivo por que a filosofia do direito do século XX deu primordial atenção à hermenêutica.<sup>216</sup> Não há como separar as questões de fato e de direito, conforme já exposto e aprofundado a seguir, na medida em que um ponto não pode ser pensado sem o outro. A ideia fica mais clara com o exame da motivação da decisão.

Como separar o contexto da valoração do contexto da justificação? Onde é feito o controle social da decisão? Como os "standards" podem relacionar esses dois tipos de contextos?

<sup>212</sup> DEWEY, John. **How we think**. Chicago, D.C. heath & CO publishers, 1910, p.68- 101. Conferir também SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 49-67.

<sup>213</sup> NOBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. A lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao direito. João Pessoa: ideia, 2013, 31-43.

<sup>214</sup> ARISTÓTELES. **Tópicos**. Madrid: gredos, 1994, 161b40 a 162a5-15, p. 295 e 298. Aristóteles chama de verossímil o que chamaríamos de máxima da experiência – aquilo que normalmente ocorre –, enquanto que ele chama de signo o que seria um termo representativo de algo. Porém, na prática, essa distinção é ofuscada pelo fato de que as máximas de experiência representam algo, sendo símbolo provável de conclusões. ARISTÓTELES. **Analíticos primeiros**. Tratados de lógica (órganon). Madrid: gredos, 1995, 70a10-30, p. 294.

<sup>215</sup> PEIRCE, S. CHARLES. **Principles of philosophy**. Collected papers of Charles Sanders Peirce. Vol. I, Cambridge: Harvard university press, 1931, p. 41-49.

<sup>216</sup> SALDANHA, Nelson. **Da teologia à libertação**. Belo Horizonte: del rey, 2005, p. 3-38.

O comportamento probatório, forjado pelos "standards", permite transitar entre o contexto da descoberta e o da justificação, já que os "standards assinalam ônus de motivação. O intérprete, se quiser adotar determinada conclusão, que lhe veio pelas vias do contexto da descoberta, deve motivar a justificação, para fins de controle público. As razões apresentadas, aliás, serão úteis para o controle externo e para fins de consumo interno, na medida em que a justificação vai dar o sentido do programa decisional da organização e, num passo seguinte, formar a memória como produto da autopeise do sistema.

Pode-se fazer um teste. O que significaria o "standard" além da dúvida do razoável? A pergunta indicaria as duas especificidades do processo criminal. A primeira, quanto ao ônus da prova qualificado para a acusação, a qual deve postular tese indene de dúvidas; e a segunda quanto ao princípio da presunção de inocência. Esses "standards, tomados tradicionalmente como princípios, serão melhor explicados no ponto 3.5, mas, por ora, é útil que se pense quais comportamentos eles induzem, dando-se uma conotação prática aos contextos da descoberta e da justificação.

Essas características do processo penal diferenciam-no do processo civil. Na ordenança criminal, já na fase de admissão da peça vestibular, o conceito de justa causa, como um dos critérios de admissibilidade para recebimento da inicial, seria um ponto singular no ordenamento. No início, estava vinculado à possibilidade jurídica do pedido; depois passou a ser entendido como materialidade e de indícios de autoria; e, ainda, alguns autores consideram-na importante, destaque-se, para confrontação de indícios de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.<sup>217</sup> Em que pese as divergências doutrinárias, é um elo fundamental para mostrar que a acusação deve vir acompanhada de provas o suficiente para interferir na situação jurídica do acusado, ao ponto de ser constituída com o estado de processado, com os ônus daí decorrentes, após o recebimento da denúncia.

No processo penal, o juízo de prelibação deve se apoiar não apenas nas condições da ação, entendidas segundo a teoria da asserção. Mas deve se basear no suporte probatório mínimo dos fatos indicados na peça acusatória e, sendo negativo o juízo, resultar na extinção de punibilidade sem exame de mérito.

---

217

Importante frisar que instituto da justa causa da ação penal não se confunde com o conceito de justa causa do fato jurídico. Para aprofundamentos da justa causa da ação penal: "A noção de justa causa evoluiu, então, de um conceito abstrato para uma ideia concreta, exigindo a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal. A justa causa passa a significar a existência de um suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva. A ausência desse lastro probatório ou da probable cause autoriza a rejeição da denúncia e, em caso de seu recebimento, faltará justa causa para a ação penal, caracterizando constrangimento ilegal apto a ensejar a propositura de habeas corpus para o chamado "trancamento da ação penal"." BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6 ed. e-book. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, R-B 4.8. "Pensamos que, seja como quarta condição da ação, seja inserida no contexto da demonstração do interesse (utilidade) de agir, a justa causa, enquanto lastro mínimo de prova, a demonstrar a viabilidade da pretensão deduzida, pode e deve ser incluída entre as condições de admissibilidade da ação penal." OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: del rey, 2005, p. 81.

Além disso, também há a clássica exigência de que a condenação deve afastar todas as hipóteses que possam questionar a credibilidade da tese acusatória. Essa segunda nota de distinção já se faz esmaecida, na medida em que não persiste mais a diferença entre verdade formal e material, e confirmada com a alteração positiva no código de processo civil brasileiro.<sup>218</sup>

Assim, o "standard além da dúvida do razoável tem uma funcionalidade inquestionável para construção do programa decisional da organização tribunal. Ele dá a estabilidade suficiente para que os "insights" além da dúvida do razoável devam ser devidamente motivados e que mudanças de sentido possam ser armazenadas no programa decisional, após observação de segunda ordem, ou melhor, releitura de uma comunicação que irritou recorrentemente o sistema.

A premissa teórica desenvolvida neste ponto é fundamental para entender como o programa decisional sobre a prova ilícita pode mudar de sentido de acordo com diversas variáveis: mudança de expectativas no ambiente social, questionamento da autoridade do direito etc.<sup>219</sup>

Como cediço, os códigos produzem distinções e novas diretivas de sentido, visando a mudar a realidade. Dentro desse paradigma do sistema-entorno, pode-se perguntar onde estaria a verdade processual?

A verdade jurídica, assim como a justiça, é uma forma de sentido inserida no programa decisional. Uma meta que visa a assegurar e universalizar expectativa normativa congruente sobre o sistema jurídico. Sob o olhar do sistema, não é possível encontrar o consenso ou uma verdade metafísica, mas, bem ao contrário, a autopoiese produzida no processo resulta numa comunicação situacional, em face dos estímulos dados pelos participantes processuais. O caso submetido a juízo se submete à tensão entre a memória do programa e a inovação de um novo horizonte de expectativa. A decisão proferida autoconstitui e renova o sistema jurídico, sendo, portanto, uma genuína autopoiese.

A frustração pela ausência de uma verdade substancial é substituída pela existência de consensos que tornam possível a comunicação, isto é, que fazem o improvável ser provável. Elas estão no entendimento comum acerca da linguagem corporal (analógica) e do sentido dos Meios de Comunicação Simbolicamente Generalizados (MCSG), tais como o que são direitos subjetivos, ônus, fato jurídico e outros símbolos mais primitivos, como a escrita, o poder, ter e outros.

A confiança de que a verdade pode ser encontrada dentro do processo é, acima de tudo, uma confiança de que o sistema funciona, apesar de toda a complexidade sinalizada nas múltiplas e

<sup>218</sup> **Código de processo Civil.** Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;. **Código de Processo Penal.** Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. Parágrafo único. (Revogado).

<sup>219</sup> LUHMANN, Niklas. **Distinciones directrices.** Madrid: Centro de investigaciones sociológicas, 2016, p. 27-48.

infinitas possibilidades do mundo. É diferente da confiança firmada pela familiaridade, que seria característica de sistemas sociais onde não prevalece a diferenciação funcional, os laços culturais são extremamente sólidos e onde não há autonomia sistêmica funcional.

A semelhança entre a confiança de sistemas modernos e hiper diferenciados funcionalmente e aquela de sistemas pertencentes a sólidas culturais é que ambas continuam a vincular o passado ao presente, eis que corresponde a uma tradição de sentido, sem qualquer interconexão interpessoal.<sup>220</sup>

Dessa forma, a verdade processual não é resultado de um processo no sentido jurídico. Ela é resultado de um procedimento que dá estrutura para estabilização de uma decisão contingente, que poderia ser de outro modo. O conteúdo da decisão é secundário, pois o importante, para o procedimento, é que este seja uma estrutura seletiva em que a participação dos atores, aos poucos, permita a formação de um clima de aceitação da decisão, cujo teor só poderá ser questionado pelas vias de impugnação previsíveis.<sup>221</sup>

O procedimento, nesse passo, são etapas seletivas, que previamente vão diminuindo a complexidade do objeto inicial da época em que o percurso começou. A legitimação pelo procedimento não almeja interiorizar determinada verdade junto ao sistema psíquico. O objetivo principal é facilitar a articulação do sistema psíquico com o social mediante a comunicação de expectativas normativas contrafáticas. O aprendizado com sucesso e decepções encaminha os interessados para aguardar a decisão final.<sup>222</sup>

E qual é a reação do entorno se o sistema informa algo completamente novo de sentido? A depender da reação, a expectativa normativa se transforma em cognitiva e há um reaprendizado, para novamente a expectativa se convolar em normativa. Entretanto, sem depender de qualquer sorte, se o direito deixa de assegurar expectativas normativas, então há forte sinal de que o sistema deixou de se diferenciar do ambiente, transformando-se num meio capturado por outros códigos, como o de poder, ter, moral etc. Para esse cenário, a confiança sucumbiu em favor do risco daquilo que pode ser diferente, em face da complexidade do mundo.

A confiança sistêmica resulta na indiferença para circunstâncias vividas pelo entorno, posto se acreditar no nível de vinculação promovido pelo uso de meios simbolicamente generalizados, como a linguagem e o código lícito e ilícito. Eis, pois, o óleo para a multidão de comunicações realizadas no dia a dia ou para o julgamento em série de processos judiciais, nos quais, com efeito, não houve condições estruturais para o exame minucioso dos casos. No papel de parte processual, vige a impessoalidade, porque se confia que apenas o uso do código lícito e ilícito vai provocar uma

---

<sup>220</sup> LUHMANN, Niklas. **Confianza**. madrid: anthropos, 2005, p. 29-38.

<sup>221</sup> WEBBER, Suelen da Silva. **Decisão judicial e estabilização social**. Legitimação pelo procedimento na sociedade complexa. Curitiba: jurá, 2017, p. 362-372.

<sup>222</sup> WEBBER, Suelen da Silva. **Decisão judicial e estabilização social**. Legitimação pelo procedimento na sociedade complexa. Curitiba: jurá, 2017, p. 300-313.

resposta do sistema. Se as coisas não se sucedem desse modo, é porque o sistema jurídico não goza de plena autonomia e sofre interferência de assimetrias do ambiente, como dificuldades de vinculação da moral, corrupção e outros.

Logo, o processo é uma sequência de eventos caracterizada pela dupla seleção. Primeiro, limita os eventos possíveis e, depois, dentro do universo do possível, acolhe um evento singular.<sup>223</sup> Pode-se dizer que o sistema é racional na medida em que pode fazer uma reflexão sobre suas próprias operações, produzindo novas complexidades. É uma autopoiese com o olhar para o interior do sistema e para o exterior, acerca do que responderá ao ambiente. A racionalidade tem como consequência a produção de redundâncias e a produção de variedade como resultado da diferença sistema e entorno.<sup>224</sup>

A decisão judicial, nesse raciocínio, é uma construção social e não resultado da vontade de apenas uma pessoa. Num primeiro momento, na autopoiese, o direito atribui sentido jurídico com base nas suas próprias referências. Não há um valor que é transmitido diretamente do ambiente para o sistema jurídico. Por isso a existência da circularidade, uma vez que o sentido a respeito do entorno é produzido pelo próprio sistema, numa construção a partir de um programa decisional, que é a atribuição de valor dada pelo código.

Outrossim, a comunicação é contínua. Não há início nem fim da comunicação, mas apenas diferenciação. Pode-se falar em paradoxos de sentido e da diferenciação. É paradoxo de sentido, haja vista que a adoção de um sentido não exclui outro no futuro; entretanto, também é paradoxo de diferenciação, pois um mesmo evento pode gerar diferentes sentidos para outros sistemas. A verdade processual, portanto, está posta num contexto, num meio de um código autonomamente diferenciado e numa forma de sentido.

Uma concepção sistêmica da verdade e da justiça, como formas contingentes de decidir, dão consistência teórica a entendimentos como o do pragmatismo americano ou a visões que admitem a outra resposta, como a de A. Aarnio, haja vista o foco na solidariedade comunicacional como condição primeira de viver entre outros. Em casos de profundas mudanças, é natural que se pergunte como proteger os mais fracos? Entre o passado (espaço de experiência) e o futuro (horizonte de expectativa), decidir como o presente deve se direcionar para o futuro depende dos sujeitos comunicantes. As instituições podem influir nesse processo decisional; a longo prazo, porém, é de ser reconhecer que as instituições são feitas por homens e elas podem mudar pelo surgimento de novas razões no programa decisional.

---

<sup>223</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glossario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Mexico: universidad iberoamericana, 1996, p. 131.

<sup>224</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glossario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Mexico: universidad iberoamericana, 1996, p. 133 -138.

Em que pese a circularidade das causas e mudanças de entendimento, bem assim os paradoxos de sentido, vem a calhar o repetido destaque de que a decisão não é fruto da arbitrariedade. O sistema demonstra aprendizado quando os tribunais produzem memória, consistente em repetição de respostas para problemas semelhante (“eigenvalue”).<sup>225</sup> A demonstração de estabilidade — segurança jurídica — revela que o nível de variação e irritação do ambiente não tem números destrutivos, ou melhor, impeditivos da comunicação autorreferenciada do sistema. Logo, não é possível quantificar o quanto de variação um sistema tolera. A resposta é dada pelo ambiente comunicacional.

É inarredável a reflexão entre a verdade, de um modo geral, e a verdade processual. Explanada a noção de verdade enquanto comunicação, é preciso refletir melhor sobre a verdade encontrada no processo, a verdade processual, e os programas decisoriais dos tribunais. O objetivo é destacar que a verdade processual tem uma face direta com os interesses sociais a que ela procura responder.

#### *4.1.2 Programa decisional como limite de racionalidade dos tribunais: a verdade processual*

Os questionamentos da eficiência do sistema de justiça criminal trouxeram novas reflexões sobre os limites tradicionais da verdade processual (epistemologia jurídica), assim como, em paralelo, a busca de novas formas de composição dos litígios. A verdade é construída ou encontrada? A reflexão sobre o modo de se aproximar da verdade, no ponto passado, ressalta que as duas coisas — encontro e construção — andam juntas, uma vez que a verdade está no espaço e no tempo, mas não é uma criação arbitrária ou puramente subjetiva. Ainda sim, chama-se ao debate a legitimidade dos tribunais para inovar decisões que já passaram pelo teste de legitimidade. Um tribunal não pode ficar preso a um programa de decisões que vinculam o passado ao futuro, sem embargo é o programa de decisão que serve de leme de racionalidade para que as inovações não pareçam sobreposição dos subsistemas sociais em detrimento do jurídico. A erosão da relação entre espaço de experiência e horizonte de expectativa significa crise e a falta de referências do próprio sistema para oferecer respostas ao ambiente.

Os programas decisoriais são feitos para dar segurança jurídica e garantir expectativas normativas, a despeito do fato que os contrarie. A possibilidade de mudá-los parece testar os limites da dogmática jurídica e sua relação com o sistema do direito. O sistema jurídico sobreleva a temporalidade do “in put” e “out put”, ora consolidando o passado no futuro, ora se abrindo para

---

<sup>225</sup> SILVA, Artur Stamford da. O sistema jurídico aprende. A comunicativação aplicada ao princípio da insignificância no direito. **Revista de direito Mackenzie**. V. 14, n. 3, 2020, p. 1-32. <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v14n314112>. Acesso em: 23/02/2021

mudanças. A gestão da comunicação que ele recebe e devolve é feita no âmbito da validade e, nesse ponto, a dogmática modula a importância do que se pode responder ("out put"). A jurisprudência dos conceitos destacava o "in put" e respostas fechadas, contrariamente, em termos rasos, à jurisprudência dos interesses, em que a irritação do ambiente amplificava a necessidade de pluralidade dentro do sistema, eis que as consequências da decisão deveriam ser objeto de preocupação da dogmática.<sup>226</sup>

Haveria equilíbrio entre a regra e a exceção? As considerações sobre essa resposta sindicariam a importância dos programas decisoriais para o equilíbrio do tempo no sistema. Artifícios como o interesse, bem jurídico, "ratio legis" e outros se legitimam quando o futuro é passível de generalização. O "out put" não pode ser uma razão secundária, sob efeito negativo de estar presa ao "in put".<sup>227</sup> Os efeitos adversos aqui, por conseguinte, seriam de prevalência da heterorreferência, em que necessidades econômicas e outras ordens dominariam o direito.

A dogmática deve internalizar os efeitos da nova regulação do caso com a finalidade de agregar a novidade a critérios já sistematizados no programa decisional. O ideal é que houvesse uma correlação entre as premissas abstratas e concretas, num articulado coerente e piramidal. As necessidades de justiça, totalmente contingentes, podem reforçar uma geometria assimétrica do sistema, de sorte que haja várias cadeias normativas paralelas, sem uma norma fundante em comum — daí a importância da pragmática para analisar a relação entre o editor normativo e as partes em duelo, a fim de salientar que a prevalência do direito nem sempre se harmoniza a com a organização conceitual do sistema.<sup>228</sup>

O direito não é o meio mais eficaz para controle social da contingência da liberdade. O estudo da consequência da decisão depende de critérios extrajurídicos. Sistemas morais e religiosos podem fornecer maior coesão e vinculação social, ao tempo que o sistema político tem estrutura de decisão muito mais aberta e plural para absorver a complexidade moderna da hiperpluralidade. A importância do sistema do direito, porém, está como elemento que dá estabilidade às expectativas normativas contrafáticas e aos valores no curso do tempo; por essa razão, as respostas jurídicas são avaliadas pelo ambiente, a considerações para saber se o direito cumpre a sua funcionalidade.<sup>229</sup>

A abertura da dogmática para o problema se dá sob a cláusula do que é "socialmente adequado". Uma reflexão em que se lê o ambiente e os "equivalentes sociológicos" que permitam no futuro respeitar expectativas normativas. Ou seja, o socialmente adequado convive com a segurança jurídica.

---

<sup>226</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistema giuridico e dogmatica giuridica**. Bologna: il Mulino, 1978, p. 31-71.

<sup>227</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistema giuridico e dogmatica giuridica**. Bologna: il Mulino, 1978, p. 73-85.

<sup>228</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistema giuridico e dogmatica giuridica**. Bologna: il Mulino, 1978, p. 85-103.

<sup>229</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistema giuridico e dogmatica giuridica**. Bologna: il Mulino, 1978, p. 113-121.

O processo é um dos caminhos estatais para a abertura da dogmática aos interesses sociais, eis que na atividade probatória reside o acoplamento estrutural entre o direito e diversos sistemas sociais. Mas qual verdade pode ser construída?

*Res judicata pro veritate accipitur.* Não há como fugir da ideia de verdade ser aquela estabelecida no processo. A atividade processual busca ser justa. Ela não pode abrir mão de se comunicar com a realidade, mesmo que, por critérios extraprocessuais, diga-se que a realidade pôde ter sido outra da alegada pelo ambiente. Existe um realismo aristotélico mitigado: a autonomia do processo para constituir a realidade vai ser a realidade do direito no mundo. Ao fim do processo, os conflitos desaparecem em nome de uma só realidade, pois não pode haver duas justiças num mesmo mundo.<sup>230</sup> Se o ambiente continua a contestar a realidade do processo, os vícios de comunicação demonstram que o processo não cumpriu com a finalidade de ser um meio de pacificação.

Fala-se de uma verdade probabilística, uma vez que a argumentação legal sobre fatos visa a confrontar teses, que, por sua vez, expõem fatos relevantes. No caminho da justiça e da verdade, há sempre quem parcialmente exponha as questões de fato e de direito, sob o olhar do direito material e do processo, veiculando-as em teses; além da falibilidade de quem julga.<sup>231</sup>

Como construir a verdade dentro do ambiente processual? As hipóteses são testadas pelas partes, com a finalidade de convencer o juiz. O bom sistema adversarial<sup>232</sup> incentiva que as melhores versões dos fatos sejam apresentadas e aceitas de acordo com os parâmetros cultural-científicos existentes. Aceita a hipótese apresentada pelas partes, ela será testada em novas investigações, inquisitivas e adversariais, quando as conclusões podem mudar ao longo do tempo, em face de novas reflexões trazidas à discussão.<sup>233</sup>

A crença de como os fatos ocorreram depende de ligações profundas com o modo pelo qual comumente se enxerga o mundo. Não é um consequencialismo do melhor resultado; sim, uma reflexão madura sobre a aplicação de conceitos sociais ao caso processual. A verdade processual, instrumentalizada no programa decisional, está conectada com as verdades do mundo.

As ideias são esclarecidas com a observação da prática habitual de como as causas se relacionam na natureza e de como os conceitos são aplicados. Uma análise que começa por perquirir os efeitos das coisas. As mudanças de paradigmas constituem novas relações entre os homens e como eles se relacionam com a natureza, exigindo imediata resposta do direito. As

<sup>230</sup> GÖSSEL, Karl H. El principio de estado de derecho en su significado para el procedimiento penal. In: **El derecho procesal penal en el estado de derecho: obras completas**. Santa Fé: Rubinal-Culzoni, 2007, p. 117-118.

<sup>231</sup> TUZET, Giovanni. in: DAHLMAN, Christian e FETERIS, Eveline (orgs). **Arguing on facts: truth, trials and adversary procedures**. Legal argumentation theory: cross-disciplinary perspectives. New York-London: springer, 2013, p. 207-224.

<sup>232</sup> entenda-se como o sistema acusatório.

<sup>233</sup> HAACK, Susan. **Evidence Matters**. Science, proof, and truth in the law. New York: Cambridge, 2014, p. 27-47.

crenças funcionam como hábitos, fundamentados na forma científica de ver a realidade sensível. As rupturas de referências, segundo Peirce, indicariam evoluções para caminhos onde haveria novas adaptações,<sup>234</sup> num trabalho seminal e visionário das discussões epistemológicas do século XX.

A melhor forma de encontrar a crença é verificar o hábito de certa pessoa. É nele que se vivenciam as concepções de mundo. Eis o modo mais legítimo de entender o método científico do pragmatismo, pois o afasta das crenças fundadas em dogmas, muitas vezes sem qualquer reflexo prático nas ações. Como se trata de uma crença compartilhada na linguagem e convivência com o outro, é impossível dizer que é uma crença individual. Uma consequência prática desse pensamento é usá-lo para entender as inflexões mentais do sujeito quando se investiga se o ato foi intencional ou para entender a personalidade de que sem estuda.<sup>235</sup>

Essa filosofia, de nuance forte do pragmatismo norte-americano, também demarca a separação do contexto da descoberta e o da justificação. O primeiro onde soluções do caso surgiriam de modo criativo e espontâneo, relacionado diretamente com as visões de mundo e formação do sujeito ("background") e o segundo com nuances analíticas e racionais de exposição das ideias,<sup>236</sup> vinculadas, como visto no tópico anterior, ao raciocínio abduativo e ao silogismos abduativos. Parece muito intuitiva a metáfora de que os programas decisoriais seriam as partituras e os interessados processuais os maestros.<sup>237</sup>

As partes têm o direito de empregar todos os meios legais bem como os moralmente legítimos para provar suas alegações.<sup>238</sup> A forma como os recortes da vida (evidência) são trazidos ao processo depende da observação de quem alega e do próprio juiz, que filtra os argumentos relevantes para formar sua convicção.

Recorde-se que a atividade probatória é o acoplamento estrutural entre o sistema do direito e diversos outros sistemas, como a ciência, a moral, a política, a economia e outros. A rigor, nessa

<sup>234</sup> PEIRCE, Charles S. **Selected philosophical writings**. The essencial Peirce. Vol. I. Edited by Houser, Nathan e Kloesel, Christian. Bloomington: Indiana, 1992, p. 124-141. Acerca de como as ideias podem ser esclarecidas, p. 129: "the essence of belief is the establishment of a habit, and a different beliefs are distinguished by the different modes of action to which they give rise."

<sup>235</sup> PEIRCE, Charles S. How to make our ideas clear. In: THAYER, H. S. (org.). **Pragmatism. The classic writings**. Indianapolis, Cambridge: Hackett Publishing Company, 1982, p. 94-100, e MEAD, George H. **Mind, self, & society**. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago e London: University of Chicago Press, p. 273-281. FALCAO JR, Alfredo Carlos G. Associação diferencial e erro penal quanto aos elementos normativos do tipo: critério tópico e indiciário de diferenciação entre os erros de tipo e de proibição. **Programa de pós graduação em direito da Universidade Federal de Pernambuco**. UFPE. 2013.

<sup>236</sup> NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. João Pessoa: Ideia, 2013, p. 73-80.

<sup>237</sup> A atividade processual depende de influências particulares de cada ser humano que conduzem a uma reconstrução sempre possível (porém plural) da situação do processo (*gestalt*). FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968, p. 91-97.

<sup>238</sup> "Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz." Código de processo civil.

atividade, todos os códigos — verdadeiro/falso, certo/errado, poder/não poder, ter/não ter, p.ex. —, devem se subordinar ao lícito/ilícito. O direito, mediante clausura operativa, responde às irritações do entorno, trazidas por meio do acoplamento estrutural.<sup>239</sup> Não obstante, já se perguntou se a verdade que existe dentro do processo é algo diferente de outras verdades. Aos olhos leigos, uma verdade moral ou científica não pode ter sentido diferente para o jurista. Mas o fato é que não podem existir duas justiças. Uma fora e outra dentro do processo. Há apenas uma.<sup>240</sup>

A atividade probatória, consistente em requerer uma prova, admiti-la e ela ser produzida mediante contraditório, depende de sentidos sobrepostos que os atores do processo vão depositando sobre a evidência apresentada em juízo. Essa comunicação faz com que o direito leia a si mesmo (clausura operativa) e realize observações em segunda ordem e em outras leituras sucessivas sobre a forma com que a atividade probatória lhe informa, construindo o sentido da informação, vendo aspectos da forma da vida e reavaliando-a ("re-entry"). Assim, o sistema jurídico se adapta e produz memória (recursividade) de como lê o mundo e dá resposta às irritações do que as pessoas querem e esperam do direito.<sup>241</sup>

O traçado perfeito desse fluxo, contudo, encontra algumas barreiras. O acoplamento estrutural da atividade probatória, por ser a ponte entre diversos sistemas, sofre com a heterorreferência, na qual um sistema tenta se sobrepor ao outro, violando a autorreferência — p.ex, verdades morais tendem a ser vistas como inabaláveis.<sup>242</sup> Ou pior, práticas espúrias desnaturam a autonomia do sistema, ceifando-lhe a autonomia, para que forças econômicas imponham a sua informação sem que haja comunicação (mediação) autônoma do sistema, como nos casos de corrupção.<sup>243</sup>

Bem por isso se vê que a verdade dentro do processo é uma verdade processual. Na literatura jurídica, dizer-se-ia que a epistemologia do direito tem sua autonomia, porque a verdade é construída sob o filtro de um procedimento. É uma verdade processual e probabilística, vinculada ao Estado de direito, em que se preza por direitos fundamentais do indivíduo, antes de pensar no resultado da acusação criminal.<sup>244</sup>

<sup>239</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis, RJ: vozes, 2010, p. 271-292. LUHMANN, Niklas. Legal argumentation: an analysis of its form. **The Modern law review**. Vol. 58. May de, nº 03, 1995, p. 285-298. Livro de Luhmann e história do processo.

<sup>240</sup> GÖSSEL, Karl Heinz. **El derecho procesal penal en el Estado de derecho**. Tomo I. Santa Fe: rubinzalculzoni, 2007, p. 101-118.

<sup>241</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. New York: Oxford press, 2004, p. 230-263.

<sup>242</sup> MASCAREÑO, Aldo. La crisis como control de hipertrofia sistémica y la función del derecho. **Revista direito Mackenzie**. vol. 11, nº 2, 2017, p. 112-38.

<sup>243</sup> MASCAREÑO, Aldo. La crisis como control de hipertrofia sistémica y la función del derecho. **Revista direito Mackenzie**. vol. 11, nº 2, 2017, p. 112-38.

<sup>244</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**. Teoria del garantismo penale. Roma: Laterza, 1989, p. 24-45.

É igual a outras verdades, de outras ciências, porque fala sobre o que houve no mundo com a margem de erro inata ao conhecimento humano. Assim, o processo — como categoria sistêmica — absorve conflitos como meio de assegurar expectativas normativas, isto é, garantir prescrições de conduta que valem independentemente da violação à norma que deu causa ao processo.<sup>245</sup>

Luigi Ferrajoli anota que o contexto da descoberta, no curso do processo, é marcado pela formação de teses de acordo com a observação do desempenho das estratégias processuais. É um raciocínio probabilístico e, segundo o autor, indutivo — ponto com o qual discordamos, por achar ser abduutivo. No entanto, mais a frente, continua Ferrajoli, o importante é ver como a decisão terá sua motivação estruturada — contexto da justificação —, pois será a base sobre a qual a sociedade fará o seu percuciente juízo de valor.<sup>246</sup>

De fato, cumprindo à risca o garantismo penal, ainda não há como eliminar a liberdade do juiz para construir os fatos e interpretar a norma. A criatividade é limitada por normas de regulação, porque, com efeito, limitam condutas, a exemplo das garantias penais, que impõem o ônus da argumentação com maior rigor para a acusação, caso sofram restrições no curso do processo. E ainda há, diferentemente da primeira, as limitações decorrentes das normas diretivas, que coordenam ações para o futuro e não se limitam a um fato-espécie. Por isso, arremata Ferrajoli, o juiz não é detentor do poder puro (decisionismo); o intérprete age segundo o saber-poder.<sup>247</sup>

Por outro lado, as normas de regulação ou diretivas não eliminam a discricionariedade. Em qualquer julgamento existe a ponderação das circunstâncias singulares do caso e a verificação do ajuste dos fatos a normas jurídicas (ponderação equitativa simples). Do mesmo modo, existe uma ponderação sobre qual a melhor norma para se aplicar àquela situação encontrada (ponderação equitativa comparada).<sup>248</sup>

A atividade de decidir impõe que o raciocínio se debruce sobre os fatos e sobre as normas, por isso a proporcionalidade ganhou tanta importância no último século, ao ponto de considerarmos-na como técnica lógica de dizer o que é melhor ou pior no mundo das normas. Seria revestida de uma categoria autônoma de raciocínio, assim como a indução, dedução e abdução.<sup>249</sup> O fato é que o raciocínio de proporcionalidade contribui para entender a complexidade do sentido do fato jurídico.

---

<sup>245</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980, 37-48 e 109-114.

<sup>246</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Contro il creazionismo giudiziario**. Modena: mucchi, 2018, p. 28-30.

<sup>247</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Contro il creazionismo giudiziario**. Modena: mucchi, 2018, p. 30-35.

<sup>248</sup> *idem, ibidem*.

<sup>249</sup> SIECKMANN, Jan. **Is balancing a method of rational justification sui generis?** in: DAHLMAN, Christian e FETERIS, Eveline (orgs). *Arguing on facts: truth, trials and adversary procedures*. Legal argumentation theory: cross-disciplinary perspectives. New York-London: springer, 2013, p.189-206.

Em suma, a verdade do processo penal sofre o concurso das normas, dos fatos e de uma série de interesses que gravitam sob o dilema da efetividade da justiça e da proteção das garantias fundamentais. É objeto de observações em cascata, ganhando novos sentidos.<sup>250</sup>

O código de licitude, fazendo a comunicação provável, quando aplicado, promove novas distinções. O futuro é formado com base na experiência. Mesmo que as decisões mudem seu teor, ainda se filiam a programas de decisões, consistente em orientações normativas que garantem ao direito cumprir o papel de assegurar expectativas normativas.

#### *4.1.3 Poderes das partes e juiz para referendar hipóteses no processo justo: sistema processual criminal e justificação*

O contexto da descoberta está presente na recorrente leitura dos fatos e na leitura das normas e torna natural que o raciocínio abduutivo seja uma decorrência do pensamento do juiz e das partes. Não há como restringi-lo à atividade investigativa pura e simplesmente. O juiz, ao observar as estratégias evoluídas no processo, também forma conclusões da sua experiência, a respeito das normas e, logicamente, testa-as, direcionando o processo dentro do caminho paritário. Eis o caminho por onde se ilumina o “standard” ônus qualificado da acusação e a presunção de inocência do acusado; assim também o processo justo.

Ademais, se há esse percurso com as normas, também se vê com os fatos, pois os fatos e normas não estão separados.<sup>251</sup> A escolha dos fatos se dá pela relevância das normas e estas são recortadas do universo normativo a partir da narrativa que o juiz enxerga no fato. Há um círculo virtuoso do qual se depende da prudência para construir o senso de justiça.

Nesse sentir, a leitura de comunicações adjacentes ao sistema jurídico ocupa espaço na memória da organização dos tribunais, assinalando pré-inclinações hermenêuticas vivenciadas em decisões pretéritas. São influências que aparecem no contexto da descoberta e que ganham legitimidade quando o contexto da justificação faz referência ao programa decisional da organização.

É indubitável que, ao derredor da temática eficiência do processo penal e garantias de liberdade, o contexto da descoberta está relacionado a antigas observações sobre a integridade do sistema jurídico-criminal. A eficiência punitiva deve ser filtrada por conceitos suficientemente abertos para permitir a análise do caso em concordância com direitos fundamentais — eis a ideia de punir quem provocou a contaminação da prova, violando direitos. Nesse contexto, a tese trabalha

---

<sup>250</sup> DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita**. Um estudo comparado. São Paulo: marcial pons, 2014, p. 25-33.

<sup>251</sup> NEVES, Castanheira. **Questão-de-facto, questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: (ensaio de uma reposição crítica)**. Coimbra: almedina, 1967, p. 870-921.

com duas experiências, a americana e alemã, que partiram de pressupostos diversos e, depois, terminaram se encontrando.

A prática norte-americana, com base na 4ª emenda à constituição, visou a punir quem provocou a contaminação da prova, sem prejuízo do uso da prova em apreço à verdade processual. O tema varia em função de termos abertos como saber o que é “causa provável” para justificar a violação de domicílio com ou sem intervenção judicial, ora a favor da efetividade do processo, ora da defesa das garantias individuais.<sup>252</sup>

A oscilação entre excluir a prova ou aceitá-la, dando destaque à proteção de direitos individuais, também se viu na ordem jurídica alemã. Em outra matiz, a tradição teutônica privilegiou a análise do problema sob o viés do direito material, fortalecendo as garantias fundamentais da intimidade e do livre desenvolvimento da personalidade, nos termos do §1º do art. 1º e do § do art. 2º da constituição alemã.<sup>253</sup>

Ao longo do tempo, a atividade probatória consistente no acoplamento estrutural entre diversos sistemas sociais pode dar destaque à ampliação dos meios de encontro da verdade ou à proteção de direitos individuais. É o que se viu no paralelo feito entre o direito americano e o alemão.

A forma de sentido é tecida para salvaguardar as diversas questões criminológicas envolvidas com a verdade processual, por isso a necessidade de categorias mais precisas para analisar os múltiplos casos de uso da prova ilícita, tendo em jogo a efetividade da justiça, gravidade do crime, garantias fundamentais a serem zeladas etc., a fim de submeter ao crivo da sociedade como o direito enxerga o mundo. São leituras das irritações provocadas pelo ambiente extrajurídico e leituras dentro do próprio sistema prova (“re-entry”).<sup>254</sup>

Outro tema correlacionado ao poder das partes e do juiz é o tipo de sistema processual, uma vez que assinala os caminhos possíveis para se buscar a verdade do processo. Não há como dizer que um sistema é superior ao outro, mas que ele é reflexo do momento histórico-ideológico de determinado período. Mencione-se, por efeito, que um mesmo sistema, com um mesmo nome, pode ganhar características diversas e acidentais. Daí a importância de se analisar o sistema em concreto

---

<sup>252</sup> “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects,<sup>[a]</sup> 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.” NEWBURN, Tim. **Criminology**. Portland, Oregon: Willam, 2007, p. 649-654.

<sup>253</sup> "Art. 1º (1). Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. Art. 2º (1). Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

<sup>254</sup> LUHMANN, Niklas. Legal argumentation: an analysis of its form. **The Modern law review**. Vol. 58. May de, nº 03, 1995, p. 285- 298. GÜNTHER, GOTTHARD. Cybernetic ontology and transjunctional operations.. **Vordenker**. February, 2004. p. 01-62.

com base em modelos teóricos dissecados em vantagens e desvantagens de acordo com o interesse de referência.<sup>255</sup>

Há os sistemas acusatório e o inquisitivo. Este é quando o poder de gestão de prova se concentra nas mãos do juiz. Aquele é quando há o protagonismo das partes na performance probatória, caracterizada pela atuação adversarial; por isso a importância da publicidade dos atos e da identidade física do juiz, com a predominância da oralidade e da tipicidade dos meios de prova.<sup>256</sup>

O sistema brasileiro caminha para o acusatório, o qual tem a vantagem de assegurar o duelo de partes, na apresentação das pedras que formarão o mosaico a ser julgado pelo juiz. Se as partes podem obscurecer a discussão intencionalmente — o que seria uma má gestão do sistema acusatório — o magistrado pode se fazer valer dos poderes diretivos do processo, para sancionar o comportamento desviante.<sup>257</sup>

Ao comparar os dois modelos, é consenso que nenhum sistema processual pode eliminar o subjetivismo do ser humano. Sob esse ponto, tanto os sistemas inquisitivo quanto o acusatório apresentam vantagens e defeitos.

É uma questão político-criminal investigar qual o melhor acerto para distribuir o ônus do erro: se vai recair sobre o juiz a tarefa de carrear provas e decidir; se vai recair sobre as partes a tarefa de indicar provas.

O importante, ao analisar o sistema processual de dado país, é verificar como é feita a administração da prova, em vez de se discutir isoladamente o poder probatório de cada uma das partes, o qual é insuscetível de levantamento empírico. O fator cultural ganha um peso decisivo para se entender como realmente funciona um dado sistema, p.ex., no sistema adversarial, ao contrário do plano teórico, o juiz pode vir a exercer com maior recorrência a iniciativa probatória subsidiária como se fosse um verdadeiro titular da mencionada iniciativa, igual ao sistema inquisitivo.

Nesse sentido, o cotejo entre os modelos teóricos servem para ilustrar as possibilidades de riscos de erros de julgamento; quais os "standards" a que deve se submeter o julgamento; e quais são os remédios de correção para os equívocos. P.ex., o duelo de partes se destaca pelo aspecto positivo de permitir o teste amplo de hipóteses lançadas por elas, sob o rigoroso controle da parte adversa.<sup>258</sup> O sistema inquisitivo pode deixar o protagonismo para alguém treinado em investigar, com aparente distância da paixão dos fatos.

<sup>255</sup> TARUFFO, Michele. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del. N° 29 (2006). ISSN: 0214-8676 pp. 249-271.

<sup>256</sup> A tipicidade das provas e a valoração será vista no próximo capítulo. DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**. Tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas/SP: millenium, 2008, p. 137-143.

<sup>257</sup> MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal**. São Paulo: método, 2011, p. 29 e 30.

<sup>258</sup> HAACK, Susan. **Justice, truth, and proof: not so simple, after all**. R. Bras. Dir Proc. — RBDPro. Belo horizonte, ano 25, n° 99, jul. / set. 2017, p. 15-41.

Num regime político democrático, há uma inclinação natural para que a epistemologia seja orientada para uma noção de verdade compartilhada entre a maioria, com base em práticas sociais sedimentadas cujos efeitos gozam de amplo reconhecimento de credibilidade e probabilidade.<sup>259</sup>

Assim, o sistema acusatório parece sobressair em detrimento do inquisitivo. Recai sobre o juiz a tarefa de justificar o motivo de escolher determinada tese como a mais provável, a razão de ele excepcionalmente ter tomado a iniciativa probatória etc.

As falhas do controle público posterior sobre a decisão não eliminam o benefício de que o juiz deve se esforçar para demonstrar que obedeceu os filtros comportamentais.

Como visto em tópico acima, o regime que diferencia o processo criminal é o ônus qualificado da acusação para provar e a presunção de inocência do acusado. Sob essas bases, está a necessidade de o acusador ter de provar o estado de culpa do réu como além da dúvida do razoável ("beyond a reasonable doubt" -- BARD). No caso do processo brasileiro, perfilado pelo sistema jurídico continental, o BARD oferece melhor vantagem, pois é indissociável que a verdade processual está presa à verdade narrada nos autos. O juiz tem de dizer porque tal tese é mais plausível do que outra ou o motivo de ter prevalecido apenas uma tese. Isso supera as dúvidas que possam existir a respeito da importância dos "standards", ao tempo que destaca a imprescindibilidade da motivação da decisão.<sup>260</sup>

Em outras palavras. Num espaço de contenda, a motivação da decisão é imprescindível para o controle intersubjetivo, de modo a se saber se a verdade processual foi resultado da melhor tese esposada em juízo. É um pressuposto do sucesso desse modelo que a coleta de provas seja a mais ampla possível, para, naturalmente, reunir o maior número de evidências que ajude a reconstruir os fatos. É indissociável a relação entre a necessidade de motivar e a funcionalidade anteriormente vista dos "standards".

No processo penal alemão, há um comando expresso para garantir o máximo de evidências na construção da verdade material, devendo excepcionalmente ocorrer o indeferimento do pedido de prova. O limite da atividade probatória se encontra no processo justo, entendido como a boa-fé na aplicação das regras, distribuídas paritariamente, nos termos da legislação alemã — inciso 02 do parágrafo 244 do Código de Processo Penal, combinado com os arts 1º e 19 da Lei Fundamental alemã.<sup>261</sup>

---

<sup>259</sup> Dewey chama o princípio da inteligência o método de raciocínio em que as crenças são justificadas a partir dos seus efeitos, bem assim, por outro lado, o conhecimento de acordo com a dúvida nos efeitos das crenças. DEWEY, John. **How we think**. Chicago, D.C. heath & CO publishers, 1910, p.68- 101.

<sup>260</sup> TARUFFO, Michel. Tres observaciones sobre "por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar" de Larry Lauda. **DOXA**. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N° 28 (2005) ISSN: 0214-8676, pp. 115-126.

<sup>261</sup> "§ 244. 1) Nach der Vernehmung des Angeklagten folgt die Beweisaufnahme.(2) Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.(3) Ein Beweisantrag liegt vor, wenn der Antragsteller ernsthaft verlangt,

Os parâmetros da motivação da decisão e da reunião do máximo de evidências, sob o escrutínio do processo justo, ao fim e ao cabo, traz efetividade ao princípio da legalidade, no sentido de que todos os cidadãos se vinculam a a lei que garante um processo justo.<sup>262</sup>

Tal percurso depende da oportunidade de contraditório, em que cada parte deve ter ciência do ato oposto e oportunidade de contraditá-lo.<sup>263</sup>

O termo processo justo se tornou conhecido após referência nos normativos da Convenção Europeia de Direitos Humanos e após positivação em textos constitucionais. A origem histórica se encontra no Common Law, mas o fato é que, nos idos de 1960, a jurisprudência de alguns países, como na Alemanha, já fazia anotações sobre o termo, relacionando-o com o respeito à imparcialidade, contraditório e à proibição da autoincriminação forçada ou fraudulenta (*nemo tenetur se detegere*).<sup>264</sup>

Tendo esses marcos normativos, a análise da prova ilícita deve separar se a ilicitude advém das regras de uso ou das regras de produção da prova, pois, como se comentará adiante, no ponto 3.3., são ambientes de legalidade diversos. Para o processo justo, importa verificar se o uso das provas irá atingir os marcos legais indicados acima.<sup>265</sup>

Importa reforçar que o processo, entendido como sistema, não se resolve num conjunto de regras, lidas como uma receita de boa conduta. O processo-sistema sintetiza um procedimento em que paulatinamente expectativas normativas são reguladas e a complexidade é reduzida, mediante

Beweis über eine bestimmt behauptete konkrete Tatsache, die die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage betrifft, durch ein bestimmt bezeichnetes Beweismittel zu erheben und dem Antrag zu entnehmen ist, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll. Ein Beweisantrag ist abzulehnen, wenn die Erhebung des Beweises unzulässig ist. Im Übrigen darf ein Beweisantrag nur abgelehnt werden, wenn 1.eine Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig ist, 2.die Tatsache, die bewiesen werden soll, für die Entscheidung ohne Bedeutung ist (...). "Art 19 (1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.(2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.(3) Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.(4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt." PIEROTH, Bodo e JARASS, Hans.. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. München: C.H.Beck, 2012, p. 135-138.

<sup>262</sup> Processo justo é uma manifestação de valor a respeito do devido processo legal. O devido processo tem origem história em propiciar que todo julgamento para aplicação de pena deve ser feito pelos pares. Após alterações de redação, para suprimir cláusulas contraditórias, em 1354, com Edward III, publicou-se uma cláusula reconhecida como "due process of law", expressão, de fato, inovadora para a consagração do instituto. PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo**. Sao Paulo: renovar, 2005. p. 5-57.

<sup>263</sup> MAZZA, Oliviero. **Il garantismo al tempo del giusto processo**. Milano: guiffre, 2011, p. 3-38. "la costituzione sancisce che solo il rispetto del metodo del contraddittorio nella formazione della prova è capace di garantire il raggiungimento del risultato rappresentato dalla ricostruzione dei fatti e delle eventuali responsabilità, così come ipotizzati dall'accusa.", p. 04 cf também, NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 505.

<sup>264</sup> JUGL, Benedikt. **Fair trial als Grundlage der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Straverfahren**. Baden-Baden: Nomos, 2017, 17- 45.

<sup>265</sup> JUGL, Benedikt. **Fair trial als Grundlage der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Straverfahren**. Baden-Baden: Nomos, 2017, 50 -79.

observações autônomas da organização jurídica. Essa funcionalidade passa pela oportunidade de interação dos interessados. Daí que legalidade, contraditório e justiça sejam formas por que o processo-sistema deve prezar, para produzir expectativas normativas congruentes e generalizadas.<sup>266</sup> O processo judicial justo é a disposição concreta para realizar a redução de complexidade proposta pelo sistema.

## **4.2 garantias processuais e efetividade na dinâmica das provas : breve história do processo penal**

### *4.2.1 A história, a comunicação e luta pela gestão das provas*

As disputas de interpretações morais acerca do mundo permearam os discursos jurídicos ao longo dos séculos XVIII em diante. Daí que a definição de direitos humanos é estranha a ordens jurídicas que prezam pelo poder de constituição de direitos a partir do exercício das funções mágicas ou de autoridade estatal, como era em Roma.<sup>267</sup>

A expressão direitos humanos faz referência a pretensões inerentes a qualquer ser humano, sendo adotada na literatura jurídica francesa especialmente com a denominação direitos do homem, presente na declaração de direitos de 1789. Por outro lado, direitos fundamentais, ainda que haja referências no século XVIII, na França, foi consagrada pela literatura alemã para fazer alusão a situações jurídicas básicas dos indivíduos perante o Estado ou como autolimitação do poder estatal em face de situações jurídicas privadas, sendo referida na constituição de Bonn de 1949. Na Alemanha, direitos humanos é uma expressão usual para se referir a declarações internacionais, como a Carta de ONU de 1949, ou a premissas filosóficas.<sup>268</sup>

Por isso tudo, neste trabalho serão tratadas como idênticas as expressões direitos humanos e fundamentais, haja vista a coincidência da finalidade de proteção do homem contra a violência arbitrária.

Quando se fala em garantias processuais e direitos fundamentais, em verdade, em destaque estão diques de proteção do particular contra a atuação estatal. O conjunto de garantias processuais formam o plexo de direitos e deveres que formam o devido processo legal.<sup>269</sup> Um deles é o direito a

<sup>266</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1985, p. 61-70 e p. 154-166.

<sup>267</sup> VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: martins fontes, 2007, p. 137-164.

<sup>268</sup> SAMPAIO, José Américo Leite. **Direitos fundamentais**. Retórica e historicidade. Belo Horizonte: del Rey, 2004, p. 07-27.

<sup>269</sup> SAMPAIO, José Américo Leite. **Direitos fundamentais**. Retórica e historicidade. Belo Horizonte: del Rey, 2004, p. 144-145.

juízo pelos pares, o qual, como será visto, faz parte do reequilíbrio entre eficiência do processo e a proteção de espaços de liberdade.

No apanhado histórico a seguir, a primeira parte salientará como o processo foi objeto de diversas reformas voltadas a torná-lo mais eficiente e, numa segunda parte, será mostrado como o processo também foi objeto de um discurso articulado em torno da proteção das garantias processuais. Serão usadas fontes nacionais, do direito francês, alemão e italiano.

A exposição do jogo conceitual de categorias do processo, inspirado no direito europeu e norte-americano, não esconderá os conflitos sociais inerentes para aplicar os institutos jurídicos, em especial os conflitos brasileiros; nesse passo, o destaque histórico será feito com olhos para o problema da prova no processo penal brasileiro.

Conquanto seja proposta essa divisão didática, o fato é que garantias processuais e segurança jurídica se estruturam sob diferentes sentidos para ver uma mesma forma, a qual é o resultado do processo justo. A busca de um processo eficiente atendeu expectativas de ver um Estado com capacidade de cumprir o papel institucional de assegurar a punição contra quem viola valores comunitários fundamentais. Nesse ínterim, o apreço pela segurança jurídica significou que, além do cumprimento previsível do rito, o Estado deveria assegurar condições justas de julgamento. A legalidade se apresentou sob duas faces, a material e a formal. Esta tem ponto seminal com a elaboração de códigos ainda no século XIII, que funcionavam como conjunto compilado de ordens de serviços, prenunciando a era dos códigos sistemáticos do século XIX. A legalidade material, não obstante, representou o conjunto de anseios de como se realiza concretamente a previsão ritual da lei, exigindo condições de proteção em face de potenciais abusos do Estado; portanto, nada melhor do que o termo garantias processuais para sintetizar essas ideias, as quais poderiam ser resumidas na relação entre proteção da individualidade e fortalecimento do papel do Estado.<sup>270</sup>

A disputa de espaços de poder por meio de um discurso subjacente aos conceitos funciona como uma tentativa de romper paradigmas do passado e redesenhar o futuro. Como diz Koselleck, a modernidade vai ser construída com base na luta antípoda de conceitos, ao redor dos quais as ideologias ocupam paulatinamente maior complexidade, na medida em que se torna banal a existência de divergências sobre o sentido de uma mesma forma.<sup>271</sup>

Em outro giro, Luhmann fala que a história moderna demonstra que os direitos subjetivos funcionam como símbolos generalizados a título de provocar irritações no sistema jurídico em troca de garantir expectativas normativas de uma sociedade cujo sinal de modernidade se confunde com a

---

<sup>270</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. **Tratado de derecho procesal penal**. Navarra: thomson reuters, 2010, pp. 83-102. NETTO, Evandro Muniz. **O princípio de legalidade no processo penal**. Recife: diário da manhã, 1950, p. 13-20.

<sup>271</sup> KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**. Contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: contraponto, PUC-RJ, 2006, p. 305-328.

autonomia funcional conferida a sistemas sociais que paulatinamente se diversificam. Nesse sentido, as mudanças terminam por fortalecer um código de sentidos sobre o que é lícito e ilícito, assinalando que o sistema jurídico é por excelência um espaço de discussão procedimental de como absorver conflitos e estabilizar relações sociais.<sup>272</sup>

A dissolução da visão linear sujeito e objeto é recomposta pela observação de como a comunicação corresponde a referenciais autônomos de cada sistema. Haveria como extrair alguma ética desse caminho?

A orientação contextual entre os sistemas mostra que, das necessidades de subsistência da autonomia de cada sistema, há uma constante busca de equilíbrio, o qual não se confunde com simetria. Muitas vezes, determinados sistemas se impõem sobre outros, sem haver uma completa sobreposição e assinalando haver uma baixa orientação contextual. É um apaziguamento de forças, para que a autorreferência de cada observador possa ser vista na comunidade para qual se dirige.

Esse jogo de forças pode ser visto em como as normas jurídicas atendem expectativas normativas. A interação sistema-ambiente pode levar a significados semânticos completamente diferentes, a respeito de como o direito responde aos conflitos advindos em forma de irritação.

A prescrição de normas, desse modo, é mais um componente da comunicação, que depende do comportamento dos interlocutores e da compreensão. O art. 179 da constituição imperial brasileira, ao tratar da legalidade e da casa como asilo inviolável,<sup>273</sup> obviamente induzia a elementos de comunicação diferentes da sua fonte de inspiração, que era o liberalismo individual defendido na Europa e nos Estados Unidos. Por aqui, a estrutura econômico-social ainda dependeria da consolidação de um Estado forte e o processo criminal era fortemente um instrumento de controle social, com destaque para a figura do escravo, que era uma pessoa híbrida entre ser sujeito e objeto de uma relação jurídica.<sup>274</sup> Apesar da ordenança criminal do império consagrar o julgamento colegiado pelos pares como expressão máxima do devido processo penal, o art. 37, §1º, do código processual criminal de 1832 separava o homem livre do escravo e o art. 75, §2º, não admitia que o

<sup>272</sup> LUHMANN, Niklas. Direitos subjetivos - sobre a reestruturação da consciência jurídica para a sociedade moderna. **Teoria dos sistemas na prática**. Petrópolis: vozes, 2009, 160-166.

<sup>273</sup> "**Art.179.** A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica. III. A sua disposição não terá effeito retroactivo. (...) VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar." Destaque nosso.

<sup>274</sup> O código penal do Império (1830) prescrevia que o escravo poderia sofrer penas moderadas, mas o excesso da pena poderia justificar a punição do senhor. "**Art. 14.** Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição delle: 6º Quando o mal consistir no castigo moderado, que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discipulos; ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade delle, não seja contraria ás Leis em vigor." Destaque nosso.

escravo tivesse capacidade postulatória contra o seu senhor, tampouco ele teria condições de validade para ser testemunha.<sup>275</sup>

Outro exemplo. Durante o século XIX, as opções dogmáticas são mais discutidas dentro da sociedade. Vê-se a polarização de forças e, por conseguinte, o distanciamento entre o “espaço de experiência” e o “horizonte de expectativa”, quando a funcionalidade do processo penal foi repensada com base em premissas criminológicas.

No século XX tardio, nos idos de 1980, com o retorno de regimes políticos liberais nos Estados Unidos e em outros centros de referência quanto ao funcionamento da justiça, viu-se o questionamento do Estado de bem-estar social, na medida em que a consagração formal de direitos de liberdade não resultou em níveis de redução midiáticos (notórios) da criminalidade. Os altos gastos com atividades sociais passaram a ser questionados em nome de um programa de eficiência de resultados, voltado à otimização de gerenciamento dos órgãos de justiça. Por conseguinte, viu-se o desenvolvimento de técnicas de investigação sigilosas e valorização da delação premiada, como meios de alcançar a verdade processual de modo mais célere e menos burocrático.<sup>276</sup>

Em debate, o estudo do processo penal a partir do modo de gestão das provas revela que apenas nos séculos XII e XIII começaram a se evidenciar verdadeiras mudanças na forma como se recontava a realidade para dar lastro à premissa de que a igualdade de partes não dependia apenas de normas jurídicas, mas também de satisfatória articulação dos demais subsistemas sociais, representada na figura de um investigador profissional que atuava de ofício.

Os sistemas acusatório e inquisitório foram lugares em extremos opostos por onde tocou a atividade probatória. O primeiro destacava a oralidade, publicidade e contraditório, ao tempo em que o segundo entou a ideia de um magistrado e acusador profissionais do Estado e fases investigativas sem contraditório, secretas e com registro escrito das apurações, privilegiando a descoberta da verdade.<sup>277</sup> A influência de questões morais e políticas tornou a experimentação de

---

<sup>275</sup> "Art. 37. Ao Promotor pertencem as attribuições seguintes: 1º Denunciar os crimes publicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir á escravidão pessoas livres, carcere privado, homicidio, ou a tentativa delle, ou ferimentos com as qualificações dos [artigos 202, 203, 204 do Codigo Criminal](#); e roubos, calumnias, e injurias contra o Imperador, e membros da Familia Imperial, contra a Regencia, e cada um de seus membros, contra a Assembléa Geral, e contra cada uma das Camaras. Art. 75. Não serão admittidas denuncias: § 1º Do pai contra o filho; do marido contra a mulher, ou vice-versa; do irmão contra o irmão. § 2º Do escravo contra o senhor. Art. 89. Não podem ser testemunhas o ascendente, descendente, marido, ou mulher, parente até o segundo gráo, o escravo, e o menor de quatorze annos; mas o Juiz poderá informar-se delles sobre o objecto da queixa, ou denuncia, e reduzir a termo a informação, que será assignada pelos informantes, a quem se não deferirá juramento. Esta informação terá o credito, que o Juiz entender que lhe deve dar, em attenção ás circumstancias." Destaque nosso.

<sup>276</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: revan, 2008, p. 365-401.

<sup>277</sup> LAINGUI, André e LEBIGRE, Arlette. **Histoire du droit pénal**. La procédure criminelle. Vol. II. Paris: cujas, 2000, p. 11-20.

provas o acoplamento estrutural onde se permitiu ao direito receber irritações do ambiente e, mediante observação autônoma, construir expectativas normativas.

#### 4.2.2 Fase adversarial e inquisitiva: em busca da efetividade

Em Roma, o sistema acusatório dominou grande período do império romano. As principais penas eram pecuniárias ou, para crimes graves, corporais. A construção de um sistema inquisitivo com a reserva de jurisdição para um corpo de profissionais que deveriam julgar crimes graves, como corrupção, crimes contra a forma de Estado etc. (período das "quaestiones perpetuae"), começou com a transição entre a república e o império. Esse período ganhou contorno mais sólido no período do império, quando havia magistrados nomeados por altos funcionários do administração romana para, de ofício ou por denúncia, investigar e punir crimes de elevado dano comunitário ou de grande desvalor aos olhos do Estado.<sup>278</sup>

Na baixa Idade Média, ainda predominou o sistema acusatório, com uma gestão de provas baseada em presunções e testemunhos indiretos. As presunções são insculpidas com esteio em provas de resistência física com a finalidade de obter a confissão ou sinais metafísicos.

A confissão era aceita sem desconfianças. A prova testemunhal não tinha grande valor, até porque a solidariedade entre os grupos era extremamente forte, impedindo os reportes entre membros do grupo. As ordálias (originado do termo alemão "urteil"=julgamento) ocupavam protagonismo nessa atividade probatória, consistindo em provas físicas com grande probabilidade de resultar na morte do supliciado (a literatura lembra a prova do fogo, da cruz, do pão e do vinho e outras penas aflitivas). A igreja católica olhou de modo ambíguo para esse conjunto probatório influenciado pelos costumes germânicos, ora os benzendo, ora os rechaçando. Finalmente, em 1215, no 4º Concílio de Latrão, a prática foi censurada. E, pouco a pouco, ela foi sendo restringida, não sendo mais aplicada pela justiça real dos Estados recém-organizados na Idade Média. O substituto natural com grande resistência foi o duelo, consagrado na alta Idade média. A ordenança criminal de 1254 proíbe o duelo, sob o jugo de Luís IX (depois, por vários motivos, entre eles o sentimento de justiça, foi considerado santo católico), mas, em 1306, é reestabelecido na França, para o caso de crimes graves, até que, no século XV, desaparece.<sup>279</sup>

A ordenança de 1254 já traz o germen do devido processo legal, ao considerar que acusação e defesa devem ter igualdade de oportunidades e que o julgamento deve ser feito pelos pares —

---

<sup>278</sup> LAINGUI, André e LEBIGRE, Arlette. **Histoire du droit pénal**. La procédure criminelle. Vol. II. Paris: cujas, 2000, p. 11-20.

<sup>279</sup> LAINGUI, André e LEBIGRE, Arlette. **Histoire du droit pénal**. La procédure criminelle. Vol. II. Paris: cujas, 2000, p. 17-28.

assim como se atribui à carta magna, na Inglaterra, em 1215, a previsão do devido processo legal. A acusação por agente público só ocorre em caso de flagrante delito ou quando há notoriedade do crime. Diferente do processo eclesiástico, ainda prevalece a oralidade e os recursos são previstos apenas para o caso de ausência de jurisdição ou quando se alega erro no julgamento.

Tomando como referência a evolução da legislação francesa medieval, os séculos XIII e XIV são decisivos para sedimentar o sistema inquisitório. No século XIII, com o 4º Tratado de Latrão, o Papa Inocêncio III aplica de modo sistemático o acento inquisitivo no processo eclesiástico, cujas características principais vale a pena elencar, dada a influência que exerceu na Europa.

A preocupação maior da Igreja era resolver a falta de efetividade de um processo que dependia de denúncias privadas. Em locais afastados, dificilmente a igreja tinha notícia de infrações cometidas por sacerdotes ou fiéis, em face da coesão social local. A previsão de um inquérito preliminar de caráter secreto, baseado sobretudo em prova testemunhal, instaurado e conduzido de ofício, serviu para garantir que a Igreja Católica se faria presente em assuntos tomados como prioritários pela Instituição como meio de garantir a verdade — na época, entendida como verdade absoluta de inspiração divina. Assim, p.ex., para render o movimento catarista, cuja doutrina destoava da posição oficial da Igreja, foi necessária a instauração de procedimentos sigilosos. O emprego da tortura ocorria quando as provas não se apresentavam suficientes para instaurar o processo principal ou quando as provas eram débeis para justificar um julgamento com razoável conjunto de informações. A tortura só podia ser usada em caso de infrações graves e quando houvesse indícios de materialidade e autoria; tudo devidamente escrito, para facilitar o controle dos superiores hierárquicos.<sup>280</sup>

A influência do processo eclesiástico se deu num momento em que a jurisdição real conquistava espaço em face da jurisdição feudal. A ordem jurídica do Estados recém formados buscava consolidar efetividade processual mediante o apoio do que havia de mais sistematizado, que eram as ordens jurídicas da Igreja Católica e a compilação de ensinamentos doutrinários do antigo Império Romano. A tortura já era empregada na justiça romana, no caso de crimes graves, como homicídio. Nesse sentido, o duelo, resultado incerto e muito mais primitivo e metafísico, enquanto busca da verdade, encontrou um substituto natural na tortura.

A jurisdição real consagrou a instituição do Ministério Público (MP) como parte acusatória formal. O início, acordam as fontes, foram pessoas que regularmente prestavam serviço de advocacia para o Rei, representando-o nos interesses reais, que variavam entre questões patrimoniais a questões de elevado valor social, como segurança pública. A regularidade da

---

<sup>280</sup> LAINGUI, André e LEBIGRE, Arlette. **Histoire du droit pénal**. La procédure criminelle. Vol. II. Paris: cujas, 2000, p. 35-70.

acusação formal pelo MP garantia também a efetividade da justiça, já que o Procurador do Rei era um auxiliar do juiz, o qual ainda poderia agir de ofício em caso de flagrante delito. O percurso das previsões legais do papel do MP pode ser assim resumido: começou com uma alteração na ordenança criminal francesa, em 1302, sob a regência de Filipe IV, sofreu modificações e foi definitivamente preconizada por Filipe VI, em 1347.

Importante destacar que ainda não havia o monopólio da acusação estatal. Essas reformas gozaram de amplo apoio social, angariado sob a ideia de garantir segurança e paz comunitária, por isso as mudanças não foram abruptas — claro sinal disso é que, a par do Procurador, outros agentes estatais — como os juízes de paz que cuidavam do policiamento —, continuaram a exercer o papel de denunciadores junto à justiça real. E ainda havia a justiça feudal, responsável por apurar a criminalidade remanescente, de média e pequena gravidade.

Na justiça real, apresentar-se-ia uma clara divisão entre procedimento ordinário — crimes de média gravidade — e o procedimento extraordinário — crimes de elevada gravidade e reconhecidos pelo rei como de interesse público —, que justificavam o emprego da tortura e a consagração do apelo como no direito romano, a fim de rediscutir matéria de justiça, que seria levada para o rei ou para os órgãos que o representassem. As reformas de 1498 e 1539, respectivamente sob as regências de Luís XII e Francisco I, garantem o sigilo da apuração tanto na fase de inquérito quanto do processo propriamente judicial.<sup>281</sup>

A ordem mais bem construída foi a de 1670, no período real de Luís XIV, precedida de importantes inovações em 1609, 1615 e 1628. As figuras do juiz de paz, das juntas de paz e da polícia foram organizadas e previstas de modo detalhado, influenciando, inclusive, o código criminal do império no Brasil, como meio de garantir a resolutividade de pequenos delitos, submetidos a julgamento pelos pares que compunham a junta de paz. Ao lado da efetividade, algumas garantias começaram a ser discutidas, como a necessária assistência do advogado durante os interrogatórios.

O interrogatório, na fase de investigação pré-judicial, era algo extremamente importante, não só pela frequente proximidade com o tempo da prática do delito, mas por ser o momento em que o julgador formaria sua convicção se seria o caso de submeter o acusado ao procedimento ordinário ou extraordinário, em que havia previsão de sigilo e uso da tortura. Em regra, o acusado deveria falar "de sua própria boca", para evitar falseamentos, mas já se discutia o direito natural de assistência, para aquele que era leigo em direito e não estava em condições emocionais de dialogar. Esse cuidado permitiu que fosse exigida a presença de advogado em caso de crimes dito técnicos, como os de fraude, corrupção e outros crimes em que a presença de documento como materialidade

---

<sup>281</sup> LAINGUI, André e LEBIGRE, Arlette. **Histoire du droit pénal**. La procédure criminelle. Vol. II. Paris: cujas, 2000, p. 81-83.

do delito fosse quase certa. Não haveria assistência para crimes cuja pena fosse a capital. Mesmo com esse regramento, era comum o emprego de advogado, exceto se a gravidade do flagrante ou notoriedade já indicasse a alta probabilidade de aplicação da pena.

O processo judicial era devidamente marcado por fases, com a possibilidade de o juiz suspender o julgamento para melhor colher as provas, inclusive com a faculdade usar a tortura. O registro escrito passou a ser a regra. Eventuais abusos como aplicar a tortura sem ser o caso ou aplicá-la com intensidade demasiada ensejavam a punição do magistrado, sem prejuízo de a prova ser usada em nome da verdade.<sup>282</sup>

A efetividade da justiça estaria relacionada à garantia de que algumas matérias não deixariam de ser apuradas, mesmo que o sujeito virasse objeto do processo. Diferente de hoje, elas eram matérias submetidas a uma escolha real.

#### 4.2.3 Sistema de gestão de provas e controle da decisão

O sistema de provas legais ou de provas tarifadas representou a centralização da organização da justiça em apreço a conceitos mais pragmáticos de verdade. Essa foi uma das grandes inovações da Idade Média, recuperando o desenrolar histórico do ponto anterior.

A aplicação das provas legais não dependeriam de encontros indiretos da verdade, como sinais revelados da natureza; mas, bem ao contrário, dependeriam do trabalho de representantes do rei, ainda que essa atividade variamente estivesse ligada ao aceite prévio da Igreja Católica, haja vista o caráter religioso da sociedade da época. Substituiu o regime de provas irracionais e o duelo judicial.

Os meios de prova assaz usados eram a prova escrita, a testemunhal, a confissão, as presunções absoluta e relativa e a prova técnica (equivalente à nossa prova pericial). A força probatória é um capítulo à parte, pois elas se organizam em prova plena ou manifesta, prova semiplena e prova imperfeita. O escopo era controlar o arbítrio judicial, de modo a evitar abusos contra o acusado. Um fato que merece ser enfatizado é que, a despeito do sistema legal de provas, respeitava-se o princípio de que o juiz não é obrigado a condenar se a consciência diz o contrário.

As provas plenas podem ser documentos não contestados, testemunhos de ao menos duas pessoas, com visão privilegiada sobre o caso ("rarae aves"), presunções relativas convergentes, como indícios e a confissão. As provas semiplenas, de outro lado, não servem de fundamento para um condenação de pena de morte, mas são suficientes para inaugurar um incidente de tortura ou de medidas invasivas por busca de novas provas ou uma condenação com pena menor do que a que

---

<sup>282</sup> LAINGUI, André e LEBIGRE, Arlette. **Histoire du droit pénal**. La procédure criminelle. Vol. II. Paris: cujas, 2000, p. 87-109.

seria aplicada. As provas imperfeitas, geralmente indiciárias, justificam apenas medidas investigativas, até mesmo a prisão. Há uma evidente discussão se a soma de provas imperfeitas ou semiplenas poderiam justificar uma condenação, como se fosse uma prova plena. O entendimento amplo é que duas provas semiplenas não podem se convolar em prova plena, ou melhor, duas incertezas não viram uma verdade. Essa é a lição de Bartole, importante comentador do código Justiniano, ao asseverar que o dolo manifesto não decorre da soma de dolo presumidos. As provas semiplenas poderiam apenas reforçar provas plenas — uma confissão obtida a partir da tortura.

A não indicação precisa das provas pode render a apuração de responsabilidade penal do juiz, assim como a coleta equivocada — p.ex., a prática de uma segunda tortura sem que haja novos indícios após a primeira tortura. Todavia, isso não afasta o uso da prova. Na segunda tortura, mesmo ilegal, poderia advir a confissão. Ademais, a confissão poderia ser objeto de reconsideração pelo confitente, mas isso não impediria que o juiz a usasse.<sup>283</sup>

No século XVIII, foram apontados casos famosos de erro judiciário por motivos morais-religiosos,<sup>284</sup> mostrando-se a fragilidade do sistema de prova legal. Ao fim e ao cabo, a aplicação das provas ainda dependia do magistrado como gestor das provas. Em 1764, Cesare Beccaria escreve o tratado dos delitos e das penas. A obra foi objeto de grande debate na Europa, cujo centro da polêmica era saber se as garantias idealizadas por Beccaria não tornariam o processo inefetivo.<sup>285</sup>

A insurgência do autor milanês era para o estabelecimento de penas fixas, o controle da prisão preventiva, a proibição de acusação secreta, fim do juramento de dizer a verdade imposto ao acusado, abolição da tortura, término das presunções baseadas em preceitos morais etc. Em suma, planejava-se colocar o acusado na posição de sujeito de direitos, como sinal civilizatório. As garantias em favor do acusado visavam a equilibrar a relação processual, sob o forte argumento de que o sistema inquisitivo de então era desumano e não cumpria a promessa de efetividade.

A lei revolucionária de 08 de outubro de 1789, com a reforma de 1791, acolheu em parte esses anseios, abolindo o sistema de prova legal em favor do sistema da íntima convicção. Entretanto, os julgamentos eram colegiados. No caso dos tribunais criminais, a decisão era submetida ao júri. Em 1808, veio o código napoleônico, que cristalizou as influências positivas das leis anteriores e absorveu em parte as críticas iluministas do século XVIII. Há uma instrução preparatória, de forte caráter inquisitivo, em que, a depender do caso, caracterizava-se como escrita e sigilosa. Depois tem a instrução judicial, submetida à escrutínio judicial da íntima livre convicção

---

<sup>283</sup> LAINGUI, André e LEBIGRE, Arlette. **Histoire du droit pénal**. La procédure criminelle. Vol. II. Paris: cujas, 2000, p. 110-121.

<sup>284</sup> Casos Calas e Sirven. LAINGUI, André e LEBIGRE, Arlette. **Histoire du droit pénal**. La procédure criminelle. Vol. II. Paris: cujas, 2000, p. 127-130.

<sup>285</sup> BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. capítulo 30, 1 e 2 de 8. Ebook. Streetlib, bookfarm.

e com a previsão de debates orais e públicos antes de submeter a matéria à votação. Eis o modelo que influenciou a legislação brasileira até o código de processo penal de 1941.

Outra grande influência no Brasil foram os debates no século XIX. Com efeito, nessa época houve grande choque de ideias entre escolas liberais e socialistas. Tal oposição não esconde a pluralidade de matizes políticas que coloriram a linha ligada a esses dois polos. Isso no Brasil e em outros centros de referência. As codificações na Itália em 1889, com o Código Zanardelli, e, em 1930, com o Código Rocco, exprimem o início da fragmentação entre espaços de experiência e horizontes de expectativa, na medida em que, ao lado de movimentos assumidamente ideológicos, despontava também o positivismo, autointitulado como científico, mas que em seu bojo apresentava correntes, ora mais próximas do liberalismo, ora do socialismo. É o que se verá a seguir.

#### 4.2.4 *Legalidade: da formalidade ao processo justo*

O país onde, sob o pano de fundo da legalidade, mais se desnudaram os conflitos sociais pode ser mostrado na Itália. A irrupção e conflitos de classe levaram ao fascismo, antes do movimento autoritário na Alemanha.

De início, a legalidade foi estabelecida como valor a ser colmatado pelo Estado, para garantir segurança jurídica e controle do uso da força. Enrico Pessina foi o grande artífice desse modelo, ao lado de Carrara, que defendia a legalidade, mas reconhecia que a lei deveria seguir um programa penal científico, em que se privilegiasse a liberdade humana. A desconstrução desse raciocínio se mostrou durante a aplicação das leis, pois se apontou que o Estado, na verdade, era a síntese do conflito de classes sociais, cujo vencedor era quem realmente ditava a vontade estatal.<sup>286</sup>

Os positivistas como Enrico Ferri, Eugenio Florian e Alfredo Pozzolini reconheciam que não se tratava apenas de identificar a origem social dos delitos, mas também a melhor forma de inscrever um programa penal voltado à prevenção e ressocialização do infrator.

A defesa intransigente da legalidade, afirmou Florian, termina por esconder como de fato funciona o sistema jurídico-penal. Ao defender a classe política e economicamente mais forte, o Estado aumenta as desigualdades sociais. Isso se constata quando se responde a perguntas como quem são com frequência os réus do processo penal, a que classe social pertence a maioria das pessoas que compõem o conselho de jurados, quais locais de abordagem o trabalho da polícia privilegia etc.<sup>287</sup>

---

<sup>286</sup> SBRICCOOLI, Mario. **Storia del diritto penale e della giustizia**. Tomo II. Milano: giuffré, 2009, p. 725-755.

<sup>287</sup> SBRICCOOLI, Mario. **Storia del diritto penale e della giustizia**. Tomo II. Milano: giuffré, 2009, p. 726-756.

A preocupação de como funciona a justiça — e não quais são seus princípios formais —, ensina Alfredo Pozzolini —, mostra que o contraditório e a igualdade processual são arquétipos ideais ante o problema de dificuldade de acesso à justiça pela classe menos favorecida economicamente, da falta de independência do judiciário e do ministério público e ante outros pontos, que relatam a dificuldade de funcionamento real do sistema jurídico-criminal, ao contrário do que se poderia deduzir das leis. É como se a dita paz pública dependesse do esquecimento dos que, por assimetria social, terminassem amiúde como réus. Um verdadeiro paradoxo social.<sup>288</sup>

As críticas direcionadas ao funcionamento da justiça criminal mostrou que a efetividade é uma ilusão e que o custo era muito alto, para manter um sistema que oferecia poucas garantias ao acusado em favor do maior poder de direcionamento do juiz.

De acordo com essa premissa, é que as garantias sintetizadas num processo justo, que primasse pela igualdade de oportunidades entre acusação e defesa, ocuparam um papel relevante ao longo do século XX.

Em outro ponto, é comum apontar que o fortalecimento de garantias também correspondeu à alteração do papel do juiz dentro do processo. Obedecendo esse norte, o sistema acusatório corresponderia ao paradigma de processo democrático, inclusive como aquele modelo mais propício para aparecer uma verdade processual horizontal, fruto do trabalho das partes em detrimento da participação do juiz na gestão das provas. Durante o século XIX, contudo, o sistema processual ainda é o inquisitivo na Europa, com nuances do sistema acusatório.

Sob esse quadro, podem ser enxergadas as reformas processuais que ocorreram no estados-independentes da antiga Alemanha. Na Prússia, onde foi efervescente a revolução de 1848, foi o primeiro Estado a reformar o seu sistema inquisitorial. O modelo processual era uma cópia do encontrado no código francês de 1808, i.é, um sistema inquisitório com algumas nuances acusatórias (p.ex., acusação exercida por um órgão diferente do julgador). Ainda que o sistema acusatório, até hoje, não seja o modelo predominante na Alemanha, admitiu-se o fortalecimento do papel do agente acusador.<sup>289</sup>

A ideia de que o Estado deve se fazer presente para encontrar a verdade material é a pedra angular do sistema inquisitivo. Mas, com o tempo, adotou-se por linha de princípio que os exageros desse sistema precisavam ser eliminados. Um exemplo eloquente foi o fim da tortura, a qual nem sempre era um meio de encontro de informações, e, sim, muitas vezes, era uma forma de complementar as provas semiplenas, com o fim de haver lastro para proferir uma sentença condenatória. Por outro lado, ressaltaram-se aspectos positivos do sistema acusatório, como a

---

<sup>288</sup> SBRICCOOLI, Mario. **Storia del diritto penale e della giustizia**. Tomo II. Milano: giuffré, 2009, p. 882-893.

<sup>289</sup> BOHLANDER, Michael e VORMBAUM, Thomas. **A modern history of german criminal law**. Trad. por HILEY, Margaret. London: springer, 2014, p. 82-84.

presença do acusador público, que garantiria maior legitimidade à possibilidade recurso para agravar a pena, evitando a confusão entre juiz e acusador.<sup>290</sup>

Numa expressão, pode-se dizer que nos idos de 1848 se realizou uma reforma no sistema inquisitório, dando-se maiores garantias para defesa e se criando a figura do acusador. Este, assim como na França, submeteu-se ao rígido controle hierárquico do trabalho, vinculado ao ministro da justiça. Tanto que o código de procedimento do império alemão garantiu que não poderia o acusador deixar de acusar se houvesse a notícia-crime, sendo um dos pontos seminais do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Quanto aos magistrados, apenas em 1846 a lei prussiana previu que as sentenças não precisam ser confirmadas pelo ministro da justiça (§23 do decreto do referido ano). De outro lado, diferente do sistema jurídico franco, os juízes ainda detinham forte influência na atividade preliminar de investigação, espaço que se desfez pouco a pouco, na medida em que se fortaleceu o papel acusatório. A fase judicial, entretanto, continuou a ser o espaço por excelência do juiz, mas com a modificação da oralidade nas reuniões e a presença dos debates.

O papel do advogado de defesa sempre foi visto com desconfiança — mesmo para iluministas como Beccaria. O fortalecimento dos direitos do acusado implicou na regulamentação do papel de advogado, que passou a ser uma profissão de Estado, sujeita a sanções em casos de ocultação da verdade.<sup>291</sup>

Se, de um lado, a defesa passou a ter direito de acessar os autos de acusação, direito de conversar com um assistente técnico (antigo advogado) e direito a confrontar provas e debater, o juiz, de outro lado, teria o poder de determinar a prisão, proferir medidas invasivas de ofício e tomar o juramento do acusado e de quem colabora com a justiça, reservando para si poderes de persecução na fase judicial.

A tomada de juramento do acusado demonstra que a liberdade de ação do réu ainda era vista com muita desconfiança. O código criminal da Bavaria já previa direitos de defesa em 1813, mas a aplicação prática das normas só na segunda metade do século XIX, em conjunto com o código da Prússia de 1846.

A consagração dos direitos de defesa dependeram da sedimentação da oralidade e da publicidade dos julgamentos. Antes vista com muita desconfiança, a publicidade se tornou um meio de conquistar o apoio popular, fortalecendo a independência do judiciário. Ora, tal se tornou recorrente, sobretudo quando os Estados se estruturam sobre a tripartição de poderes.

---

<sup>290</sup> Julius von Kirchmann foi um revolucionário de 1848 e o primeiro acusador prussiano. BOHLANDER, Michael e VORMBAUM, Thomas. **A modern history of german criminal law**. Trad. por HILEY, Margaret. London: springer, 2014, p. 86.

<sup>291</sup> BOHLANDER, Michael e VORMBAUM, Thomas. **A modern history of german criminal law**. Trad. por HILEY, Margaret. London: springer, 2014, p. 85-90.

O júri sempre foi um ponto controverso no território da antiga Alemanha, diferente do costume francês que abraçou a influência anglo-saxã. Entretanto, após 1848, a consagração do júri foi de modo mais largo do que na França, eis que o júri decidia questões de fato e questões de direito e o juiz cuidava da cominação da pena.

Essa mudança se deu pela consagração do "standard da íntima convicção do julgador", traduzida como convicção razoável ou livre apreciação das provas. O fim da tortura, em troca, garantia que o juiz poderia valorar de acordo com sua convicção todo o material produzido no processo. A análise técnica das provas deveria ser apresentada para fins de condenação, mas não para absolver, quando valeria a impressão geral sobre as provas como arrazoado.<sup>292</sup>

Esse apanhado de noções ganhou síntese com o código criminal do Império Alemão em 1877, quando, após pontuais reformas, consagrou que a atividade da advocacia deveria ser livre e não haver subordinação aos funcionários do Estado. Em compensação, não obstante, a atividade investigativa continuou a ser secreta, sem contraditório e regida pela instituição acusadora, que seria o ministério público.<sup>293</sup>

Ao final do século XIX, a participação da defesa no processo judicial não inibiu os poderes de instrução do juiz, tampouco a fase investigativa se tornou algo aberto a críticas por parte do investigado. A construção de direitos da defesa foi um trabalho aperfeiçoado no século XX.

Em que pese o pós-segunda-grande-guerra-mundial ter correspondido ao período de fortalecimento de garantias, no sentido de que a violação de normas protetivas de direitos fundamentais do réu importaria em inadmissibilidade ou nulidade do ato processual, houve também, ao longo dos anos de 1980 e diante, o fortalecimento da atividade persecutória com o disciplinamento de meios de investigação que consagraram o papel da polícia e do ministério público para realizar medidas invasivas e negociar penas com os investigados, ante posterior chancela judicial. A par disso, também houve o fortalecimento das atividades administrativas preventivas, voltadas a construir um poder de polícia em que o Estado cria redes de informação a respeito de dados gerais da população, para, se for o caso, posteriormente, colher indícios úteis em face de investigações contra determinados crimes. P.ex., o compartilhamento de dados cadastrais de telefone com a polícia, a fim de facilitar o controle de mobilidade de investigados.<sup>294</sup>

Mais do que nunca, há consciência de que a efetividade processual não pode se dar sem uma especialização temática, assim, como no passado, os conflitos religiosos foram tomados como

---

<sup>292</sup> BOHLANDER, Michael e VORMBAUM, Thomas. **A modern history of german criminal law**. Trad. por HILEY, Margaret. London: springer, 2014, p. 93-96.

<sup>293</sup> BOHLANDER, Michael e VORMBAUM, Thomas. **A modern history of german criminal law**. Trad. por HILEY, Margaret. London: springer, 2014, p. 96-98.

<sup>294</sup> Johnson, Herbert A.; Wolfe, Nancy Travis; Jones, Mark. **History of Criminal Justice** (Locais do Kindle 2-3). Elsevier Science. Edição do Kindle. Capítulos 13 e 14.

prioridade no sistema inquisitivo medieval, agora, o crime organizado e o terrorismo são escolhidos como crimes motores de uma onda de criminalidade sofisticada contra a qual o Estado precisa de recursos investigativos especiais para debelá-la.

No Brasil, sobretudo em razão da presença de órgãos internacionais, como o GAFI — Grupo de Ação Financeira Internacional, órgão ligado à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) —<sup>295</sup> essa "nova efetividade" se fez presente, implicando novas observações do sistema jurídico em face das irritações político-morais.

Nos tópicos seguintes, será mostrado como o uso da prova ilícita na modernidade resgatou a reflexão acerca do sistema inquisitivo e do acusatório. O centro da análise é constatar se as garantias do acusado continuam a ser intangíveis, caso haja a admissão da prova originariamente ilícita. A preocupação com o direitos coletivos, deduzidos da eficiência do processo, só poderá ser pensada se a via processual continuar a ser um instrumento de contenção da violência estatal.

Esse equilíbrio entre garantia e anseio de resultado do processo passa pela legalidade, como instrumento formal e material de expressão do direito e síntese do processo justo. É formal, porque assim foi concebida no século XIX, como forma de prever garantias contra o abuso estatal. É material, porque, ao longo do século XX, viu-se que a previsão legal em si é inócua para reduzir as desigualdades sociais e de oportunidades entre os interlocutores.

296

É preciso que a lei tenha a sua eficácia social posta à ribalta, a fim de que a imperatividade da lei seja respeitada entre os comunicantes. O amálgama entre a concepção formal e material da lei torna a legalidade um recurso retórico de irritação do sistema, para que se faça presente a forma justiça como finalidade do processo. Em outro tom, almeja-se o processo justo.

#### 4.3 Pressuposto metodológico da prova ilícita: livre desenvolvimento da personalidade e eficiência do processo

##### 4.3.1 *Regras probatórias de produção e de uso da prova: confluência das experiências norte-americana e alemã*

#### Código de Processo Penal (CPP)

<sup>295</sup> <https://www.novo.justica.gov.br/sua-protECAo-2/cooperacao-internacional/atuacao-internacional-2/foros-internacionais/grupo-de-acao-financeira-internacional-gafi>, acesso em 17/02/2021.

<sup>296</sup> GARCÍA, Javier Álvarez. **Sobre el principio de legalidad**. Valencia: tirant lo blanch, 2009, p. 09-32 e p. 193-202.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º 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.

§ 2º 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.

CF

Art. 5º (...)LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos."

O ordenamento brasileiro, no art. 155, CPP, adota o "standard" da livre convicção probatória, contanto que a decisão seja fundamentada em provas produzidas em contraditório. A falta de padrão argumentativo mais sólido torna esse lugar-comum da justificação bastante abstrato, por isso sobleva o cuidado de a doutrina indicar critérios argumentativos que diminuam a atitude de subjetividade na tarefa de decidir.

No caso da avaliação da prova ilícita, depende-se ainda de enfrentar o paradoxo de o texto constitucional considerar inadmissível o uso da prova obtida por meio ilícito, ressalvando-se, no contexto da constituinte, o uso da prova ilícita para beneficiar a defesa.<sup>297</sup>

O sistema de valoração da prova, antes de 88, estava construído sob os seguintes "standards: livre-convencimento, fé pública dos atos praticados pelos órgãos de justiça e a veracidade da

<sup>297</sup>

As mesas de direito processual da USP editou três súmulas, nºs 48, 49 e 50, nas ("Súmula nº 48-- Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material." "Súmula nº 49 - São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa." "Súmula nº 50 - Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa.").

prova.<sup>298</sup> Logo, o uso da prova ilícita era perfeitamente possível, sem parâmetros claros de exclusão dela. Por outro lado, também não havia norma que inibisse o efeito a distância da prova ilícita. O prof. Tornagui lecionava que a contaminação não ocorria, à mingua de norma que impusesse o pensamento contrário.<sup>299</sup>

Foi o forte sentimento de reação à ditadura e a graves violações de direitos humanos que justificou a edição do art. 5º, LVI, CF, no texto de 88. Não obstante, uma interpretação literal desse texto seria incompatível até com o uso da prova ilícita a favor do réu.

O atual quadro não oferece segurança jurídica. Nem sempre a conduta praticada pelo réu poderia escudar o uso da prova ilícita, sob o argumento da legítima defesa. Tampouco não se explica quando a prova ilícita poderia ser usada pela acusação. Pelo rigor constitucional, de proibição absoluta, nenhum dos dois casos poderia ser aceito.

Como já disse outrora, a jurisprudência não analisa os pressupostos da legítima defesa para justificar o uso da prova ilícita pelo réu. Frequentemente, a vítima de ação injusta alega o uso da prova ilícita quando esta, na verdade, foi obtida por orientação de agentes estatais, sem justificar a necessidade da medida, como moderação do meio, atualidade da situação etc., como a entrada de domicílio sem autorização do ocupante.

Os casos que chegam aos tribunais são condutas de ilicitude praticadas pelo particular, com incentivo do Estado, o qual monitora a ação da vítima, em busca da melhor prova; não é, dessa forma, uma situação de agressão injusta atual ou iminente, para se perfazerem os elementos normativos da norma penal. E, mesmo nos casos em que o particular age sozinho, é de se perquirir o que seria uso moderado dos meios necessários pra produzir prova ilícita, sob pena de não se punir em excessos de ação de particular contra particular.<sup>300</sup>

Ademais, como também se viu no item 2.4, as provas originariamente ilícitas às vezes são usadas pela acusação de modo disfarçado, em que se destacam aspectos de licitude das questões de fato, para obscurecer outros, ainda que isso se dê com o melhor uso da retórica para promover a distinção de casos e destacar o interesse público na necessidade de punir.

---

<sup>298</sup> Ilustram-se os casos RT 394/282 (1968), 424/337 (1970), 456/416 (1973) e 468/347 (1974). CARVALHO, Ricardo C. Torres d. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal — um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 12/1995. DTR\1995\403, out. - dez., 1995, p. 162-200.

<sup>299</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo penal**. Vol. 01. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 304-306. "A questão é menos jurídica do que de política processual. A meu ver, devem levar-se em conta essas provas. **Nulla restritio sine lege**". As restrições são de Direito singular. Não existem sem lei expressa. Podem figurar na lei substantiva ou na processual: nos Códigos ou em leis extravagantes. Casos típicos dessas restrições são encontradas nas legislações de todos os países.", p. 305-306.

<sup>300</sup> "Código penal (CP). Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem."

Por isso faz sentido adotar a distinção entre produção proibida da prova e valoração proibida da prova, como categoria muito mais afeita à realidade jurídica do dia a dia. Prova cujo uso está dependente da violação da regra de produção e prova independente.<sup>301</sup> A distinção é objeto de profícua doutrina no direito alemão, com base no parágrafo 136a do código processual.<sup>302</sup> Com base no referido artigo de lei, há a seguinte divisão bastante analítica: a) proibição de produção de prova, dividida em proibição de temas, proibição de meios e proibição de métodos; e a b) proibição da utilização da prova.<sup>303</sup>

As regras de produção tratariam de regras materiais voltadas a assinalar a relevância de fatos para fins de prova. Por outro lado, as regras de uso fariam referência a regras de uso da prova. São dois mundos diferentes, em que não existe uma necessária dependência.

Tal observação permite maiores possibilidades hermenêuticas para compreender o caso concreto. Segundo a prática alemã, importante que o exame do caso seja feito sempre com a intenção de fortalecer as garantias fundamentais da intimidade e do livre desenvolvimento da personalidade, nos termos do §1º do art. 1º e do §1º do art. 2º da constituição alemã,<sup>304</sup> por serem elementos ligados com a finalidade político-criminal do processo como instrumento de contenção do abuso de poder estatal e também de efetividade da proteção penal.

Uma prova pode ter sua produção lícita — depoimento do réu, v.g. —, mas, se no futuro, o réu resolver se silenciar, o depoimento não poderá ser utilizado. De modo contrário, a produção da prova pode ser ilícita — busca e apreensão domiciliar sem autorização —, mas o uso poderá ser permitido, por considerações constitucionais do interesse público na persecução, garantia de contraditório ulterior etc.

Desse modo, a proposta é dizer que a Constituição Federal veda o uso da prova cuja valoração seja proibida. Assim, seria aberto espaço para considerar a teoria da fonte independente e

---

<sup>301</sup> AMBOS, Kai. **Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán** – fundamentación teórica y sistematización. Revista política criminal, vol. 04, nº 07, jul. 2009. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20110207\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110207_02.pdf). Acesso em 02/05/2020.

<sup>302</sup> Strafprozeßordnung (StPO)§ 136a Verbotene Vernehmungsmethoden; Beweisverwertungsverbote(1) Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose. Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zuläßt. Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten.(2) Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen, sind nicht gestattet.(3) Das Verbot der Absätze 1 und 2 gilt ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Beschuldigten. Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, dürfen auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt.

<sup>303</sup> AMBOS, Kai. **Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán** – fundamentación teórica y sistematización. Revista política criminal, vol. 04, nº 07, jul. 2009. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20110207\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110207_02.pdf). Acesso em 02/05/2020.

<sup>304</sup> "Art. 1º (1). Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. Art. 2º (1). Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

o da descoberta inevitável, exceções que estariam justificadas para dar licitude à produção da prova. A fonte independente, de fato, tem baixa abstração normativa, eis que se resume a inferir o que é independente, contudo a descoberta inevitável se apoia num prognóstico normativo para afastar a ilicitude de produção — um juízo de ampla análise.

A fonte independente, num juízo sobre o passado, quando se mostra que a informação pôde ser obtida por outra fonte, e, para o caso da descoberta inevitável, num juízo sobre o futuro, quando a prova poderia ser obtida provavelmente por outra fonte, tomando como base os padrões de investigação normalmente desenvolvidos para o caso.<sup>305</sup>

Por outro lado, além das reflexões dogmáticas, existem as de política criminal. Como já visto no item 2.3, na doutrina norte-americana, o tema é estudado sob o ângulo da prevenção ("deterrence"), para evitar práticas investigativas futuras que ofendam a intimidade e a propriedade (efeito dissuasório).

De modo mais analítico, pode-se fazer um paralelo entre a conduta estatal lícita e ilícita.

Para examinar a licitude da propriedade, se a questão é relativa ao direito de propriedade, a intervenção estatal depende da apresentação de uma causa provável, que justifique a medida e sirva de padrão para ações interventivas ulteriores.<sup>306</sup> Se for para assegurar a proibição de se autoincriminar, qualquer intervenção deve mostrar que a manifestação de vontade não foi induzida ou obtida de modo fraudulento, como ação integrada do processo justo, nem que violou práticas cuja censura já esteja consolidada. Quando as duas intervenções, de propriedade ou de intimidade, apresentam vícios, o direito americano ensina que a utilidade de excluir a prova só faz sentido se for uma lição futura para os agentes estatais (efeito dissuasório), a fim de que a conduta não se repita. Há uma dose de praticidade relacionada ao modo como a política criminal se integra ao processo. Para essa vertente, devem-se dimensionar os custos de impedir a punição contra uma ofensa criminal grave.

Manuel da Costa Andrade anota que o direito alemão e o norte-americano tendem a superar diferenças em nome de objetivos processuais comuns. Nessa sorte, a gravidade do crime, o interesse público no sucesso da investigação etc. tendem a ser fatores que abrem a oportunidade para valoração da prova, a despeito de uma colheita procedimental imperfeita.<sup>307</sup>

O direito norte-americano, p.ex., com as últimas composições liberais da Suprema Corte, especialmente com Warren Burger, na década de 70 e 80, admitiu a boa-fé como importante eixo

---

<sup>305</sup> Ramos, Joao Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal Norte-americano penal americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 121-125. Na verdade, observe-se que a lei, no parágrafo segundo do art. 157, define fonte independente como se fosse descoberta inevitável. Mas isso não retiraria o estabelecimento das exceções na ordem jurídica brasileira, nas quais, apesar da produção proibida da prova, o uso seria permitido.

<sup>306</sup> 4ª Emenda e 5ª emenda, respectivamente.

<sup>307</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: coimbra, 2006, p. 188-208.

argumentativo para afastar a exclusão das provas ilícitas, haja vista que, para o agente que está de boa-fé, não cabe repreensão da conduta, tampouco adotar remédios processuais para prevenir condutas futuras semelhantes, mesmo que a conduta tenha desrespeitado procedimentos de produção da prova.<sup>308</sup>

O direito alemão também apresenta confluência com essa tendência. Adota um sistema de valoração em que se sobressaem aspectos materiais, porém com olhos para garantir o processo justo e a efetividade da justiça.

O manejo das técnicas de prevenção e de uso do direito material, para verificar a possibilidade de aproveitamento da prova aparentemente ilícita, abrem um cenário mais rico para averiguar o acervo probatório.

Quando se coteja com a legislação brasileira, a referida utilização de elementos de praticidade enriquecem o sistema nacional ato-sanção.

Como se sabe, a ordem processual criminal nacional adota a divisão nulidades absolutas e relativas, no qual apenas estas é que não encontram uma relação taxativa e dependem do levantamento de prejuízos para ser declarada a nulidade. Quais prejuízos para decretar a sanção de invalidade do ato processual?<sup>309</sup> O termo é ambíguo e vago.

A par disso, a adoção dos nortes da prática alemã e americana são compatíveis com o regime de nulidades absolutas, cujo regime indica os casos em que a prova não pode ser admitida; e também com o respeito à tradição judicial de afastar determinados casos em face de um núcleo consolidado de sentido contra o qual não há transigência, como o não uso de informações obtidas por graves violações de direitos fundamentais (tortura).<sup>310</sup>

Por isso, a ordem brasileira deve admitir teorias que conciliem vedações absolutas do uso da prova com teorias que admitam a vedação segundo o exame do caso.

A opção por uma teoria geral de esquemas de agir comunicativo não parece considerar a importância da nulidade absoluta como uma presunção de efeitos insuscetível de negociação dentro do processo, assim como a tradição semântica de decisões consolidadas no costume jurídico. A teoria das estabilidades da comunicação,<sup>311</sup> apoiada em verificar o contexto probatório, para

<sup>308</sup> United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984) e United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974).

<sup>309</sup> Para José Frederico Marques, a “nulidade é uma sanção que, no processo pena, atinge a instancia ou o ato processual que não estejam de acordo com as condições de validade impostas pelo Direito objetivo” Elemento, cit, v.2, p.397. Mirabete considera a nulidade como condição de validade da relação processual, sendo um vício que o torna nulo ou anulável. MIRABETE, Julio. **Processo Penal**. São Paulo: atlas, 2003, p. 591-592.

<sup>310</sup> Não se desconhece recentes caminhos tomados pela prática brasileira, consistente em relativizar as nulidades absolutas, quando não se encontrar prejuízo concreto. Mas esse controvertido tema não é o ponto da tese. NUNES, Matheus Simões e GUIMARÃES, Patrícia Borba V. **A relativização das nulidades absolutas no processo penal brasileiro e o princípio do devido processo legal: uma análise crítica**. <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=76f376382a50bd48>, disponível em 20/06/2021.

<sup>311</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno**. Rio de Janeiro: forense, 2010, p. 348-364.

averiguar se é o caso de nulidade, desconhece, no âmbito criminal, a influência do direito penal material, quando este pontifica espaços de intervenção que não podem ser relativizados, a exemplo da hipótese de métodos processuais abolidos — tortura, induzimento à confissão etc. — ou de temas processuais proibidos, consideração de reincidência de crimes cuja pena foi extinta há mais de cinco anos. Há normas de indisponibilidade que não podem ser transacionadas, mesmo que a parte saia vencedora; além disso, há normas de indisponibilidade que protegem bens jurídicos estranhos à verdade processual, como a que proíbe o juramento de testemunho de um cônjuge contra o outro — art. 206, CPP e § 52 da ordenação alemã.<sup>312</sup>

A doutrina germânica procura separar alguns critérios que servem como diretriz, para avaliar a licitude da prova, tanto sob o aspecto da produção quanto do referido uso. A jurisprudência, por sua vez, usa a proporcionalidade como um critério subsidiário, de "ultima ratio".<sup>313</sup>

Destacam-se cinco teorias.

A teoria do círculo correto de proteção ("rechtskreis"). Procura uma correta abordagem do bem jurídico a ser protegido. Qual o espaço que o âmbito da norma protege? A crítica que se faz é porque é aberta a valoração do caso sobre outra valoração. Aqui se destaca a preocupação com o dano que pode ser superável.<sup>314</sup>

A teoria do fim da proteção da norma ("schutzzweck"), em que se analisa a violação hipoteticamente, para verificar se a convalidação do vício atinge, no conjunto da situação processual, a capacidade de defesa.<sup>315</sup> Também deriva dessa teoria a "solução de objeção", em que a objeção ao vício processual tem de ser alegada na primeira oportunidade, sob pena de não ser possível comprovar o dano.<sup>316</sup>

A teoria do controle informacional, preocupada em verificar se a pessoa é titular do dado e, por conseguinte, teria o direito de ser informada como o dado será utilizado e bem assim autorizar o referido uso — o que é bastante útil para aplicá-la nas questões sobre compartilhamento de dados, conforme é intuitivo. A discussão está em torno de dados submetidos a uso comercial e aqueles dados, que, por questão de segurança pública preventiva, são submetidos a controle do Estado, ou, por último, quando o uso dos dados está conectado à apuração de crimes graves, situação em que o interesse público prevaleceria sobre o regime de titularidade do dado.<sup>317</sup>

<sup>312</sup> SYDOW, Fritz. **Kritik der lehre von den "beweisverboten"**. Berlin: würzburg, 1976, p. 96-117.

<sup>313</sup> EISENBERG, Ulrich. **Beweisrecht der StPO**. München: Verlag, 2017, p. 154-169.

<sup>314</sup> EISENBERG, Ulrich. **Beweisrecht der StPO**. München: Verlag, 2017, p. 154-169.

<sup>315</sup> SYDOW, Fritz. **Kritik der lehre von den "beweisverboten"**. Berlin: würzburg, 1976, p. 96-117.

<sup>316</sup> BGH StV 1996, 529. WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 138.

<sup>317</sup> EISENBERG, Ulrich. **Beweisrecht der StPO**. München: Verlag, 2017, p. 154-169.

Teoria das faculdades probatórias. Cada parte tem a faculdade do uso de provas que não pode ser completamente anulada, exceto por impositivo da lei fundamental. Assim, o dilema é salvar-se contra a anulação de um processo justo e a perda de confiança no controle judicial.<sup>318</sup>

E, por fim, a teoria da ponderação, que serve como critério subsidiário, um meio de proteger as garantias de direitos de quem sofre medidas invasivas.<sup>319</sup> Há uma crítica forte quando o uso da ponderação funciona para garantir a proteção penal eficiente. A ideia é que a ponderação surgiu como uma genuína teoria de proteção dos direitos fundamentais individuais, os quais não podem ser anulados para proteger bens comunitários, cujo valor da feição interventora deve ser discutido sob o olhar do impacto na vida das pessoas.<sup>320</sup> A par dessa observação, contudo, o grande questionamento com o uso da proporcionalidade é que esta é um tipo de raciocínio lógico que não impede a validade em sentido contrário da conclusão. A substancialidade dos argumentos são identificadas quando cessam os contra-argumentos, por questões externas à argumentação.<sup>321</sup> Essa ambivalência da proporcionalidade é a principal crítica para considerá-la um raciocínio lógico, ao lado da dedução, indução e abdução — como se viu no ponto sobre a verdade processual —, sendo muito mais uma técnica subsidiária para analisar fatos e norma.

As teorias discutidas, voltadas a apresentar padrões de argumentação para analisar o grau de sacrifício do direito individual, devem ser somada com a preocupação político-criminal do processo penal libertário. A solução defendida, após apontar o quanto de sacrifício de direito material, deve também mostrar que o processo continua a ser um instrumento de defesa dos direitos individuais, sem olvidar da eficiência que lhe deve ser inerente. Sob qualquer sorte, a solução encontrada não pode ser um incentivo para o Estado praticar condutas abusivas.

O papel da justiça pode ser visto de outra forma, quando o interesse público se legitima pela elucidação e punição do crime. A forma justiça liga-se também ao sentido de proteção comunitária, isto é, relaciona-se à confiança que as pessoas têm na capacidade do Estado em reestabelecer a paz jurídica, com o asseguramento de expectativas normativas. A admissão da prova originariamente

---

<sup>318</sup> AMBOS, Kai. **Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización.** Revista política criminal, vol. 04, nº 07, jul. 2009. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20110207\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110207_02.pdf). Acesso em 02/05/2020.

<sup>319</sup> *idem, ibidem.*

<sup>320</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas. Crítica da concordância prática. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo e LOPES, José Reinaldo de lima. **Crítica da ponderação. Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37-61.

<sup>321</sup> SIECKMANN, Jan. **Is balancing a method of rational justification sui generis?** in: DAHLMAN, Christian e FETERIS, Eveline (orgs). *Arguing on facts: truth, trials and adversary procedures.* Legal argumentation theory: cross-disciplinary perspectives. New York-London: Springer, 2013, p.189-206.

ilícita ocorre num ambiente em que a acusação dependeria dessa prova para, contra-argumentando com a defesa, poder reduzir a complexidade do procedimento.<sup>322</sup>

A busca de elementos concretos, com a finalidade de compreender até que ponto o direito individual pode ser contrabalanceado, abriu oportunidade para a criação jurisprudencial alemã da teoria das três esferas, jogando luzes sobre as cinco teorias críticas acima.

A primeira das esferas é a vida social, que tem um caráter público, pois diz como os papéis comunitários são exercidos. A esfera privada, por outro lado, a princípio, é imperscrutável pelo Estado, porém, com o sopesamento entre o interesse de persecução e o privado, admite-se que este possa ser parcialmente sacrificado. A íntima esfera seria a última a ser abordada. É personalíssima e diz respeito aos mais íntimos pensamentos e sentimentos, protegidos pelo art. 4º, parágrafo primeiro da Lei fundamental alemã.<sup>323</sup>

Contemporaneamente, até a íntima esfera vem sofrendo relativizações, com base na garantia do processo justo ("fair trial / fair verfahren"). Por exemplo, vejam-se alguns casos tratados pela jurisprudência na Alemanha. Seria possível o uso de conversa privada de um casal estrangeiro dentro da prisão. Ou o famoso caso do uso de um diário apreendido regularmente, uma vez que a investigação dos crimes de homicídio em série deveria prevalecer sobre a intimidade que já foi objetivada num diário onde se descreveu o prazer causado pela dor das diversas vítimas.<sup>324</sup>

Nesse sentido, a reflexão é enriquecida com o debate norte-americano. Quais consequências a sociedade deseja quando se reconhece a importância da efetividade do processo ao lado das garantias individuais? Discutido no ponto seguinte, veem-se as regras probatórias frequentemente indicarem quando a prova deve ser excluída, mas não fala a respeito de como deve ser usada a prova. Eis um ponto que precisa debatido publicamente, em nome da boa qualidade da eficiência processual penal.

Em outro giro, a discussão em comento não se cinge a elementos abstratos. Destaque-se que as teorias discutidas servem como critérios de média abstração para assinalar o grau de sacrifício do direito material violado, bem assim indicar como ele será compensado ao longo da instrução probatória. Esse meio-termo facilita o controle posterior da motivação da decisão, ao tempo em que limita a margem de interpretação do caso.

Em busca de melhor enxergar a possibilidade de admissão da prova originariamente ilícita, é importante revistar a teoria geral do direito. Se a ilicitude, em caso de descoberta inevitável e fonte

<sup>322</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980, 37-48 e 109-114.

<sup>323</sup> EISENBERG, Ulrich. **Beweisrecht der StPO**. München: Verlag, 2017, p. 165-170.

<sup>324</sup> BGH NJW 2009, 2463 (BGHSt 31, 325); BGH NJW 1990; BGHSt 34, 397. O caso do diário ainda foi objeto de decisão por empate no tribunal constitucional, que resultou na possibilidade de valorar as informações do diário, que fora apreendido licitamente — BVerfGE 80, 367. WIECHBRODT, Johannes. **Der verbotene Beweis in Straf- und Zivilprozess**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 363-381

independente, pode ser afastada, convém que, no espaço argumentativo, confira-se como as teorias acima discutidas podem ser aproveitadas, com vistas a assegurar um processo justo.

A singela aplicação da descoberta inevitável, sob um olhar descuidado de aplicação mecânica, pode esconder verdadeiras injustiças, sem que seja analisado o direito material que será sacrificado.

Como se dará o aproveitamento da prova no âmbito da validade do ato que produziu a prova, ainda que se refira à restrita regra de uso? A resposta está no encontro do justo título do fato jurídico, que permita equacionar o problema no plano da validade das normas, onde haverá a discussão se houve nulidade (qual tipo) e discussão da valoração da prova.

É, portanto, um pressuposto metodológico, o qual vem antes de se discutir se a prova originariamente ilícita pode ser usada com base na fonte independente ou descoberta inevitável. Antes de serem aplicados os referidos institutos de descontaminação, é preciso mostrar que o sistema jurídico necessita de calibragem, correção, a fim de, em vez de excluir a atividade probatória, admiti-la com olhos a assegurar um processo justo.

Essa previsão no programa decisional dos tribunais fortalece o controle de qualidade do público quando a mudança do plano da existência das normas para o plano da validade é fundada no justo título ou justa causa do fato jurídico.

O título funcionaria como causa eficiente para desencadear a situação jurídica, que resume um feixe de relações jurídicas onde um complexo quadro deve ser avaliado para garantir a validade da norma. Na polaridade entre direitos e deveres, apontar-se-iam o grau de sacrifício do direito material, forma de compensá-lo e a mira num processo justo, que cure do contraditório, da garantia de efetividade e da contenção do abuso de poder estatal; todos como redutores de complexidade do procedimento-sistema.

Observe-se que a orientação sistêmica contextual usa a premissa de que o procedimento, enquanto sistema, pode ser um redutor de divergências, contanto que respeite a produção de outros meios de comunicação. Em termos diversos, tal visão se reflete no modo como o processo judicial pode equalizar as divergências entre a efetividade e o respeito a garantias de direitos de liberdade. O diálogo em comento, a par de uma compreensão filosófica do problema, passa também por entender como o ato de produção da prova ilícita se encaixa na teoria da existência, validade e efetividade do fato jurídico. Por isso a noção de justo título se assoma como importante chave de análise da proteção do livre desenvolvimento da personalidade, da intimidade e da efetividade do processo.

A alusão aos diversos direitos materiais que podem estar em jogo no processo penal, bem assim a referência às teorias das três esferas de intimidade, ressaltam que a interpretação dos fatos e das normas, por meio de "standards probatórios", dependem de um lastro jusfilosófico que dê autonomia à prática jurídica para criar tradições de um programa decisional e para inovar a

memória da ordem, se assim for necessário, respeitando-se o quadro normativo constitucional e demais normas.<sup>325</sup>

A seguir, serão aprofundados todos esses pontos, todavia, por ora, convém pausar que a discussão do justo título começa por vislumbrar qual o tipo de direito material está no limbo. Os diversos controles a que submetida a decisão judicial tornam claro não haver mais sentido para teorias abstratas sem notória repercussão prática. Um programa de decisão que pretenda ser justo não pode abrir mão de mediana abstração, como meio de ser isonômico e preocupado com a melhor solução do caso.

#### *4.3.2 Valoração da prova baseada no direito material sacrificado e na finalidade político-criminal do processo*

Neste tópico será estudado o valor probatório dos casos em que a prova originariamente ilícita guarda alguma proximidade com os meios de prova típicos, numa relação de semelhança por probabilidade. Da mesma forma, será discutido o valor probatório que se deve dar à prova aparentemente ilícita, quando ela não guarda semelhança com os meios de prova típicos.

Ademais, dando continuidade a tema já desenvolvido, será debatido como é estruturado o contexto da descoberta do raciocínio judicial, de caráter abduutivo, quando, num primeiro contato com a matéria, determina-se a relevância jurídica dos fatos. Por fim, será estudada a prova indiciária, como exemplo de prova típica e para o qual pode ser testada a premissa da parte imagética do raciocínio judicial.

A prova aparentemente ilícita ganha valor probatório semelhante ao meio de prova típico, quando o vício não a afasta da matriz legal; ela tem, por consequência, valor de probabilidade (cognitivo) e de credibilidade (moral-emocional) suficiente para condenar. As provas típicas são aquelas disciplinadas em lei e que apresentam elevada confiabilidade, por serem o resultado da experiência do homem com o encontro da verdade ao longo da formação da dogmática processual.<sup>326</sup>

---

<sup>325</sup> Ao tratar sobre os valores discutidos no processo penal, o doutrinador Eugênio Pacelli afirma que a equação direitos individuais x segurança pública deve ser pensada de modo complementar e com densidade normativa para que as divergências sejam resolvidas em nome dos direitos fundamentais (na dimensão difusa) x direitos fundamentais (sob a perspectiva individual). Nesse sentido, a eficácia de certos princípios pode ser comprometida, contanto que não se anule a efetividade máxima de um deles. Por isso o tema de uso da prova ilícita a favor da acusação ou da defesa merece uma reflexão profunda, já que a intervenção judicial deve se comprometer com a proteção integral dos direitos da ordem jurídica. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: lumen juris, 2009, p. 176 e 177.

<sup>326</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. **Tratado de derecho procesal penal**. Navarra: thomson reuters, 2010, p. 813-824. Para essa conclusão, não importa a distinção entre meios de prova e meios de busca de prova.

Como se verá, a prova típica de menor confiabilidade é a prova indiciária, porque esta depende de uma ilação, verdadeiro silogismo, para do fato primeiro se chegar ao fato principal, apurado em juízo.

A despeito da disciplina em lei, o juiz deve submeter a prova típica à sua livre apreciação, que não se confunde com o arbitrário.<sup>327</sup> Devem-se rejeitar raciocínios que, com efeito, não possam ser justificados segundo o material probatório colhido em audiência conduzida pelo magistrado — fato que já aponta para alguma objetividade; afinal de contas, toda prova tem um valor probatório cuja intelecção pode ser compartilhada.

Nesse passo, convém responder negativamente se a mera suspeita, firmada na descoberta, pode ser usada em juízo. O contexto da justificação passa a ser o filtro legal do contexto da descoberta.

Em termos de controle social e de exclusão de provas, a história da dogmática probatória é uma contínua atividade de exclusão dos raciocínios fundados em suspeitas, haja vista que eles não podem ser sindicados por terceiros e retiram a previsibilidade do direito.<sup>328</sup>

As normas processuais visam a excluir aquelas condutas cujo resultado não apresenta grau adequado de confiança ou que se apoia em violações de direito material. Tanto para fins de excluir quanto de incluir um fato, a validade é a primeira pergunta que deve ser respondida quando se quer valorar uma prova.

Há uma relação direta entre fato e norma. Aquele é indicado como "thema probandum" quando tem relevância jurídica e relevância lógica. A lógica, aqui, pontue-se, inclui a abdução, no contexto da descoberta, e, no contexto justificativo, a racionalidade argumentativa — um discurso cujas razões almejam ser compartilhadas com a comunidade.

Num ponto mais abstrato, tanto fatos quanto a norma formam um só complexo que o operador do direito deve manejar para garantir a solução justa do caso.<sup>329</sup> O exemplo clássico é como o aspecto da ilicitude pode ser superado pelo modo com que se conta o fato, destacando-se, a partir de um fato despercebido, uma nova teoria jurídica, que afasta a ilicitude. Observe-se a situação em que um chefe de repartição cede à polícia o computador de uso exclusivo de terceiro,

---

<sup>327</sup> <sup>307</sup>“Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor absoluto. Se é certo que o Juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade material. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não está dispensado de motivar a sua sentença.” TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30ª edição. Vol. 03. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 251.

<sup>328</sup> SBRICCOLI, Mario. **Storia del diritto penale e della giustizia**. Tomo II. Milano: Guiffré, 2009, p. 1135-1150.

<sup>329</sup> NEVES, Castanheira. **Questão-de-facto, questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: (ensaio de uma reposição crítica)**. Coimbra: Almedina, 1967, p. 870-921.

mas a conduta é lícita, por se tratar de computador funcional — o elemento computador de órgão público prevaleceu sobre a intimidade.<sup>330</sup>

Sendo assim, a prova dos fatos é a verdade da afirmação da existência de um fato. Logo, é uma proposição sobre o fato, por isso o enunciado constrói o fato, determinando-lhe a forma e o conteúdo.<sup>331</sup> Não há como pensar o direito probatório fora do jogo de linguagem, de sorte que a delimitação normativa do que é relevante em termos de verdade processual pertence ao direito material, diferente do direito procedimental-material, que regula a produção da prova.<sup>332</sup>

Elaborando uma cronologia, o direito processual probatório indica os fatos sobre os quais atuará o jogo de linguagem; a seguir, os fatos adquirem autonomia dentro do mundo jurídico, o qual continua ligado ao mundo dos acontecimentos por verossimilhança ou probabilidade.

Assim, na atividade de valoração, seja de provas típicas ou atípicas, a primeira pergunta que deve ser respondida é se os enunciados de fato estão devidamente esclarecidos, mesmo quando se aluda a fatos de razoável conhecimento.

P.ex., o uso de regras de experiência. Elas devem ter como escudo uma argumentação sólida, que demonstre a existência de fatos passíveis de compreensão intersubjetiva. Esse regramento aplica-se à prova aparentemente ilícita, cujo uso, além de passar pelo filtro da validade, depende de inferências que conduzam aos fatos probandos e à responsabilidade pessoal de quem produziu o ato.

É possível que se use o conhecimento científico para condicionar as admissões da maior parte das provas, em especial as estritamente científicas. De outro lado, porém, a valoração das provas pertence à racionalidade prática, em que há elementos cognoscitivos e emocionais, conforme já se viu no estudo da verdade processual.<sup>333</sup>

O teste de hipóteses, na arena acusatória, é a frequente incidência do raciocínio abduutivo, em que há uma conclusão (hipótese provável), premissa maior (norma jurídica) e premissa menor (caso semelhante).<sup>334</sup> Ainda que parte dos autores considere que o juiz, no contexto da descoberta, atue mediante a indução de ideias, observe-se que ninguém nega que as ideias assim formadas também

---

<sup>330</sup> RO HC 132062, STF.

<sup>331</sup> PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 27-28.

<sup>332</sup> BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro**. Tese de doutorado UFBA. <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17749>, acesso em 06/09/2020.

<sup>333</sup> TUZET, Giovanni. in: DAHLMAN, Christian e FETERIS, Eveline (orgs). **Arguing on facts: truth, trials and adversary procedures**. Legal argumentation theory: cross-disciplinary perspectives. New York-London: springer, 2013, p. 207-224.

<sup>334</sup> NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. Joao Pessoa: ideia, 2013, p. 73-80.

são probabilidades;<sup>335</sup> e, segundo já demonstrado, essas ideias devem ser testadas, ainda que o único meio de remediá-las sejam os recursos.

Como já se viu, até mesmo o juiz se socorre do raciocínio abduutivo, uma vez que, ainda que não haja teste acerca da veracidade de enunciados sobre fatos, por ser um papel primordialmente das partes, o magistrado testa a aplicação do direito à espécie; e não há como separar fato e norma. Tudo se experimenta numa relação de probabilidade, quando o magistrado observa o embate de teses formadas pela livre e prévia investigação.<sup>336</sup>

No caso Joiner (1997), suscitado na Suprema Corte norte-americana, ficou claro que o senso jurídico para ler as provas, com efeito, depende muito da experiência dos sujeitos envolvidos, não se podendo falar de regras *a priori*. No comentado julgamento, discutia-se se o valor da instrução probatória poderia ser encontrado por uma soma das provas individuais ou se cada uma deveria ter valor probatório para enfeixar determinada conclusão e, assim, a soma de provas fracas não poderia levar a uma conclusão provável — é semelhante à discussão medieval acerca da força das provas semiplenas, aludida no capítulo da história das provas.

Para essa dúvida, não há uma resposta certa. A utilização de teorias fundadas na probabilidade é um recurso entre outros para acertar uma conclusão verossimilhante, seja uma visão coletiva, seja individual de cada prova. Nesse sentido, o uso da probabilidade estatística aumenta o ônus argumentativo em contrário, mas não é um axioma que torne impossível argumento em contrário.<sup>337</sup>

Eis, então, a importância de estudar a prova indiciária, na situação em que o raciocínio judicial deve relacionar o fato probando com os fatos de materialidade e autoria do crime. E aqui se começa a analisar um meio de prova verdadeiramente típico. Ela sempre teve importância na seara criminal. De um modo geral, é usada para apurar crimes difíceis de serem investigados. Contemporaneamente, é usada em face da criminalidade sofisticada, contra a qual o Estado dificilmente encontra provas diretas para responsabilizar pessoalmente .

---

<sup>335</sup> BADARÓ, Gustavo. Dossiê "Prova Penal: Fundamentos Epistemológicos e Jurídicos". **Revista Brasileira de direito processual penal**. Volume 4 - No 01 - jan./abr. 2018, p. 43-80.

<sup>336</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Contro il creazionismo giudiziario**. Modena: mucchi, 2018, p. 28-30.

<sup>337</sup> O **teorema de Bayes** (alternativamente, a lei de Bayes ou a regra de Bayes) descreve a probabilidade de um evento, baseado em um conhecimento prévio acerca do contexto desse evento. HAACK, Susan.

Na idade média, juristas napolitanos se esforçavam por criar um método de exame de provas objetivo, mas, da mesma forma de hoje, a história mostrou que se tratava de um expediente retórico em que por detrás do conceito há uma relação de poder. ROSA, Mariano R. La. **Por una razonable utilización de la prueba de indicios en el proceso penal**. Buenos Aires: fabian J. di Placido, 2011, p. 78.

O indício não se confunde com a presunção, que, esta sim, justificou o brocardo romano acerca das provas dúbias, as quais devem levar sempre à absolvição: *In poenalibus causis benignius interpretandum est.*<sup>338</sup>

O indício, como verdadeiro meio de prova, é uma inferência que acrescenta algo ao fato indiciário (primário), consistente em asseverar a veracidade da existência do fato principal (secundário). De uma ato se conclui a respeito de outro fato. Os requisitos de validade do indício seriam: a) deve estar demonstrada uma concreta relação entre o fato e o fato que se quer provar ou a responsabilidade pessoal b) quanto maior a relação de probabilidade, mais plausível o argumento; e c) explicitar as razões que levam à conclusão mostrada.

Os indícios podem ser necessários ou contingentes, a depender do grau da força persuasiva de indicação do fato secundário. Os contingentes são aqueles que se referem a mais de um fato secundário. O uso judicial do indício, para fins de valorar uma condenação, depende do contraditório prévio, haja vista não ser possível ato judicial condenatório apenas com elementos informativos.<sup>339</sup> A jurisprudência nacional segue linha repetida no direito comparado, admitindo a possibilidade de condenação baseada em indícios agitados em contraditório judicial, oportunidade na qual os indícios se convolam em prova indiciária.<sup>340</sup> P.ex., no direito italiano, a prova indiciária pode fundamentar uma condenação, se for um indício grave, preciso e, havendo mais de um, concordante;<sup>341</sup> no direito alemão, fala-se em indício grave, apto a justificar medidas coercitivas, e provável, com força para justificar uma condenação, na medida em que o juiz pode livremente apreciar as provas que confluem para um mesmo sentido.<sup>342</sup>

A prova indiciária, portanto, respeita todos os cânones das regras de julgamento.

Deduz-se da ordem constitucional-processual que “a livre apreciação da prova” por parte do juiz deve se submeter à presunção de inocência, com os consectários do ônus probatório qualificado da acusação e de que a condenação deve superar o estado de dúvida razoável. São filtros por que deve passar o valor da prova típica e atípica.<sup>343</sup>

Já dito acima, os três condicionantes em referência — a superação da dúvida razoável para condenar, tendo como corolário o ônus qualificado para a acusação e a presunção de

<sup>338</sup> FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Madrid: marcial pons, 2013, p. 71.

<sup>339</sup> "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."

<sup>340</sup> HC 97781 e HC 83542, ambos STF.

<sup>341</sup> "Art. 192 2. L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti.

<sup>342</sup> §261.1, c/c o §262 c/c § 136a, STPo.

<sup>343</sup> VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: coimbra, 2005, p. 55-70.

inocência — são “standards” cuja inteligência depende de um ato cognoscitivo e emocional. Ou melhor, são regras de conduta que vinculam o modo de tratar e julgar o réu no processo criminal.

Em outro plano, esses “standards” denotam que qualquer tipo de prova depende de que ela seja compartilhada previamente com os interessados. Seria uma decorrência necessária da oralidade da audiência.<sup>344</sup>

Nessa senda, a analogia é um caminho natural para o intérprete, quando a prova aparentemente ilícita se aproxima da prova indiciária ou de outros meios de prova típicos e diretos, já indicados no código processual ou em leis especiais, como técnica de comparar duas coisas parecidas, pertencentes a um mesmo gênero, e encontrar uma terceira com características conjuntas, a título de conclusão.<sup>345</sup> Se a analogia pode ser empregada, equiparando a prova aparentemente ilícita com os meios de prova positivados, pode-se dizer, obedecendo a classificação das provas na idade média, que se estaria ante uma prova plena,<sup>346</sup> a qual justificaria por si só uma condenação, tendo apenas o seu valor restringido, caso o meio de prova positivado, e usado como parâmetro, também o tivesse.

A dúvida é quando a prova aparentemente ilícita se afasta dos meios típicos de prova. Essa situação comumente se verifica quando o vício probatório é tamanho que impede a analogia com as valorações das provas típicas. A violação de direito fundamental teria como consequência a diminuição do grau de confiança no resultado persuasivo da prova ou a grave censura pela forma com que foi tratado o sujeito contra quem foi usada a prova — p.ex., um diário apreendido na casa do suspeito, sem prévia ordem judicial.

No estudo desses dois efeitos, o valor a ser dado pelo intérprete depende do exame da circunstâncias do problema. Obedece-se a mesma metodologia de exame da prova originariamente ilícita e próxima da prova típica: examina-se a capacidade de defesa processual e a finalidade do processo, como instituição que deve prezar pela integridade do sistema judiciário e pela prevenção contra a violação de direitos.

Por óbvio, agora, dá-se uma carga mais subjetiva ao valor probatório da prova aparentemente ilícita, que não encontra paralelo num quadro de provas típicas.

Compreende-se restritivamente o conceito de prova atípica, por se tratar de fonte de prova não disciplinada em lei — aqui, não é aplicável a distinção entre meio de prova ou meio de busca da

---

<sup>344</sup> ROXIN e SCHÜNEMANN. *Strafverfahrens-recht*. München: C.H. Beck, 2017, p. 403-411.

<sup>345</sup> A analogia é uma forma metafórica de justificar algo mediante a transferência de significado entre a designação metafórica e o objeto designado (retórica, III, 1405a; Poética, 21, 1457b. ARISTÓTELES. *Retórica*. Introdução de Quintín Racionero. Madrid: gredos, 2014, p. 490-491.

<sup>346</sup> LAINGUI, André e LEBIGRE, Arlette. *Histoire du droit pénal*. Vol. II. La procédure criminelle. Paris: synthèse cujas, 2000, p. 114.

prova.<sup>347</sup> Se há fonte de lei, mas o procedimento foi equivocado, então seria um sucedâneo de prova próximo ao meio de prova típico, cuja autorização de uso dependeria de motivação.

Entretanto, se o vício probatório é grave ou se trata de produção ilícita sem parâmetro de como deveria ser feita, o caminho se abre para a analogia com a prova atípica.

É usual considerar que a prova atípica seja meio de prova subsidiário, por apresentar menor confiabilidade do que a prova típica, mesmo que tenha o condão de ser lastro para a decisão condenatória.<sup>348</sup> No caso da prova originariamente ilícita, por ser a atipicidade vício de maior gravidade e, por isso, a prova gozar de menor confiança, não há como conferir-lhe capacidade isolada de fundar uma condenação, a exemplo de uma prova típica.

Reforça-se, então, a proposta: a par de averiguar a confiabilidade da prova, deve haver uma reflexão acerca do direito material e acerca da finalidade do direito processual, devidamente arrazoado no contexto da justificação.

A prova originariamente ilícita com feição atípica guarda o vício que afronta direitos fundamentais, mas, conquanto exista o vício processual a olhos vistos, ele não afeta o justo processo, ou seja, a capacidade de se defender daquele contra quem é usada a prova. Esse quadro ocorre quando em investigação estão crimes graves e quando o ato ensejou um dano processual reparável no contexto do ambiente processual. Eis aí que entra uma locução propriamente jurídica, para dizer que, em termos de política-criminal, no contexto de gravidade do crime e de dificuldade probatória, não se poderia oferecer quadro de defesa melhor para o réu, cumprida a finalidade de um processo justo. Eis a chave argumentativa para encontro do justo título do ato probatório, conforme melhor estruturado no próximo capítulo.

A admissão da prova primeiramente entendida como ilícita tem experiência paradigma no direito norte-americano e no direito alemão. Interessante anotar que as duas tradições se unem em torno do dilema do processo criminal, que é oscilar entre a efetividade da punição e a proteção de direitos do réu.<sup>349</sup>

Com o intuito de esclarecer o resultado onde se vai chegar, recobre-se a experiência colhida nos Estados Unidos e na Alemanha. No primeiro, existe uma forte preocupação político-criminal, voltada a garantir a integridade do funcionamento do sistema criminal e a prevenção ("deterrence")

---

<sup>347</sup> As provas atípicas podem ser quanto à fonte legal, em que haja a previsão do meio. Mas também há aqueles que acreditam que pode ser quanto ao procedimento previsto para construir o meio de prova. O autor ainda usa de empréstimo a divisão entre prova anômala e irritual. A primeira é quando existe o meio de prova, mas se usa outro meio para alcançar o resultado, como uma prova testemunhal vira documental. Na prova irritual há um completo abandono do procedimento sem algo que lhe faça as vezes. LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: impetus, 2012, p. 843-845.

<sup>348</sup> LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista eletrônica de direito processual — REDP**. Vol. V. ISSN 1982-7636.

<sup>349</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: coimbra, 2006, p. 188-208.

contra ações abusivas por parte do Estado. De outro lado, no segundo, o debate se centra na preocupação em garantir o resultado processual com o menor dano possível aos direitos fundamentais da defesa.

Com efeito, os dois sistemas se aproximam ao se pôr em evidência a necessidade de punição de crimes graves ou quando os vícios processuais não têm o condão de prejudicar o direito de defesa.

O ideal é que as duas coisas andem juntas. A prova aparentemente ilícita, com feição atípica no esquema de provas, só deve ser admitida, se, em jogo, estiverem a punição de crimes graves e não se tratar de um vício que comprometa o justo processo, em prejuízo do direito de defesa do imputado. A preocupação se dá para evitar a aplicação mecânica dos institutos que afastam a ilicitude da prova, fazendo incidir um raciocínio normativo sobre um nexos que classicamente se entende como natural — nexos entre o ato e o vício —, mas também esconde profunda compreensão normativa entre a prova ilícita e a conclusão obtida.<sup>350</sup>

A atipicidade irá surgir pelo modo inusitado com que foi produzida a prova ou em razão da espécie do vício processual, que afasta o ato dos meios típicos de prova e ofende direitos de defesa de contra quem é usada a prova. Nesse intento, as finalidades extraídas do magistério da jurisprudência norte-americana são importantes, como o uso da prova estar condicionado a não manchar a integridade das ações estatais, tampouco servir de orientação para o cometimento de futuros abusos processuais.

Ademais, é preciso que na justificação da decisões se examinem quais direitos materiais estão sendo prejudicados e como é feito o equilíbrio processual para dar fundamento ao valor probatório da prova.

Não se cuida de um critério matemático, eis que se trata de um "standard" probatório usado segundo a racionalidade prática, há um quê cognoscitivo e emocional, de modo necessário para, além da indicação de materialidade e autoria, o interprete crer que, com base na valoração da prova ilícita, o desvalor da conduta resulte na necessidade de punir.<sup>351</sup>

O tema das provas atípicas e as provas ilícitas, na falta da analogia com as provas típicas, requer a análise de alguns elementos normativos que foram identificados no tópico anterior como o pressuposto metodológico para admitir a prova ilícita ano processo. Isto é, previamente, deve ser

---

<sup>350</sup> SILVA, Jardel Luís da e FELIX, Juri. Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 111/2014. Nov.-dez., p. 209-226.

<sup>351</sup> "Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ([arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal](#)), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII - não existir prova suficiente para a condenação."

examinado o grau de violação do direito material e a finalidade preventiva do processo penal, a qual é voltada para reestabelecer a paz social e assegurar expectativas normativas.<sup>352</sup>

Não seria demasiado subjetivo esse resultado? Por se tratar de prova atípica, há um certo conforto em admitir essa valoração. O fato é que, se for um vício grave, que tumultue o ambiente processual ao ponto de o réu não ter como se defender, o campo de argumentação deixa de ser o da valoração e passa a ser o das nulidades.

#### 4.4 Nulidade e visão pragmática-operacional do uso da prova ilícita: encontro do *justus titulus*

##### 4.4.1 *Hipótese de incidência da norma segundo a visão sintática/semântica e pragmática da prova: a existência, a validade e os efeitos da situação jurídica*

O fato ilícito tem como nota comum a contrariedade ao direito. Alguns atos, p. ex., quando dependem do elemento vontade, podem apresentar graus de contrariedade ao direito, os quais, como visto a seguir, dividem-se tradicionalmente em nulidade absoluta e relativa.

A dificuldade de se fazer uma teoria geral do fato ilícito é por ter de lidar com todas as hipóteses em que o ordenamento proíbe e, em adendo, relacionar os fatos que, a despeito da ilicitude, podem produzir efeitos lícitos. O segundo caso é comum nas regras de calibração da imperatividade da ordem jurídica — em apreço à justiça —, momento em que, p.ex., a proteção da boa-fé permite o ato produzir efeitos atipicamente, posto que o ato é originariamente inválido.

No decorrer deste ponto, será apresentada a escola da proposição jurídica e a da estrutura lógica e causalidade da norma. Ambas serão úteis para traçar aspectos do uso excepcional da prova ilícita, bem indicar os limites do direito para versar sobre problemas de difícil solução extrajurídica, uma que vez que são temas de enorme polêmica no campo moral, religioso e outros.

---

<sup>352</sup> Acerca da legitimidade do processo para assegurar a eficácia da norma. É preciso que o processo permita a troca de teses entre acusação e defesa, para que o resultado seja legítimo. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980, 37-48 e 109-114.

De início, será feita uma introdução à teoria da proposição, com preocupação semântica sobre o sentido da norma. Após, uma ilustração da busca e apreensão. Ao final, será iniciada a teoria lógica da norma, de feição sintática.

A proposição jurídica é formada por um suporte fático ou hipótese de incidência e pela consequência.<sup>353</sup> Essa é a estrutura básica de qualquer norma do direito. A existência do fato jurídico depende da incidência do suporte fático previsto na norma, oportunidade na qual incidirá a consequência da proposição, conhecida como os efeitos da norma.

Analicamente, a contrariedade pode ser classificada em fato ilícito *stricto sensu*, em que não há manifestação direta de vontade — dano causado por um animal; ato-fato ilícito, em que não é dada relevância à manifestação de vontade; e ato ilícito, em que o vício decorre do mau exercício da capacidade e vontade do sujeito, da regularidade ritual do objeto ou da forma, conforme a lei geral do código civil.<sup>354</sup>

Se o ato jurídico pode ser estudado em três planos — existência, validade e eficácia —, é importante a observação de que o estudo do ato sempre começa pela sua existência, podendo percorrer a validade e a eficácia. E, no caso do ato inválido, os efeitos podem decorrer diretamente da existência, sem passar pelo plano da validade. A existência, portanto, é o cerne do ordenamento, posto ser o ponto de partida de qualquer reflexão jurídica a respeito da subsistência do fato jurídico.<sup>355</sup>

Uma redução fenomenológica da norma jurídica,<sup>356</sup> para encontrar o que há de comum entre as diversas aparições do fato jurídico, assinala a importância do plano da existência (“tatbestand”) e do seu correlato normativo, rotulado como hipótese de incidência da proposição. Nesse sentido, deve ser visto com um grão de sal o argumento de que o fato ilícito deveria ser um nada para o direito, uma vez que, se os efeitos do ato são rejeitados, o fato não teria relevância enquanto fenômeno jurídico. Ao contrário, o fato jurídico ilícito indica aquilo que é relevante para o direito, como um filtro dos fenômenos sociais. Após a

---

<sup>353</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: bookseller, 1998, p. 32.

<sup>354</sup> "Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei." MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: bookseller, 1998, p. 32-40.

<sup>355</sup> MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do fato jurídico**. Plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 98-99.

<sup>356</sup> A “epoché” se refere à redução transcendental dos objetos que vêm à consciência do sujeito. Haveria uma variação eidética na medida em que, antes as diversas manifestações do objeto, poder-se-ia apreender a essência, o seu “eidos”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Bogotá: fondo de cultura económica, 1997, p. 418-419.

incidência da proposição, a discussão passa a ser desenvolvida dentro mundo do direito, com a possibilidade excepcional de produzir efeitos lícitos.

Não é verdade que seria um privilégio para quem praticou o fato ilícito ter a discussão dos efeitos do fato no âmbito da validade ou da existência do ato.<sup>357</sup> Basta lembrar que, deveras, da existência de um fato ilícito podem surgir efeitos lícitos, com o escopo de regular o sistema jurídico em função de assegurar justiça; e, ainda sim, no âmbito da validade, determinados vícios podem ser sanados.

A medição do dano pode ser feita apenas com a prática do fato ilícito, entendido como contrariedade ao direito (nos modos verbais ordenar ou proibir), sem discutir a validade do ato. Entretanto, quando a discussão gira em torno da manifestação de vontade do homem, nos termos da lei civil,<sup>358</sup> não há dúvidas de que a imputabilidade importa, assim como o modo em que houve a manifestação de vontade.

Por isso parece reducionista tratar o ato ilícito como um mero (des)cumprimento da norma. O desafio de o direito regular os efeitos do fato que violou a norma é divisar quando, com efeito, a violação pode redundar em responsabilização pessoal e patrimonial e quando o assunto pode ter o condão de produzir efeitos lícitos.

Um resumo de uma teoria do fato ilícito poderia ser assim feito: a separação do fato ilícito em fato ilícito no sentido estrito, ato-fato ilícito e ato ilícito estrito senso. A referida classificação ajuda a compreender que a vontade do sujeito apenas vai ser diretamente valorada na terceira espécie e, indiretamente, nas duas primeiras, com base no eventual dever de responsabilização de terceiros. O plano da validade trataria dos casos em que a vontade poderia ser diretamente valorada. No plano da eficácia, seriam estudados os efeitos indenizatórios, os caducificante (perda de direito) e o invalidante (retirada do ato do mundo jurídico).<sup>359</sup>

O plano da validade teria um papel importantíssimo quando se tratasse dos atos voluntários. Em regra, o ato inválido tem como pressuposto a contrariedade ao direito —

---

<sup>357</sup> Esse é um argumento acolhido por Marcos de Mello, ao dizer que os efeitos do fato ilícito, quando existem, são indiretos. MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do fato jurídico**. Plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 100-105.

<sup>358</sup> "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

<sup>359</sup> MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do fato jurídico**. Plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118-123.

elemento básico da existência do fato —, e a imputabilidade, já que não há como valorar a vontade de quem não pode tê-la.

Como dito, o ato inválido não deve produzir efeitos, mas exceções iguais à proteção da boa-fé, função social da propriedade e à proteção da eficácia do negócio jurídico garantem a excepcionalidade na produção de efeitos. De mais a mais, o ato inválido não produz efeitos.

Esta pontuação será destacada nas linhas seguintes. A relação entre efeitos e ilicitudes é um tema cultural, marcado pelo tempo e local do momento. O ato inexistente é aquele que não perfez a hipótese de incidência, por isso, estritamente falando, seria um não-direito. Logo, para uma teoria lógica, não deveria ter qualquer relevância; contudo, por opções históricas, viu-se que é possível construir efeitos para o ato inexistente, como privilegiar a boa-fé de um dos nubentes em face de casamento inexistente. Tal ilação seria aplicável para o caso do ato *sic et simpliciter* inexistente, por estar totalmente fora do âmbito de previsão do direito, quanto para aquele que apresenta vícios que o impedem de integrar perfeitamente o mundo jurídico.

O âmbito da validade também tem a relatividade histórica em comento. Obedecida a dicotomia ato nulo e ato anulável, o ato nulo é o ato ineficaz, uma vez que, previsto taxativamente na lei, a sua nulidade tem efeitos *ex tunc*, ao passo que o ato anulável depende de declaração judicial e teria efeitos *ex nunc*, por isso, goza eficácia interimística.<sup>360</sup>

Estabelecido o quadro acima, convém mencionar ainda que o ato nulo pode produzir efeitos indiretos, como a indenização em favor de quem foi prejudicado pelo ato nulo e, por outro lado, o ato anulável pode ter seus efeitos sanados pelo tempo, sendo concessões pertinentes a cada cultura.

Como, em um dos trechos finais da tese, serão analisados casos de busca e apreensão julgados pelo Supremo Tribunal, é útil que agora sejam analisados os planos de existência, validade e eficácia da referida medida, a fim de aprofundar os conceitos da teoria geral do direito.

---

<sup>360</sup> MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do fato jurídico**. Plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2007, p.91-99. MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do fato jurídico**. Plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 242-262.

No capítulo XVI das provas, o código de processo penal nacional estabelece as instruções para produzir a prova preparatória da busca e apreensão, juntamente com o comando constitucional do art. 5º, XI.<sup>361</sup>

Como pressuposto de existência, elencado nas alíneas do art. 240 do CPP, tem-se o dado objetivo, a saber, a possibilidade real de encontro de coisa perseguida, que deve ser útil à investigação, com relação direta ou indireta com o fato criminoso — como ser instrumento, produto, proveito do crime ou ter conexão probatória com fatos afirmados no processo. Ademais, o dado subjetivo se lê em qualquer do povo poder executar a medida. Por fim, há um valor de tempo, a medida pode ser operacionalizada a qualquer momento do dia, se se tratar de crime em flagrante ou desastre. Afora isso, apenas durante o dia, depende-se de mandado judicial, eis que, à noite, a casa é asilo inviolável.

O argumento de que o crime está ocorrendo — e que, portanto, há flagrante — é objeto de grande divergência doutrinária, havendo, hoje, entendimento predominante de que o crime em flagrante depende da documentação prévia dos fatos que permitiriam afirmar essa causa provável, a qual deve indicar os sinais da presença do crime e da urgência da medida. O rigor dessa documentação em comento é para afastar casos fraudulentos em que se sustenta a desnecessidade do consentimento do morador, já que a autorização deste prescindiria de qualquer outro pressuposto condicionante.

Os pressupostos de validade estão estabelecidos no CPP e se referem à proteção das garantias de efetividade da medida e da intimidade contra quem é aplicada a busca e apreensão.

Esses dois cuidados sempre acompanharam a medida de busca e apreensão. Em Roma, na ação por proibição de busca, durante o período formulário, fase da República romana, a pena poderia ser elevada ao quádruplo dada a gravidade do crime, consistente na ocultação da coisa proibida (falava-se da ação para procurar a coisa objeto de crime patrimonial). Ademais, deveria ser cumprido um rito da época da lei das XII tábuas, da *legis actio*, que era andar nu, coberto apenas por um pano de linho à cintura, para tapar o sexo, e segurar uma espécie de prato onde seria posta a coisa encontrada. A simbologia, a qual foi cada vez mais entendida por sua finalidade, sem rigor na exatidão da formalidade, era para garantir que não haveria a retirada de coisa diversa da que motivou a busca ou para evitar a

---

<sup>361</sup> "Art, 5º, XI, CF - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;"

inserção fraudulenta de coisa nova na casa com fins de responsabilização ulterior; evitando-se, destarte, abusos.<sup>362</sup>

Feita a ilustração da busca e apreensão, é dado afirmar que o tema da prova ilícita é amplo o suficiente para tratar das espécies de ato-fato ilícito, como o caso de tortura, em que o elemento vontade é desconsiderado para efeito de analisar a validade e para os casos de ato jurídico em que, por vício de vontade ou de forma, resulta num ato inválido.

A discussão é saber quando, apesar desses vícios, o fenômeno jurídico pode ser objeto de prova, ou seja, pode produzir efeitos probatórios idôneos. Nas duas hipóteses, do ato-fato ilícito e do ato jurídico de vontade viciada (inválido), ter-se-ia uma regra de calibração com o desejo de assegurar efetividade a valores jurídicos como efetividade e justiça do processo, dando valor ao fato como ato jurídico. A reflexão se constitui em pressuposto de uso da prova — por isso pressuposto metodológico argumentativo—, antes de saber se institutos como fonte independente e descoberta inevitável devem ser aplicados. Esses meios legais de relativizar a proibição de uso da prova ilícita têm como pré-requisito que a medida será útil à persecução e justa.

É aqui que o aspecto lógico da norma pode oferecer importante contribuição e, agora, analisa-se a teoria sintática da norma.

O fato jurídico é uma valoração do sistema acerca do fato natural. A aplicação da hipótese de incidência (suporte fático) inaugura um conjunto de efeitos conhecidos como eficácia. Dá abertura para o estabelecimento da norma jurídica primária, em que há um fato e uma relação jurídica. A relação jurídica, de A para com B, é efeito da incidência do suporte fático, mediante uma causalidade normativo-jurídica. Esta, por sua vez, tenta influir na causalidade natural mediante a motivação do comportamento humano, estruturado numa relação de meio e fim.<sup>363</sup>

A visão lógica da norma é bidimensional, por estar preocupada com o aspecto sintático da relação jurídica. Os fenômenos da norma primária, que regulam o comportamento, e da norma secundária, a sanção estatal, são aspectos genuinamente jurídicos e, para o direito, não existe nada além disso.<sup>364</sup>

---

<sup>362</sup> Gaio. **Instituições**. Direito privado romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 353-354.

<sup>363</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: revista dos tribunais, 2000, p. 50-71.

<sup>364</sup> Deixa-se de considerar a discussão sobre qual seria a norma primária. Se seria o descumprimento da regra jurídica e a sanção, como quer Kelsen, ou o contrário, como defendem Lourival e Cossio. Hart parece ter a visão mais

A lógica deôntica opera com a causalidade normativa, imputação de relação A e B a um fato e, logo a seguir, a prescrição sobre aquilo que deve ser. São pressupostos transcendentais da experiência jurídica. Como esta é uma experiência normativa, não é possível existir fenômeno jurídico fora das normas. No casos apontados acima, de calibração do sistema, em que, da existência ilícita do fato ou da invalidez, possam surgir efeitos lícitos, é o próprio direito que estabelece efeitos novos a um fato jurídico cuja consequência primeira era o oposto, isto é, a não confirmação da validade (aptidão) do fato para produzir relação jurídica.<sup>365</sup>

O efeito da norma pode depender do encontro de diversos fatos jurídicos, como a soma da prática do ato-fato ilícito e de uma consequência normativa que faz às vezes de fato.<sup>366</sup> Antes da constituição de 1988, a tortura poderia produzir algum efeito probatório lícito, porque teria uma norma que diria ter o juiz o poder de livre valoração da prova, sem prejuízo da punição de quem praticou o ato ilícito. A norma referida (standard probatório) e o ato-fato ilícito seriam o suporte causal para descortinar relação jurídica dentro do processo, com pretensão e ação voltadas a produzir efeitos probatórios processuais endógenos.

O mundo natural das ações, construído pela causalidade psicofísica e social (relação meio-fim), voltado ao ser, é suscetível de ser influenciado pela causalidade normativa, voltada para o dever-ser. Isso, em lógica, é traduzido pelo isomorfismo entre um functor descritivo e outro modal "dever ser" em função dos comandos proibir, permitir e ordenar, ou seja, a linguagem jurídica é um functor do functor (functoral).

A linguagem proposicional do direito encontra a essência do direito, vivida em motivações, a partir da relação entre norma primária (norma de conduta comunitária) e secundária (sancionatória), unidas por um disjuntor inclusivo, resultando numa completa visão da proposição jurídica. Há uma implicação dos fatos jurídicos aos efeitos processuais.

---

analítica, por falar de normas primárias, que cuidam diretamente da relação entre pessoas, antes mesmo de o direito as regular, e normas secundárias, que tratam sobre constituição e alteração de normas.

<sup>365</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: revista dos tribunais, 2000, p. 72-83.

<sup>366</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: revista dos tribunais, 2000, p. 108-113. Dentro da relação jurídica podem ser praticados atos que se qualificam como novos fatos jurídicos, dando origem a outras relações jurídicas. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: revista dos tribunais, 2000, p. 210-214.

A importância da lógica proposicional é por sintetizar a experiência jurídica vivida em diferentes matizes sociológicos.<sup>367</sup>

A abstração lógica também pode ser estudada no âmbito da teoria geral do direito e, numa especialização da teoria geral, no âmbito ilícito das condutas.

A situação jurídica é a completude do fato e das consequências jurídicas.<sup>368</sup> Nesse caminho, o fenômeno da inexistência é uma redundância, uma vez que significaria o que não entrou no mundo do direito. O resultado parece o mesmo da teoria proposicional do fato jurídico, pois a inexistência só faria sentido para compreender o fato jurídico existente que foi fulminado pela nulidade e deixou de existir.<sup>369</sup>

Sob outro ângulo, o fenômeno da nulidade e da ilicitude pode dar azo a duas consequências: a) o ato não perfaz todo o suporte fático (as consequências são produzidas parcialmente) ou é rejeitado por nada poder ser aproveitado do cometimento do fato; e b) a prática do fato é qualificada como ilícita e gera como consequência da valoração intrassistêmica o sancionamento do fato.<sup>370</sup> Nesse segundo caso, o ato entra completamente no mundo jurídico a título de reprovação. Voltando aos exemplos já discutidos acima, respectivamente, poder-se-iam ter o caso da busca e apreensão executada com vícios procedimentais e o caso de tortura. Neste segundo caso, o fato é rejeitado para fins probatórios, mas é aceito intrasistemicamente por ser qualificado como ilícito e sancionado de acordo com o tipo penal adequado (homicídio, lesão corporal etc.) — veja-se que, de um fato, surgiram dois efeitos: o não reconhecimento da aptidão probatória do fato e outro, propriamente jurídico, que foi a sanção.

Como esta tese se volta para o efeito de licitude casuístico do fato jurídico, isto é, quando nos dois exemplos acima se poderiam sacar efeitos lícitos, convém aprofundar as peculiaridades da existência do fato, cujos efeitos são permeados por questões culturais posteriormente validadas pela lógica. Nesse sentido, a compreensão sintática (da teoria da lógica jurídica) e semântica (da teoria da proposição jurídica) se apresentam como insuficientes, devendo-se analisar o plano da existência com base numa teoria pragmática, que considere as nuances comportamentais de ação e reação de todos os interessados na qualificação jurídica do fato.

---

<sup>367</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: revista dos tribunais, 2000, p. 95-123

<sup>368</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: revista dos tribunais, 2000, p. 210-215

<sup>369</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: revista dos tribunais, 2000, p. 299-310.

<sup>370</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: revista dos tribunais, 2000, p. 311-323.

#### 4.4.2 O estudo da justa causa da situação jurídica: análise dos efeitos ambivalentes do ato-fato ilícito

O estudo da situação jurídica revela que é nela que devem ser refletidos o espectro de efeitos produzidos do ato jurídico. Haveria plenitude ou não de efeitos?

As teorias da proposição, capitaneada no Brasil por Pontes de Miranda, e a fenomenológica, capitaneada por L. Vilanova, ao fim, não oferecem uma explicação sobre os efeitos de calibração do sistema, quando, por valores refletidos dentro do sistema do direito, a exemplo da justiça e efetividade, fatos contrário total ou parcialmente à dogmática são aceitos.<sup>371</sup> Por essas duas teorias, um fato ilícito, afora a possibilidade de sanção, não teria relevância para o direito, já que não constituiria situação jurídica, por ser rejeitado.

O positivismo lógico da proposição entende que esta deve espelhar exatamente o fato jurídico, enquanto fato social. Cabe à ciência do direito verificar qual seria a idealidade do direito, assim como a matemática está para as relações entre os entes. O direito teria vida autônoma e organizada antes de incidir sobre a realidade. Não haveria, portanto, espaço para uma solução tópica, fundada na lógica do provável. Como um fato jurídico poderia produzir efeitos probatórios lícitos num processo, mas não em nenhum outro?

Outrossim, a teoria fenomenológica, de viés sintático, procura o máximo de abstração para estruturar logicamente uma nota comum às diversas possibilidades de manifestação do mesmo fenômeno jurídico; em outra expressão, a ciência iria depurar seu objeto para encontrar a forma lógica. A ideia de ciência também estaria jungida a um *a priori* dentro do qual se dá a manifestação histórica do fato jurídico. Logo, não haveria distinção entre validade e existência ou não teria sentido algo existir e ter validade pela metade.<sup>372</sup>

A metodologia pragmática, por fim, daria ao fenômeno jurídico a amplitude necessária para entendê-lo como um sistema que se adapta ao ambiente onde está imerso, por meio de entrada seletiva de informações e resposta oferecida em acordo com o

---

<sup>371</sup> CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: noeses, 2009, p. 38-58.

<sup>372</sup> CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: noeses, 2009, p. 38-58.

programa decisional sistêmico.<sup>373</sup> Tal perspectiva se casa perfeitamente com as ambições deste trabalho, que é compreender o fato tanto do ponto de vista da proposição jurídica quanto da norma, em conformidade com o aspecto comportamental relevante dos atores interessados.

A insuficiência dos modelos semântico e sintático pode ser sintetizada na relação entre incidência e aplicação, já que em ambos os modelos a incidência ocorre independente da aplicação, a qual é executada necessariamente por um ato humano. Na metodologia pragmática, não há como construir a norma do caso sem deixar de observar o comportamento das pessoas (aplicação).<sup>374</sup>

O efeito prático dos limites dessas teorias está na observação do fato inexistente. Como se sabe, este é uma construção com base na teoria das nulidades textuais do código civil napoleônico do século XIX. Se o suporte fático não se amolda à perfeição aos requisitos normativos, entra parcialmente no mundo jurídico; se há uma grande discrepância, o fato não entra no mundo jurídico.

Como decorrência do princípio da legalidade — não há como obrigar, proibir ou permitir se não por força de lei —, os casos de rejeição deveriam depender de norma legal expressa para lhe reconhecer a nulidade absoluta e relativa. O que fazer se não há previsão de nulidade? Eis aí que ganha importância o fenômeno da inexistência.<sup>375</sup>

O fato jurídico inexistente pode ser fato sem qualquer relevância para o direito — o fato de alguém admirar a brisa do mar — e pode ser o fato que foi rejeitado pela ordem jurídica. Nesse segundo caso, a lógica do previsível, da causalidade natural, pode ser quebrada, em razão de elementos comunicacionais. A reflexão jurídica acerca da rejeição pode levar ao ato oposto de admissão do fato para produzir efeitos lícitos, dentro do âmbito de validade da norma. Ou seja, há uma situação jurídica onde a relação entre A e B é disciplinada pelo direito. É como se o sistema jurídico, de natureza lógica, sofresse uma regulação, calibração, para produzir uma resposta diversa da que seria previsível. P.ex., aplicar a boa-fé e garantir o sentimento de justiça com o uso da prova que fora

---

<sup>373</sup> LUHMANN, N. **Law as a social system**. The evolution of law. Ney York: oxford, 2009, p. 230-272.

<sup>374</sup> CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: noeses, 2009, p. 47-56

<sup>375</sup> CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: noeses, 2009, p. 115-138.

primeiramente rejeitada ou, para ficar no didatismo, o caso clássico de produzir validade de uma união afetiva entre pessoas do mesmo sexo.

Nessa senda mais abstrata, a separação entre fato jurídico, ato-fato e ato jurídico não depende de um rigor lógico *a priori*, mas sim de uma construção cultural mais tarde justificada retoricamente por um discurso científico. Em igual premissa, a separação entre lícito e ilícito é uma construção em que ambos mundos são indissociáveis e, por sua vez, dependente de questões situadas no espaço e no tempo.<sup>376</sup>

Desse modo, vê-se que a separação fato, ato-fato e ato — e assim também fato lícito e ilícito — é uma construção jurídica e para-jurídica, assentada em expectativas normativas do efeito que se espera da realização de um evento. Logo, para determinado caso, seria irrelevante perquirir se houve vontade; para outro, com a relevância da vontade, dever-se-iam admitir efeitos lícitos a despeito da aparente contrariedade ao direito.

A análise sistêmico-pragmática do fenômeno da ilicitude revela uma retórica material, imbuída de questões morais e extrajurídicas, por detrás da retórica formal-jurídica. Assim, ao visualizar um fato com elementos propícios à calibragem, primeiro se analisa a pretensão de validade e, concomitantemente, a pretensão de correção (calibração) antevista entre a norma de invalidação e de aceite dos efeitos da fato.

Por vezes, o caminho para essa dicotomia é conduzido por estratégias que se constituem exceção à aplicação rotineira dos institutos. De outro modo, esse caminho também pode ser feito por conceitos indeterminados, mediante aplicação regular da regra de direito.

Já recapitulado outrora, a prova ilícita se refere ao malferimento do círculo de intimidade contra quem foi produzida a prova. Logo, o fato jurídico se insere como norma material. Melhor precisando, seria um ato material ilícito, com vício na manifestação de vontade, objeto ou forma.

Em 2008, a reforma processual penal brasileira limitou o uso da prova originariamente ilícita para as hipóteses de descoberta inevitável e fonte independente. O objeto deste trabalho é mostrar que, a par das hipóteses legais, é preciso que o sistema jurídico apresente em seu programa decisional a causalidade material que justifica a

---

<sup>376</sup> CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: noeses, 2009, p. 94-133.

aplicação da prova num espaço de exceção à proibição. É algo que vem antes da aplicação do instituto legal de permissão do uso em menção.

A dificuldade é que não há como prever todos os casos em que a prova é ilícita. Por outro lado, a proibição *sic et simpliciter* do uso da prova torna difícil operacionalizar situações jurídicas em que a proibição se apresenta como injusta.

A relativa indeterminação transforma o tema da prova ilícita num dos mais difíceis de ser disciplinado, por ter em seu seio o paradoxo do preceito de legalidade de que ninguém pode ser obrigado ou proibido de fazer senão em virtude de lei.

O direito processual penal também se submete à legalidade quando alude a espaços de restrição de liberdade, assim como o direito penal. A solução positiva foi dizer quando a proibição pode ser relativizada.<sup>377</sup>

Entretanto, apontar os casos legais de relativização não permite construir um ambiente de relativa segurança para os direitos e garantias que serão diminuídos com a aplicação da prova ilícita, eis que ainda são suscetíveis de interpretação com ampla ajuda da criatividade. Importa que se justifique qual direito será violado e como ocorrerá a compensação ao longo do processo como etapa prévia ao enquadramento do permissivo legal de uso da prova ilícita. Para tanto, devem ser manejadas técnicas indicadas ao longo do trabalho, a fim de evidenciar a justa causa para a referida motivação.

A fonte do direito para o tema da prova ilícita, tanto o uso quanto a proibição, não se esgota na lei, por essa razão o positivismo jurídico estatal tem dificuldade de lidar com o tema. A repartição da norma primária como fato da vida revela total protagonismo em detrimento da norma secundária, de teor sancionatório. A tentativa de olhar o tema sob o prisma do viés sancionatório é que tornou a prática jurídica distante do modelo legal, sendo causa de profunda inquietação quanto à previsibilidade de direitos.

De toda sorte, o manejo pragmático da norma, de envergadura aberta para a compreensão da situação jurídica, não impede que o tema da prova ilícita também dependa da compreensão tradicional da fonte legal. É bem recomendado que, para determinadas situações limites, não se admita negociação, valendo a proibição absoluta, como no caso de tortura ou em que há completo sacrifício do direito violado, sem meio de compensação no curso do processo.

---

<sup>377</sup> JULIOTTI, Pedro de Jesus. **Direito intertemporal processual penal**. São Paulo: Juarez de oliveira, 2007, p. 31.

Percebe-se a combinação de um modelo sintático/ semântico (dual) e outro triádico, em que se admite a lógica do paradoxo.<sup>378</sup> Olhar o direito como sistema jurídico, por onde transita a entrada e saída de informação, sem necessária correspondência entre "in" e "out put", revela que todo modelo dual contém o triádico, dês que se admita a lógica do terceiro excluído, do ser de outro modo. Dessa maneira, a teoria de N. Luhmann, trabalhada à exaustão no primeiro capítulo, pode ser de grande valia para transitar entre esses modelos.

No caso em que não há uma proibição taxativa, é preciso que se analise a situação jurídica, espaço decorrente da incidência do fato jurídico, para verificar o justo título de uso da prova. Para essa situação e outras quejandas, o programa decisional contém abertura para realinhar os efeitos do "fato juridicizado", em respeito a provocações do ambiente.

Existe a necessidade de separar a situação jurídica prevista na lei daquela fixada pela norma situacional, resultado de um ato de decisão de quem examina o evento concreto. A situação jurídica, nesse segundo sentido, ressalta a importância do fato-causa, que pré-delimita o espectro de comportamentos possíveis dos sujeitos.<sup>379</sup>

O título, que assinalaria a justa causa, seria a causa eficiente que liga a pessoa à certa posição jurídica. Fala-se, por conseguinte, de um conceito aristotélico "causa eficiente" para indicar a razão de ser que constituiria a posição jurídica.<sup>380</sup> Não se confunde com o fato jurídico, por ser uma qualificação deste, tampouco com a posição que os sujeitos ocupariam na situação jurídica, enxergada como efeito da justa causa.<sup>381</sup>

O título seria a saída da ordem social e a porta de entrada para o mundo do direito, enfeixando unidade que atribui direitos e deveres a todos. É fundamental para entender qualquer agir posicional, revestindo o sujeito de legitimidade.

O prof. Torquato de Castro, ao fazer incursão sobre o direito antigo, indica que a jurisprudência romana, preocupada com a noção de justiça, não abria mão de indicar o justo título como causa eficiente retirada do plexo de fatos previsto como relevante juridicamente. Haveria uma relação entre o *titulus* e a *obligatio*, que seria a unidade de todo o direito e, por

---

<sup>378</sup> CASTRO JR., Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: noeses, 2009, p. 221-232.

<sup>379</sup> CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 60-63.

<sup>380</sup> ARISTÓTELES: *Metafísica*, I, III, 983 (a)25. Biblioteca Clássica Gredos. 2. ed. Madrid: Editorial Gredos, 1998, p.482. A causa eficiente não se confunde com a causa final (intenção dos praticantes do fato), material, formal (ideia do que seria a coisa/ a conduta).

<sup>381</sup> CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 95-106.

essa razão, sindicaria a autonomia do mundo jurídico para ler os outros campos normativos.<sup>382</sup>

É natural, portanto, ver a causa eficiente, vinculada a essa *obligatio*, como regra de calibragem do sistema, desenvolvida num tempo em que a *actio* romana estaria atrelada ao direito material reconhecido pelo pretor que teria a liberdade de indicar a sua visão do caso submetido a juízo (período formulário).<sup>383</sup>

A *obligatio* estaria indissociavelmente ligada ao estudo dos atos-fatos ilícitos. Nas Instituições de Gaio, as obrigações se dividem em lícitas e ilícitas, por serem as fontes de qualquer relação jurídica.<sup>384</sup> Assim, a decisão de usar ou não a prova ilícita passa, primeiro, por entender o sentido de justiça do título para o qual foi gerada a obrigação.

Feita a explicação de como o justo título é a chave para analisar o ato de produção probatória no âmbito da validade, é possível indicar o pressuposto metodológico ao qual deve estar submetido o uso da prova ilícita, quando se visualizar a aplicação dos institutos da fonte independente ou da descoberta inevitável.

#### 4.5 Pressuposto metodológico-operacional para uso da prova aparentemente ilícita: identificação do direito material e garantias da liberdade no âmbito da validade

A avaliação do grau de sacrifício do direito material, bem assim a análise se o processo continua a cumprir a sua finalidade de instrumento protetor de direitos de liberdade, constituem-se em pressuposto de admissibilidade do uso da prova aparentemente ilícita. Eis o ponto alinhavado anteriormente.

A metodologia argumentativa de encontro do justo título da situação jurídica depende que, na justificativa da decisão, mencione-se como se constituíram o sacrifício do direito material e o cumprimento libertário da finalidade do processo no complexo de ações para usar a prova originariamente ilícita. Como se viu, é quase concomitante que tal pressuposto também incida na

---

<sup>382</sup> CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 140-157.

<sup>383</sup> CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 155-173. Inicialmente, havia as ações de lei, presas aos dizeres da lei XII tábuas. Depois, veio o período formulário, vinculado ao “edictio” e à ação formular, em que as partes aceitavam a jurisdição do pretor, o qual, mais tarde, publicaria decisão sintetizada em enunciação, pretensão, adjudicação ou condenação. É exatamente no período formulário que o conceito de causa eficiente, justa-causa ou título foi desenvolvido como ideia vinculada ao direito material. Gaio. **Instituições**. Direito privado romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p.425-429.

<sup>384</sup> Gaio. **Instituições**. Direito privado romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 318-319.

valoração da prova e também se presencie na avaliação se o ato processual de instrução é caso de nulidade ou de mera irregularidade.

A admissão da prova aparentemente ilícita já implica dar algum valor positivo a ela, ao tempo em que afasta a nulidade absoluta; e é por isso que se fala do justo título ou causa eficiente da existência do fato. A utilidade de ainda continuar a refletir sobre esse pressuposto metodológico é porque os apontamentos acerca do direito material violado assinalam o dado processual que poderia justificar a decretação de uma nulidade relativa ou simplesmente afastá-la por não se verificar prejuízos efetivos contra quem é usada a prova.

As normas processuais a respeito do uso da prova não oferecem balizas para a aplicação delas de acordo com o caso concreto. O normativo em questão serve mais para dizer quando uma evidência deve ser excluída independente do exame do caso, do que propriamente identificar pontos de relevância e confiabilidade dos fatos que podem ser inseridos no processo.<sup>385</sup> Desse modo, a atual arte do processo criminal vive a olhos vistos a encruzilhada entre a previsibilidade das garantias fundamentais em favor da liberdade e o apreço pela efetividade do processo.

O zelo pelos direitos e garantias individuais do processo penal é porque eles são o ponto de partida para coibir o abuso das ações estatais. É um terreno que encontra matriz na estrutura política do Estado democrático e em como se deseja concretizar as disposições constitucionais mais abstratas de proteção da liberdade. Ocorre que a simples previsão de direitos ou de proibição não resolve as tensões políticas com que convive a aplicação do processo penal.<sup>386</sup>

A teoria tradicional das nulidades foi concebida na teoria geral do direito e não pôde dar conta das inflexões políticas que o tema da prova ilícita reclama. Dito o porquê, é importante que a dogmática discuta critérios não exaustivos, que sejam úteis para trazer segurança ao uso excepcional da prova ilícita e, da mesma forma, indicar o padrão de comportamento que não pode ser tolerado.

A nota singular do processo criminal se dá com a necessidade de que, para condenar, tem de se superar o estado "além da dúvida do razoável" — consoante matéria aprofundada no próximo ponto e já oportunamente referenciada. Isso denota uma forma diferente de enxergar o tema da prova ilícita, quando o seu conhecimento traz segurança a respeito do juízo de reprovação da conduta do acusado.

Não basta o exame do caso, é preciso também inferir os núcleos de sentidos não negociáveis previstos em lei e nos programas decisoriais resultantes de decisões repetidas. Essa prudência se

---

<sup>385</sup> Laudan, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology** (Cambridge Studies in Philosophy and Law). Cambridge University Press. Edição do Kindle. ISBN-13 978-0-511-24273-1

<sup>386</sup> "Quase não há um instituto de processo penal que não revele a sua intrínseca natureza política e não seja, portanto, a expressão duma ideia que supera o plano da realidade prática e a espelhe em termos de orientação política." PINHEIRO, Rui e MAURÍCIO, Artur. **A constituição e o processo penal**. Coimbra: coimbra, 2007, p. 12.

relaciona com uma das consequências do standard “além da dúvida do razoável”, que é a presunção de inocência do réu. Tais núcleos intransigíveis se justificam legal e moralmente, uma vez que são pontos de experiência que denotam a baixa confiabilidade da prova e notórios efeitos perversos no ambiente processual.

O manejo da norma probatória como de direito material facilita entender a admissão do ato no âmbito da validade da norma, mediante a aplicação de critérios que permitam submetê-lo ao contraditório.

Uma teoria tradicional da semântica da validade enxergaria que o ato-fato ilícito somente poderia produzir efeitos no espaço da eficácia de modo excepcional, uma vez que, no espaço da validade, haveria norma rejeitando a completa e estável juridicização do fato. Novamente, pela teoria semântica, haveria uma aparência jurídica de efeito, a qual poderia, em razão p.ex., da boa-fé, ser recebida no mundo jurídico como um realidade.<sup>387</sup> Logo se vê, entretanto, que uma olhar pragmático sob o problema não se contenta com uma “aparência do fato de direito” capaz de incidir com certa regularidade na constituição de situações jurídicas. É preciso pensar o porquê de o direito admitir a correção de resposta em face de contextos de calibragem do sistema. Impende repensar esse problema sob o ângulo da validade, justamente para se terem balizas que tragam segurança jurídica e se afaste o problema do decisionismo ou do abuso de direito por parte de agentes estatais.

Nesse contexto, conforme já anteriormente visualizado, convém separar as regras de produção e as regras de uso da prova, a fim de permitir ao intérprete o exame das circunstâncias do caso.

O texto constitucional brasileiro proíbe a admissão de prova cujo uso seja proibido. A ilicitude do modo de produção da prova só pode ser afastada, se houver gravidade do crime apurado e razões de interesse público que demonstrem o relevo do bem jurídico protegido e o respeito ao processo justo, apoiada num contraditório efetivo, zeloso dos direitos fundamentais. Explica-se, portanto, que as normas probatórias sejam tratadas como de direito material, com especial destaque para as provas ilícitas, que significam considerável nível de agressão à privacidade do particular.

Por conseguinte, apresenta-se uma proposta metodológica que traz segurança ao uso excepcional da prova ilícita, haja vista que respeita a abertura do intérprete para o caso concreto, ao tempo em que observa vedações firmadas em textos legais e em decisões jurisprudenciais reiteradas.

Um caminho radical ofenderia a efetividade do processo, se proibisse completamente o uso da prova. Igualmente, ofenderia a presunção de inocência, se houvesse um notório casuísmo para o

---

<sup>387</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 89-90.

emprego da prova originariamente ilícita, sem qualquer respeito aos núcleos de sentido não transacionáveis.

Por fim, a proposta supera a ilusão de segurança evidenciada com a tentadora aplicação mecânico-causal da fonte independente e da descoberta inevitável, haja vista que tais institutos são formados por elementos normativos de profunda referência a conhecimentos sociais e morais. A par disso, a distinção regras de uso e de produção permite compatibilizar o texto constitucional com o código de processo penal.

Tomando de empréstimo o trabalho doutrinário da dogmática alemã, as teorias do círculo correto de proteção, das faculdades probatórias e outras fornecem lentes para compreender quais direitos estão ameaçados com o emprego da prova aparentemente ilícita e como isso pode ser trabalhado dentro de um processo justo, que se preocupe em não ser instrumento para ações futuras de abuso de direitos. É, pois, uma solução compatível com o princípio da legalidade de não admitir provas cujo uso seja ilícito. Nesse passo, recobrando pontos anteriores, vale lembrar que o texto constitucional brasileiro, ao não admitir a prova ilícita, em fala em regras de uso e não em regras de produção.

Segundo se percebe, os "standards" ocupam papel relevante na valoração da prova e, naturalmente, junto com o princípio da legalidade, completam o filtro necessário para exame do caso. É o que se verá no próximo ponto.

#### *4.5.1 Uso da prova ilícita no processo criminal: legalidade e raciocínio judicial mediante "standard" probatório*

As lições do direito comparado, mormente da Alemanha e Estados Unidos, são importantes para suscitar as dificuldades de estudo da prova ilícita segundo a teoria das nulidades, assim como a doutrina italiana, seio do qual surgiu a doutrina nacional das nulidades dos atos processuais. Uma das limitações enfrentadas é a relação entre legalidade, verdade e liberdade de desenvolvimento do raciocínio judicial.

Da mesma forma, os "standards" probatórios e a verdade processual são assuntos que voltam a ser pontilhados, eis que são os instrumentos conceituais por meio dos quais se olha para o rico tema da atividade probatória.

A legalidade é um preceito condicionante da validade do processo criminal, por isso a prática jurídica tem o papel de garantir uma dogmática que zele pela igualdade e previsibilidade, assegurando expectativas contra-fáticas dos interessados no resultado do processo.

A motivação da escolha em admitir a prova ilícita, trazendo-a do plano da existência para validade, exige a apresentação de detalhadas razões. Os padrões probatórios delimitados para essa tarefa passam pelo escrutínio de qual a política criminal mais adequada para o processo.

O respeito ao procedimento não elimina a discricionariedade para enxergar os fatos ou as normas. Daí a importância da motivação da decisão. Quando a prova ilícita passa a ser válida e produzir efeitos regulares no processo, os motivos dessa escolha têm de ser exaustivos para serem submetidos a controle público posterior.

As infinitas possibilidades são filtradas pelo procedimento, o qual conta com um núcleo de sentido agregado pelo momento cultural em que é aplicado. O regime processual garantista impõe um modelo de atuação em que o particular assume o papel de sujeito processual, com a possibilidade de contra-argumentar e influir na decisão final.

A âncora do garantismo é a legalidade, no sentido de que restrições de liberdade previamente devem ser disciplinadas por normas jurídicas e, igualmente, com antecedência, deve existir um rito, indicando como um fato pode ser provado, com força de declarar alguém culpado.<sup>388</sup>

A estrutura complexa da legalidade, porém, torna-a uma obra inacabada. O Iluminismo e a razão têm seus limites na dificuldade de compreender as sutilezas de tudo que cerca o homem. Por isso se fala numa doutrina evolucionista do Estado de direito ou da legalidade.<sup>389</sup>

A essência do Estado de direito é garantir previsibilidade e igualdade e, nesse ponto, confunde-se com a legalidade, a qual também pressupõe a divisão de poderes como modo de incentivar a autocontenção.

Porém, em outra margem, a discricionariedade de dizer o direito, obviamente, não pode ser olvidada. O judiciário ocupa protagonismo em fixar o código de condutas a partir da matriz legal, dando estabilidade às relações sociais. Por isso se fala de uma legalidade evolucionista.

Fala-se que o leque de opções de decidir é sempre reduzido e isso é a linha divisória entre arbitrariedade e discricionariedade, posto que certos fatos e normas são a princípio excluídos por violarem o grau de uso frequente que a sociedade tem sobre o significado das coisas. A sindicância de como foi aplicada a discricionariedade é realizável quando se cumpre o dever de justificar as decisões, encontradas no contexto da descoberta, em que os “insights” são formados pela observação oriundas de um primeiro olhar das normas e das peculiaridades dos fatos, quando se forma o palpite de hipóteses.

---

<sup>388</sup> NETTO, Evandro Muniz. **O princípio de legalidade no processo penal**. Recife: diário da manhã, 1950, p. 13-20.

<sup>389</sup> PINO, Giorgio. Legalità penale e rule of law. PINO, Giorgio e VILLA, Vittorio (orgs). **Rule of Law. L'ideale della legalità**. Bologna: mulino, 2016, p. 177-236.

É comum dizer que o raciocínio judicial é indutivo, já que a construção de uma nova norma depende da observação dos fatos, ao passo que o pragmatismo seria próprio da atividade investigativa. Nessa senda, num processo acusatório, o juiz não teria o papel de testar hipóteses, por isso a ação dele seria indutiva.<sup>390</sup> Mas, na prática, segundo já explorado, o trabalho judicial não tem uma divisão analítica entre indução e abdução. Antes da decisão final do processo, o juiz aplica normas. E não há como pensar a norma sem o fato, vice-versa, porque a construção da norma depende de como os fatos são concebidos.<sup>391</sup>

A divisão entre instrução imediata e mediata é sutil. Na primeira, o juiz é protagonista e consiste no contato direto dele com os sujeitos e coisas processuais, ao passo que, na segunda, o conhecimento chega pelo que os documentos e pessoas trazem ao processo.<sup>392</sup>

Com efeito, o raciocínio judicial sempre apresenta nuances pragmatistas de escolha de uma hipótese e, depois, há o teste dela em prol da conclusão menos controversa; é que o juiz vai testando o melhor direito, aplicando decisões intermediárias importantes para o desfecho da contenda e, assim, delimitando a melhor versão dos fatos.<sup>393</sup>

Nenhum ser humano consegue enxergar um problema por completo. O método de testar a hipótese com o argumento contrário enriquece a visão sobre o problema e diminui a chance de erro da decisão. O pragmatismo filosófico, ao modo de propor um método de investigação, aproxima-se do método adversarial do processo.<sup>394</sup>

Outro meio de facilitar o roteiro de motivação das decisões é delimitar os “standards probatórios”, que funcionam como padrões de argumentação para absolver ou condenar. Essa preocupação gera custos para efetividade das instituições de justiça. O maior rigor no padrão de convencimento para condenar pode ensejar falsas absolvições, assim como o maior rigor no padrão

---

<sup>390</sup> BADARÓ, Gustavo. Dossiê “Prova Penal: Fundamentos Epistemológicos e Jurídicos”. **Revista Brasileira de direito processual penal**. Volume 4 - No 01 - jan./abr. 2018, p. 43-80.

<sup>391</sup> A separação entre questão de fato e de direito é uma reminiscência positivista, como se o senso de justiça fosse reservado para o mundo à parte do direito. NEVES, Antônio Castanheira. **Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra: almedina, 1967, p. 589-618.

<sup>392</sup> ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p.7.

<sup>393</sup> NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**. Joao Pessoa: ideia, 2013, p. 73-80. Jerome Frank, jurista norte-americano, foi preciso quando aponta para a relatividade da compreensão dos fatos e das normas (*rule-skeptics* e *fact-skeptics*). Tirante questões particulares do realismo americano, a exemplo de resquícios metafísicos de saber o que é o Direito, é útil recordar a lição de que o processo está submetido a escolhas as quais são insuscetíveis de racionalização. São *gaps*, lacunas, entre duas ou mais alternativas, na seleção dos fatos e das normas. PAUL, Julius. **The legal realism of Jerome N. Frank**. A study of fact-skepticism and the judicial process. Haia: Martinus nijhoff, 1959, p. 129-150 e 76-88. E FRANK, Jerome. **Courts on trial**. Myth and reality in american justice. New Jersey: Princeton, 1973, p. 146-156.

<sup>394</sup> TUZET, Giovanni. in: DAHLMAN, Christian e FETERIS, Eveline (orgs). **Arguing on facts: truth, trials and adversary procedures. Legal argumentation theory: cross-disciplinary perspectives**. New York-London: springer, 2013, p. 207-224.

para absolver pode levar a falsas condenações.<sup>395</sup> É uma questão de política criminal indicar como a balança deve ser posta.

Hoje, a nota distintiva do processo penal é o "standard probatório de que a condenação depende de provas além da dúvida do razoável. É uma espécie de dúvida cujo afastamento depende de motivação clara sobre quais critérios foram adotados para ilidi-la. Do ponto de vista criminal, é comum a jurisprudência se referir ao padrão prova "além da dúvida do razoável", para justificar uma condenação, sob o escrutínio de um processo justo.<sup>396</sup>

O "razoável" é verdadeiro substantivo, porque indica uma espécie de dúvida, que permite ao julgador escolher qual hipótese é mais verossimilhante para justificar uma condenação e, por outro lado, impede a condenação se houver uma dúvida substancial a respeito da tese condenatória. O "standard" seria também uma norma de conduta, não restrita ao círculo cognitivo, uma vez que indicaria uma motivação moral de agir, que legitima retirar a liberdade de alguém por ferir valores jurídicos fundamentais.

Influência do processo iluminista inglês, o "standard" em comento garantiu que a condenação não fosse baseada em presunções, meras suspeitas ou fofocas. E serviu de orientação para jurados leigos. Entretanto, a difícil precisão da expressão "além da dúvida razoável" dificulta a sua operacionalidade. Nos EUA, há intenso debate sobre como os jurados devem ser advertidos da necessidade de provar além da dúvida razoável para justificar a condenação, a fim de que não ocorram erros de julgamento.<sup>397</sup>

Por fim, outro fator que vale a menção é o fundo criminológico de qualquer processo criminal. Num país como o Brasil, de forte desigualdade econômico-social, a criminologia crítica oferece instrumento conceitual para considerar que o processo penal pode ser um simulacro de procedimento com inconsciente nuance condenatória, dado o desequilíbrio entre acusação e pessoas que costumeiramente ocupam o papel social de réu.<sup>398</sup> Logo, a reflexão criminológica deve estar presente na análise da qualidade dos motivos das decisões, no contexto de um raciocínio judicial pragmatista e fundado em "standards" probatórios.

---

<sup>395</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea. SALGADO, Daniel; Kirschner, Luís Felipe; QUEIROZ, Ronaldo (orgs). **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: podiam, 2020, p. 776-808.

<sup>396</sup> STF: REAg. 1.067.392, APN 470/MG e outros.

<sup>397</sup> FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. São Paulo: marcial pons, 2013, p. 69-75.

<sup>398</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: livraria do advogado, 1996, p. 94-114.

São fatores que devem ser pensados conjuntamente, pois nenhum deles é determinante. Questões criminológicas não podem ser generalizadas, como se todo réu fosse sem recursos materiais e, por conseguinte, hipossuficiente juridicamente.<sup>399</sup>

Ademais, como pontua Larry Laudan, quanto ao "standard", é democrático discutir o quão a sociedade deseja padrões de prova que sejam estabelecidos de modo mais a favorecer uma absolvição do que uma condenação, ao menos isso deve ser discutido por espécies de crimes com diferente repercussão social.<sup>400</sup>

O estudo do padrão de prova diz muito sobre qual política criminal se deseja. Na instrução processual brasileira, reserva-se ao juiz a livre apreciação da prova, cabendo a ele, com iniciativa probatória supletiva, controlar o comportamento probatório das partes.<sup>401</sup> Com se vê, a legislação não indica padrões probatórios, mas apenas impõe solenidades, como a que trata sobre o requisito probatório do estado de pessoas, submetendo-o à legislação civil, e a que trata da necessidade do corpo de delito quando houver vestígio material.<sup>402</sup>

Também não há disciplina específica para a prova ilícita, que se resume com a prescrição de ser proibida, exceto se houver a fonte independente e a descoberta inevitável.

O objetivo desta tese é suprir essa lacuna. Indica como o encontro do justo título, assentado no exame de direito material, pode oferecer rica via argumentativa para análise da norma situacional aplicável à situação jurídica. Os padrões probatórios do ônus qualificado da acusação e da necessidade de prova além da dúvida do razoável, como corolário do princípio da presunção de inocência, funcionam como filtros argumentativos que devem ser antevistos no encontro do referido

---

<sup>399</sup> O fato é que tal generalização é perigosa, invertendo uma relação na qual réus podem ser a parte forte da relação, no sentido de terem melhores recursos materiais do que a própria acusação estatal, haja vista os tipos penais de grave impacto social amiúde praticados por pessoas de poder aquisitivo elevado - crimes de colarinho branco, socialmente identificados por pessoas que ocupam relações sociais invejáveis. SUTHERLAND, Edwin H. **Principles of criminology**. 6.ª ed. Chicago: J.B. Lippincott Company, 1960, p. 76-80.

<sup>400</sup> Laudan, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology* (Cambridge Studies in Philosophy and Law). Cambridge University Press. Edição do Kindle. ISBN-13 978-0-511-24273-1

<sup>401</sup> CPP: Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. CPC: Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

<sup>402</sup> "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva:(...)"

justo título, como instrumento para vislumbrar a adequação do processo justo ao caso. Tal medida também se relaciona com avaliação das nulidades.

#### *4.5.2 A aplicação da prova aparentemente ilícita: do regime legal de nulidades ao encontro do justo título*

Neste ponto, será visto como o encontro do justo título se relaciona com as normas de direito material, superando-se a distinção entre prova ilegítima e ilícita. Conquanto dependesse das forças de argumentativas apresentadas no caso, deveria respeitar núcleos de sentido sedimentados nas práticas legais e jurisprudenciais, por isso se adequaria a uma teoria dinâmica mitigada das nulidades. Ademais, ele transitaria entre os casos de inadmissibilidade do ato e o de invalidade.

A consideração da validade da prova aparentemente ilícita depende de perquirir o justo título no momento da formação do fato jurídico, como causa eficiente para discutir a situação jurídica no âmbito da validade.

O justo título se motiva com a apresentação do grau do direito material violado e como ele pode ser compensado para garantir um processo justo, o qual preze pelo contraditório e pelo uso do processo como instrumento de contenção do abuso de poder.

Ao lado do fim político do processo para conter o abuso de ações, está o de descoberta da verdade. Inútil seria pensar o processo se este não tivesse o condão de perseguir a verdade. Os padrões probatórios, os “standards”, funcionam como filtros, assinalando o que o juiz precisa motivar para expor determinada conclusão do raciocínio. Assim também preceitos gerais como boa-fé e garantia da aparência do ato são determinantes para correção do curso normal do sistema, permitindo um resultado de justiça, também esperado por expectativas normativas.

Isso mostra que — antes de discutir a validade do ato probatório e os correlatos: se há nulidade absoluta ou relativa, o valor da prova etc. —, é preciso que o intérprete demonstre a aptidão do fato jurídico para regular uma situação jurídica, isto é, os pressupostos para o fato jurídico produzir efeitos para dois ou mais sujeitos.

É uma espécie de antessala da validade, que não é motivada por deduções ou raciocínio causal. Ela começa a ser construída com a pergunta onde está o justo título. Este significa um plexo de coisas, pois assinala a possibilidade de aplicar regras de calibração do sistema, como distinguir entre uma prova ilícita que não pode ser usada e uma prova que deve ser tratada como aparentemente ilícita, por ter o condão de produzir efeitos lícitos.

A prova ilícita aloca disciplina expressa na Constituição Federal (CF) e no Código de Processo Penal (CPP). O art. 5º, LVI, CF, diz ser inadmissível a prova obtida por meio ilícito e o CPP, no art. 157, repete o texto constitucional, mas diz que a proibição não é aplicável para as

provas derivadas, se não houver o nexo de causalidade ou se a prova derivada puder ser obtida por fonte independente (descoberta inevitável).<sup>403</sup>

O manejo da prova ilícita é estabelecido por exceção a aquilo de lícito que devia ser aceito no processo.

É usual na dogmática brasileira a divisão de provas ilícitas entre ilegítimas e propriamente ilícitas. As primeiras indicariam uma violação de direito processual e as segundas seriam uma violação de direito material. Ainda, para as primeiras, o sistema aplicável seria o das nulidades, ao tempo que, para as segundas, o sistema seria o da inadmissibilidade das provas.<sup>404</sup>

Essa divisão, porém, causa alguns problemas de difícil operacionalização, como separar as normas processuais de matiz probatório e as normas materiais. Como se mostrará novamente, tema de prova sempre implica norma de direito material, pois se trata de garantir a higidez da integridade de proteção da intimidade.

Provas ilícitas, portanto, seriam estudadas sob o aspecto da inadmissibilidade ou da nulidade. Situações de grave violação a direitos redundaria em inadmissibilidade, por serem atos-fatos ilícitos sem qualquer possibilidade de discussão no âmbito da validade e os demais casos seriam enquadrados no sistema de nulidade, em que haveria o fato existente, mas com problemas de completude da validade; se haveria nulidade absoluta ou relativa, isso não contrariaria a existência jurídica do ato-fato, o qual gozou de validade por algum tempo, que foi mais tarde restringida ou completamente retirada do mundo jurídico.<sup>405</sup>

O método de exame da prova ilícita discutido nesta tese é compatível com a teoria tradicional das nulidades do direito brasileiro. A questão é dizer quando uma prova ilícita deixa seu estado de ilicitude para produzir efeitos válidos e quando ela deve ser afastada por ser um ato-fato ilícito ou que gozou de validade por um lapso e, depois, foi submetido à nulidade.

Como ir de um fato ilícito a um fato válido? Conta bastante terem clarividentes na decisão a política criminal e os padrões de prova adotados.

---

<sup>403</sup> Transcrevo os referidos textos: “Art. 5º. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;” “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º 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. § 2º 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.” O §3º do art. 157 contém a definição da descoberta inevitável, como será mais tarde fundamentado neste artigo.

<sup>404</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

<sup>405</sup> Kelsen mostra que, uma vez ingressado no mundo jurídico, a relevância da existência do fato não pode mais ser afastada do ordenamento. Se ocorrer nulidade absoluta, com efeitos “ex tunc”, há uma desconstituição de efeitos, mas não se apaga o que já existiu e que foi válido até ocorrer a declaração-constitutiva judicial. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 230-233.

A primeira premissa é reconhecer que o aproveitamento da prova ilícita deve operar no plano da validade e, portanto, não cabem casuísmos relegados à eficácia do plano da existência. E, já no plano da validade, por força do "standard de que a condenação tem de ser além da dúvida do razoável, o estabelecimento de critérios de admissão da prova deve ser rigoroso, pois, como explicado no tópico a seguir, normas probatórias se referem a direito material, constituindo situações pré-processuais em que a expectativa normativa deve ser assegurada.

O CPC consagra o aproveitamento do ato processual, quando não acarretar prejuízo às partes e ele cumprir a finalidade que lhe consta como subjacente. Tirante isso, segue a ideia geral de que a nulidade deve ser decretada quando o ato concreto não atender aos requisitos do arquétipo ideal.<sup>406</sup>

Há uma longa discussão sobre as nulidades, que não será detalhada neste tópico. Mas o fato é que, com o CPC de 2015, a aparência do ato deve ser ao máximo preservada, quando se coaduna com a boa-fé objetiva e não desequilibra as forças de comunicação no processo entre os praticantes da relação processual.<sup>407</sup> A proteção de expectativas legítimas deve ser um norte cardeal para orientar aquilo que deve ser desmanchado na relação processual, em apreço à confiança nos atos da justiça.

O contraditório é a chave-mestra para que a decisão final esteja legitimada. A obrigação de ser consultado e de poder influir no resultado processo, como meio de civilizadamente serem apresentadas teses e contestações, é o pressuposto maior do devido processo legal.<sup>408</sup> Modernamente, o contraditório se impõe como requisito necessário para o processo justo.

A visão estática do processo, ancorada na causalidade entre o vício e a decretação de nulidade, seria substituída por um olhar dinâmico, em que o juiz teria a responsabilidade de compreender o desenvolvimento das relações processuais e verificar se o vício de forma atingiu o equilíbrio das partes quanto ao poder de se comunicar.

---

<sup>406</sup> Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

<sup>407</sup> A alma do processo é a relação processual, consiste na afirmação teses e antíteses. relação processual. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol II. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 25-26: "Os atos interligados, em seu conjunto, são o procedimento. O conjunto de situações jurídicas ativas e passivas que autorizam ou exigem a realização dos atos é a relação jurídica processual (poderes, faculdades, deveres e ônus). E o processo, no modelo traçado pela Constituição e pela lei, é uma entidade complexa, integrada por esses dois elementos associados -- procedimento e relação jurídica processual."

<sup>408</sup> A contrariedade consiste no pedido e na demonstração da tese. O pedido expõe o direito e o fato. A demonstração é a atividade de instruir. De modo muito pragmático, o autor reconhece que o contraditório depura as afirmações superlativas das partes. E o contraditório só existe se houver o ato processual da ciência às partes, submetido a pressupostos de validade, as quais, em substância, é a ciência prévia com prazo para as partes se manifestarem, mediante disponibilidade de efetivos meios de ação. Em outras palavras, "ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los." - p. 82. E ainda, por fim, segundo a visão da época, reconhece que o contraditório deve se submeter à busca da verdade material. O processo, por meio da ciência e da indicação dos riscos processuais (ônus processual, responsabilidade por Danis etc. molda a afirmação do interesse) p. 75-85.

Em vez de uma relação física de causa entre vício e nulidade, numa só expressão, haveria o estudo normativo e discricionário da ponderação judicial acerca das circunstâncias do caso, a fim de constatar se o vício deu oportunidade ao desequilíbrio de forças.<sup>409</sup>

Seria, pois, uma visão pragmática da nulidade, porque o estudo da nulidade se resolveria sobre três aspectos: sobre o conteúdo manifesto do ato (força locucionária), sobre o que o ato quis dizer (força ilocucionária) e sobre a repercussão do ato em seus destinatários (força perlocucionária).<sup>410</sup>

Haveria uma estruturação do ato processual de acordo com as regras de calibragem do sistema — visando a garantir a aparência do ato, boa-fé e respeito ao contraditório. Seria substituída a tradicional visão de que a inexistência, nulidades absoluta e relativa e irregularidades do ato dependeriam de uma visão *ex ante* e mecânica de causa e efeito.

Outrossim, diferentemente da ordem processual civil, a abordagem tradicional do regime das nulidades se encontra no CPP. As nulidades absolutas e relativas teriam esteio em normas cogentes, sendo a primeira das nulidades protetora de interesse público — por isso, indisponível —, e a segunda, de um interesse privado, suscetível de ser convalidado pela repetição do ato ou pelo curso do tempo. Os atos inexistentes seriam aqueles cuja manifestação no mundo não preenchem os pressupostos mínimos previstos na norma jurídica, de modo que a eficácia dele é a declaração de inexistência. Por último, as irregularidades seriam vícios que não atacam os elementos essenciais previstos no padrão normativo.<sup>411</sup>

O formalismo da teoria tradicional das nulidades é uma tradição do direito processual brasileiro, como tentativa de dar primazia à segurança jurídica. Na ordenança criminal do império, em face do bem jurídico tutelado, a formalidade é um destaque em que a classificação dos casos é casuística, sem uma teoria geral. No Código de Processo Criminal de 1832, há uma divisão estanque de competências e possibilidades de atacar e se defender no processo, cuja desobediência de formas levaria o resultado processual ao fracasso.<sup>412</sup>

---

<sup>409</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: forense, 2010, p.269-277.

<sup>410</sup> SEARLE, John R. **Speech acts**. An essay in the philosophy of language. Cambridge: Cambridge university press, 1969, p. 22-50.

<sup>411</sup> MIRABETE, Julio. **Processo Penal**. São Paulo: atlas, 2003, p. 591-592: a ausência de nulidade seria uma condição de validade da relação processual.

<sup>412</sup> BUENO, José Antonio Pimenta. **Processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: empreza nacional do diario, 1857, p. 74. Natureza da instrução ou formação da culpa: "Do exposto se vê que é muito necessário que esta base do procedimento criminal seja bem organizada, que não tenha vícios, pois que, si os houver e não forem rectificadas em tempo, estes lhe roubarão sua força e afeitarão os actos posteriores ou a validade de todo o processo. Ella demanda toda a exactidão e clareza." Art. 281. Todas as questões incidentes, de que dependerem as deliberações finaes, em um, ou em outro Jury, serão decididas pelos Juizes de Facto, ou pelo Juiz de Direito, segundo a materia pertencer, a uma ou outra classificação; havendo duvida se a questão é de facto ou de direito, o Juiz de Direito decidirá com recurso para a Relação." Art. 292. Não haverá outros recursos, nem meios de defesa, além dos declarados neste Codigo. Art. 334. As sessões do Jury, ou Juntas de Paz, se farão nos Consistorios das Igrejas, ou Capellas, nos lugares onde não houver casa publica, para isso destinada."

No atual CPP, claramente optou-se pela divisão tradicional das nulidades, entre absoluta e relativa, como era no CPC de 1975, resguardando-se os princípios da liberdade das formas, do prejuízo e do interesse. O primeiro princípio indica que a nulidade não deve ser decretada se ela não for relevante para a verdade do processo.<sup>413</sup> O segundo, no sentido de que não haverá nulidade, se não houver prejuízo para a parte.<sup>414</sup> E o terceiro princípio, por último, consistente em dizer que a nulidade não pode ser pedida por aquele lhe que deu causa.<sup>415</sup> Ao lado disso, há o rol de nulidades absolutas, indicado no art. 564, CPP, em que a ocorrência delas *sic et simpliciter* implica a declaração de nulidade *ex tunc*.

Seria possível aplicar ao CPP de 1941 o regime dinâmico das nulidades, inaugurado com o atual CPC e conforme a metodologia proposta na tese?

Anota-se que o limitado poder de disposição das partes, a peculiaridade do bem jurídico protegido (liberdade do réu "versus" bem jurídico lesionado) e assimétrica disposição de forças entre acusação e defesa não seriam características suficientes para impedir de aplicar à ordem processual criminal o regime dinâmico das nulidades.<sup>416</sup> E, ainda sim, não ocorreria impeditivo pelo fato de o texto processual criminal consagrar o regime tradicional das nulidades, haja vista a previsão de preceitos de semântica aberta no CPP como os princípios da liberdade das formas, do prejuízo e do interesse. Segundo já dito, a calibragem pode ser aplicada por meio de institutos adequados que preveem exceção à regra ou mediante a aplicação de conceitos indeterminados.

Por outro lado, há quem diga que a alta envergadura jurídico-moral dos bens protegidos pelo direito penal deve orientar para um regime monolítico e particular de nulidades, de sorte que qualquer nulidade no processo criminal seria absoluta, porquanto estas são estruturadas para proteger o réu contra o abuso do poder estatal.<sup>417</sup>

Há, assim, a teoria dinâmica pura e que a defende total autonomia para o processo penal, o qual só teria espaço para nulidade absoluta. As duas visões parecem radicais: a que defende o exame casuístico dos casos e a que defende o regime monolítico das nulidades.

---

<sup>413</sup> "Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa."

<sup>414</sup> "Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa."

<sup>415</sup> "Art. 565. Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse."

<sup>416</sup> Da mesma forma: CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: forense, 2010, p. 349-363.

<sup>417</sup> LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. II. Rio de Janeiro: lumen juris, 2009. "... Ou seja, não é parte que alega a nulidade que deverá "demonstrar" que o ato atípico lhe causou prejuízo. Será o juiz que, para manter a eficácia do ato, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse sua finalidade." p. 390 " Os atos processuais pressupõem que, durante o processo, venha a criar-se uma certa situação jurídica que somente pode constituir-se de forma válida se válidos foram os atos que a precederam, como condicionante será uma relação aos atos que na sequência venham a precedê-los." p. 402

A teoria dinâmica deve ser aplicada ao processo criminal com um grão de sal. Logo, deve ser afastada quando se refere a significados culturais sólidos, como os que afastam certas práticas de conduta, por exemplo, a tortura ou esvaziamento violento do direito de intimidade, de modo que, ante essas ações, não há como fazer qualquer juízo utilitarista de acordo com o caso concreto; é o limite imposto por textos legais e por decisões judiciais reiteradas. Faltaria o justo título, esquadrihado no direito romano e subjacente ao fato jurídico, para permitir que o ato-fato saia do plano da existência para o plano da validade, convolado em ato, porque a relevância da vontade transformaria o ato-fato em ato jurídico. A “obligatio” romana, enquanto geradora de direitos, depende de um fundo moral que falta para essas práticas que a cultura rejeita incontestavelmente.

De outro lado, a nulidade absoluta como regime único, em apreço aos direitos fundamentais do réu, pode levar a distorções. A importância do bem penal e da liberdade do réu devem ser equalizadas dentro da balança da efetividade do processo e da proteção das garantias fundamentais do réu. Olhar apenas sobre um dos fiéis da balança pode significar não só a falência dos bens comunitários como a paz social, mas também a manipulação do processo por réus de elevado poder aquisitivo. Da mesma forma, a nota única da efetividade do processo como valor em jogo faria lembrar o processo inquisitivo no mau sentido, kafkiano, em que o réu se torna objeto do poder ilimitado do juiz.

Sempre existe a pergunta sobre o que fazer ao se deparar com a dúvida de julgar. A verdade processual, como meio de encontrar justiça, é uma meta compartilhada em qualquer classificação processual. Estranho seria, p.ex., um processo civil ou trabalhista ser encerrado sem a preocupação de fazer justiça.<sup>418</sup>

A preocupação com a verdade processual não pode ser olvidada, dès que a motivação seja suscetível de controle por terceiros. E, nesse sentido, os padrões de prova prestam importante auxílio para identificar a justa causa da situação jurídica e para dar sentido à passagem da existência do ato-fato ilícito para o plano da validade, em que haveria um ato jurídico.

Por isso uma teoria dinâmica das nulidades no processo criminal deve ser desenhada por nós normativos suscetíveis de posterior controle social.

O tema é candente quando se refere a provas, onde a interseção entre norma processual e material é confusa, haja vista a norma probatória ser um misto de regra de conduta e de julgamento. Entende-se que as regras de conduta prevalecem. As normas probatórias são de direito material, porque constituem o direito a que se referem e tratam de delimitar o espaço de intimidade contra o qual não cabe a sociedade interferir.

---

<sup>418</sup>BERTOLINO, PEDRO J. *La verdad jurídica objetiva*. Buenos Aires: lexisnexis, 2007, p. 162-163.

Especificamente, quando se trata da prova ilícita, cuja substância consiste na violação de direitos fundamentais — seja de intimidade ou integridade corporal, seja de respeito à propriedade —, a dogmática costuma tratá-lo como fato inadmissível no processo, por infringir direitos fundamentais.

Existe uma divergência se a inadmissibilidade deve ser tratada no plano da validade das formas ou da existência do ato.

No direito italiano, as duas categorias se distinguem por força do art. 177, que cuida do vício de forma do ato processual, e do art. 191, que cuida da inutilidade da prova por ter sido adquirida com violação de algum direito.<sup>419</sup>

A doutrina indica que a inutilidade (art. 191) é quando a prova é vedada por sua intrínseca ilegitimidade objetiva ou vedada por efeito do procedimento aquisitivo (p.ex., uma escuta telefônica que não obedece os requisitos legais) e os vícios de forma (art. 177) — na verdade, nulidades —, seriam usados para os demais casos.

A par dessa distinção teórica, a jurisprudência, em casos de difícil aplicação conceitual, opta por dedicar os vícios de forma para os casos de nulidades especiais, deixando para inutilidade aqueles casos que não encontram disposição expressa de nulidade, os quais são graves e insuscetíveis de convalidação. Nesse toar, para dar uma visão completa do tema, menciona-se ainda uma terceira classificação, que seria a da irregularidade, como não adequação ao modelo formal de aspectos secundários da forma.

Convém lembrar que a doutrina italiana não discute a invalidade derivada (sucedâneo da teoria dos frutos da árvore envenenada), porque a prova inútil, a princípio, não deve produzir qualquer efeito no processo, devendo ser, na expressão do direito brasileiro, inadmitida.<sup>420</sup>

Em resumo, observe-se que o direito italiano fala em inutilidade (plano da existência) e vícios de forma (validade), ao passo que o direito brasileiro trataria da inexistência do ato e problemas de nulidade (plano da validade).<sup>421</sup>

<sup>419</sup> "Art. 177. **Tassatività.** 1. L'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge. Art. 191. **Prove illegittimamente acquisite.** 1. L'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge. ve illegittimamente acquisite. 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.2-bis. Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale (1)."

<sup>420</sup> FANULI, Giuseppe Luigi. **Le nullità nel processo penale.** Milano: Giuffrè, 2013, p. 14-22.

<sup>421</sup> No contexto da carta constituinte de 1988, apenas seria possível o uso da prova ilícita para beneficiar a defesa, sob efeito de prova nula para qualquer outro fim. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, ?, p.? As mesas de direito processual da USP editou três súmulas, n°s 48, 49 e 50 ("Súmula n° 48— Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material." "Súmula n° 49 — São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa." "Súmula n° 50 — Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa.").

Ou seja, no direito pátrio, ocorre fenômeno semelhante ao italiano. Quando o problema não se resolve no âmbito da validade, com base na teoria das nulidades, não existe outra solução exceto a declaração de inexistência do ato, tornando-o ineficaz. Observe-se que esse tipo de declaração de eficácia está ligada ao plano da existência do ato, sem passar pela validade, uma vez que falta ao ato os elementos mínimos de conformação legal.<sup>422</sup> Apesar do defeito, o ato produz efeitos, por isso há uma relação entre existência e eficácia.

O objetivo deste tópico é mostrar que, a par do discutido, o tema da ilicitude da prova pode ser aventado no plano da validade, para produzir efeitos lícitos.

O caminho é percorrido quando o ato inquinado apresenta requisitos relevantes para o cumprimento da finalidade do processo criminal, amiúde encontrado na própria constituição federal e identificado sob o dilema efetividade do processo e respeito à liberdade do acusado. Isto é, a prova aparentemente ilícita pode ser discutida no plano da validade, contanto que atenda aos pressupostos metodológicos de argumentação, postos em indicar como o sacrifício do direito material será compensado, sem prejuízo do processo cumprir sua finalidade libertária.

Numa rápida capitulação acerca da existência e da validade das normas, pode-se demonstrar onde figura o exame do justo título, com olhos a perseguir a verdade processual e superar o estado de dúvida razoável.

O plano da existência é de incidência automática, desde que sejam atendidos os pressupostos das normas jurídico-materiais. Um pouco mais além, o plano da validade já se perfaz com os elementos mínimos da norma, envolvendo sujeito e manifestação de vontade conforme à lei, assim como forma não vedada em lei e existência de objeto material.<sup>423</sup>

Nesta tese, coloca-se algo entre a existência e a validade. A relação entre a existência e validade é de, respectivamente, a relação continente e conteúdo, em que a divisão se dá com a incidência dos pressupostos de uso da prova aparentemente ilícita, como previsão do grau de sacrifício do direito material e como será a recompensa, tendo em conta o justo processo, o qual deve ser a baliza do contraditório e garantia da verdade para além da dúvida do razoável.

É possível indicar critérios com média abstração para dar segurança jurídica, mediante reflexão do direito comparado e da prática brasileira; e, assim, apontar quando a prova aparentemente ilícita deveria ser estudada no plano da validade. O cuidado se explica por se tratar de norma de direito material, onde se divisa o justo título para se examinar o ato de produção de prova no plano da validade.

---

<sup>422</sup> CAMPOS, Roberto e MIRANDA, Gabriela. O fenômeno processual de acordo com os planos material, pré-processual e processual do direito: breves considerações do tema a partir (e além) do pensamento de Pontes de Miranda. **Coleção novo CPC. Parte geral**. DIDDIER, Fred (coord. geral). Salvador: juspodvim, 2015, p. 179-208. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39-41.

<sup>423</sup> idem, *ibidem*.

#### 4.5.3 Norma material probatória: garantia de proteção da liberdade, efetividade e livre desenvolvimento de personalidade

A divergência se a prova é norma de direito processual ou material é mais profunda do que a discussão entre a concepção estática e dinâmica das normas de nulidade.

A divisão estática entre norma processual e material assinalaria que a primeira é ligada a critérios de produção de outras normas e a segunda ao conteúdo das normas produzidas, por serem regras de conduta. A divisão dinâmica não se ligaria ao objeto em si da norma, mas à função dela em dado processo. P.ex., uma norma processual poderia ser o objeto do processo numa revisão criminal, transformando-se em material, quando se discute violação à regra de competência e se, por conseguinte, haveria a incidência da incompetência absoluta.<sup>424</sup>

Nesta tese, perfilhou-se que a norma probatória indica o conteúdo da decisão sobre prova e não simplesmente como a decisão deve ser produzida. É uma norma bifronte.<sup>425</sup> Para o processo criminal, o resultado da atividade probatória está no mesmo plano das atividades de admissão e de valoração das provas, sendo superficial qualquer separação estanque entre elas.<sup>426</sup> Ademais, não haveria distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova. Numa busca e apreensão, p.ex., indicam-se quais objetos são passíveis da medida e quando ela deve ser procedida ante a grave suspeita de crime. Trata-se de medida limitadora da liberdade do investigado e, portanto, não há como pensar uma coisa sem a outra.

Nessa passo, há ainda quem diga que a norma sobre prova se confunde com o próprio objeto material do processo, eis que não há como avaliar a restrição de liberdade sem a produção probatória. É uma assertiva para o processo civil e, com mais fundamento, para o processo criminal.<sup>427</sup>

A par dessa afirmação, em que pese a discussão se toda norma processual criminal é norma de direito penal, por todos os comentários, a prova se compõe de núcleo indiscutível a respeito dessa relação imbricada. O art. 2º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal indicia o ponto em destaque, ao aplicar o regime da norma mais benéfica para questões de fiança e de prisão

---

<sup>424</sup> BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro**. Tese de doutorado UFBA. <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17749>, acesso em 06/09/2020.

<sup>425</sup> *idem, ibidem*.

<sup>426</sup> OYA, Márcio Koji. Conceito e natureza jurídica da prova. **Revista de Processo**. Vol. 162/2008, agosto, São Paulo, p. 9-23.

<sup>427</sup> JULIOTTI, Pedro de Jesus. **Direito intertemporal processual penal**. São Paulo: Juarez de oliveira, 2007.

preventiva. Desta feita, para essas duas questões, ao réu se aplica a norma penal mais favorável no tempo.<sup>428</sup>

Nos EUA, há uma forma prática de tratar o problema, com vistas a garantir direitos de liberdade. Entende-se que uma lei processual que amplia as hipóteses de condenação — p.ex., questão probatória, especialização de competência etc. —, deve ser tratada como uma lei prejudicial ao acusado, submetendo-se ao regime de norma material e ao preceito da legalidade — norma prévia, taxativa e retroativa para beneficiar. Veja o caso *Calder vc. Bull* de 1798, que dava o efeito da irretroatividade para a regulamentação que ampliava hipóteses probatórias.<sup>429</sup>

Por outro lado, a norma probatória incide com primazia na situação processual, mas, do mesmo jeito, pode incidir antes, como numa constituição de prova autônoma entre particulares.<sup>430</sup> Observe-se que, em qualquer dos dois momentos, há referência ao direito material ao qual se quer ver provado como também se trata do espaço de privacidade contra quem se prova; sendo, portanto, de direito material.

No que tange ao ônus da prova, em tema criminal, haveria também uma natural vinculação ao direito material. Novamente, pode-se testar o "standard" de que, para condenar, deve-se superar o estado de dúvida além do razoável, para entender como o referido ônus repercute no direito material.

*A fortiori*, o processo penal é estruturado sob o ônus qualificado da acusação para provar a materialidade e autoria, afastando qualquer dúvida razoável sobre a tese condenatória. Já na fase vestibular do processo, a justa causa da ação penal se estrutura na presença qualificada de indícios, que vão além da teoria tradicional das condições da ação.<sup>431</sup> Obviamente, logo, mostra-se que a mudança na estrutura do ônus probatório teria uma relação direta com o grau de proteção da liberdade do acusado.

Nesse contexto, a indicação de critérios de justa causa para aproveitamento da prova aparentemente ilícita deve ser compatibilizada com a necessidade de pensar o tema probatório como

<sup>428</sup> Art. 2º À prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis. DL nº 3931/41.

<sup>429</sup> 1st. Every law that makes an action done before the passing of the law, and which was innocent when done, criminal; and punishes such action. 2nd. Every law that aggravates a crime, makes it greater than it was, when committed. 3rd. Every law that changes the punishment, and inflicts a greater punishment, than the law annexed to the crime, when committed. 4th. Every law that alters the legal rules of evidence, and receives less, or different, testimony, than the law required at the time of the commission of the offence, in order to convict the offender." JULIOTTI, Pedro de Jesus. **Direito intertemporal processual penal**. São Paulo: Juarez de oliveira, 2007, p. 31.

<sup>430</sup> BURINI, Bruno Corrêa. Normas processuais no código civil (e a disciplina da prova legal). **Revista do Instituto dos advogados de São Paulo**. Vol. 16/2005, Jul.-Dez., 2005, p. 95-115. Seria contraproducente a divisão de Chiovenda entre normas processuais gerais, relacionadas ao convencimento do juiz, e normas processuais particulares, vinculadas a relações jurídico-materiais. Ônus processual também seria pertinente a direito material, eis que influiria diretamente na forma de contar as teses de acusação e defesa e ser

<sup>431</sup> COUTINHO, Jacinto. **A lide e o conteúdo do processo penal**. E BADARÓ, Gustavo Henrique. As condições da ação penal. **40 anos da teoria geral do processo no brasil**. Orgs ZUFELATO, Camilo e YARSHELL, Flávio Luiz. São Paulo, malheiros, 2013, p. 397-429.

matéria de direito material, voltada a proteger o espaço de liberdade do sujeito ante o poder estatal que precisa ser efetivo, mas não arbitrário.

Ainda sim, o destaque dado para considerar a norma probatória como material é para jogar luzes sobre as expectativas jurídico-comunitárias que se tem sobre o uso dessas normas. Não se trata, portanto, apenas de uma questão de direito intertemporal.

O programa decisional dos tribunais, orientado para fazer justiça, deve considerar a necessidade de equilíbrio entre os valores individuais e comunitários, como síntese necessária para o livre desenvolvimento da personalidade.

A distinção entre regras de produção e uso da prova, tomada da prática jurídica alemã<sup>432</sup>, oferece rico arsenal para o intérprete investigar a causa eficiente do fato jurídico. Uma prova pode ter sua produção lícita — depoimento do réu, v.g. —, mas, se no futuro, o réu resolver se silenciar, o depoimento não poderá ser utilizado. De modo contrário, a produção da prova pode ser ilícita — busca e apreensão domiciliar sem autorização —, mas o uso poderá ser permitido, por considerações do tipo de direito material violado, assecuramento da efetividade processual etc.

O direito norte-americano, conforme já se viu, oferece, sob o ângulo da prevenção (“deterrence”), profícuas ilações de como conciliar o direito probatório com o zelo pela integridade do direito de propriedade e de intimidade. As emendas constitucionais no final do século XVIII serviram para syndicar os limites políticos do Estado contra o espaço de liberdade do cidadão.

A causa eficiente do ato-fato aparentemente ilícito, para produzir efeitos lícitos como ato do direito, constituindo nova situação jurídica, depende de enfrentar algumas evidências: o tipo de dano ao direito material, qual causa desse dano, como haverá recompensa ao longo da instrução probatória, como a matéria é relevante para a efetividade do processo, gravidade do crime etc.

Teorias que ajudam a entender quais são os direitos envolvidos numa situação jurídica prestam contributo para isolar uma das variáveis acima, que é a identificação do direito material e o seu respectivo titular. Assim, despontam as teorias do círculo correto de proteção (“rechtskreis”), a do fim da proteção da norma (“schutzzweck”), a do controle informacional, a das faculdades probatórias e, por fim, a teoria da ponderação, que serve como critério subsidiário, um meio de proteger as garantias de direitos de quem sofre medidas invasivas.

Toda essa construção teórica deve ser pensada para abranger os espaços de intimidade do sujeito, os quais podem ser representados com a tese das três esferas, assim reunidas: vida social, esfera privada e íntima esfera.

---

<sup>432</sup> AMBOS, Kai. **Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán** – fundamentación teórica y sistematización. Revista política criminal, vol. 04, nº 07, jul. 2009. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20110207\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110207_02.pdf). Acesso em 02/05/2020

O processo justo (“fair trial / fair verfahren”), onde se preza pelo contraditório e igualdade de oportunidades para influir no resultado final, é o suporte no qual atua a forma sentido. O processo justo é a consolidação de um programa decisional com expressivo número de reiteração de decisões de um mesmo teor, servindo de base para alteração parcial ulterior de expectativas normativas, sem resultar em traumáticas rupturas na relação entre o sistema jurídico e o meio ambiente.

O justo título, que permite antever situação jurídica lícita após a prática do ato probatório, convolvando o ato-fato ilícito para lícito, não é uma decisão casuística. O raciocínio de pensar sobre efeitos, por excelência método de investigação do pragmatismo filosófico, sintetiza questões de direito e de fato com a finalidade de verificar um sentido de justo no caso. Daí que, na fundamentação, seja importante considerar como o direito material foi visto, quais prejuízos foram encontrados e como tudo pode ser compensado.

Longe de ser um jogo estéril de palavras, a retórica material aplicada visa a apresentar nuances do caso, para que o sistema jurídico seja corrigido — uma recalibragem — e, por conseguinte, ver a licitude que estava oculta na aparente ilicitude. Como o fato passa a ser aceito pelo tribunal, a discussão muda do plano da existência para o da validade, sendo aceitável, destaque-se, que apenas em parte os efeitos sejam produzidos, se for o caso de uma nulidade parcial.

Porém, não é demasiado repetir, tal discussão está condicionada ao encontro do justo título do fato jurídico, que permita equacionar o problema no plano da validade das normas, onde haverá a discussão de nulidades e de valoração da prova.

É, portanto, um pressuposto metodológico, o qual vem antes de se discutir se a prova originariamente ilícita pode ser usada com base na fonte independente ou descoberta inevitável. Antes de serem aplicados os referidos institutos, é preciso mostrar que o sistema jurídico necessita de calibragem, correção, a fim de, em vez de excluir a atividade probatória, admiti-la com olhos a assegurar um processo justo.

Essa calibragem encontra no marco teórico das teorias dos sistemas campo fértil. O grande impasse da dogmática jurídica é como gerir a capacidade de dar respostas autônomas a problemas que também são explorados por sistemas extra-jurídicos. Como modular a vontade de intervir de outros sistemas (heterorreferência)?

A orientação contextual, como campo onde há concessões mútuas em favor da sobrevivência dos sistemas, desponta como uma solução possível. Em outras palavras, Teubner defende que as organizações e o uso de conceitos abertos (como as cláusulas gerais) são

respectivamente instituições e ferramentas que podem auxiliar os sistemas a se observarem reciprocamente e a promoverem interferências que gozem de reconhecimento recíproco.<sup>433</sup>

Nessa ordem de ideias, a atividade probatória, que serve de acoplamento estrutural entre diversos sistemas, irrita o sistema processual para garantir que uma decisão possa atender aos reclamos sociológicos da efetividade da justiça bem assim de proteção aos direitos humanos da pessoa. É um caminho em que não há solução do meio e é ligado de modo indubitável há um momento histórico. A busca do justo título parece atender a todas as peculiaridades aqui comentadas: necessidade de justiça motivada, discussão a respeito da validade do título subjacente ao fato jurídico, balanceamento do sistema, preocupação com efeito repercussivo da decisão e inserção desta no programa decisional.

---

<sup>433</sup> TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: fundação Calouste gulbenkian, 1989, p. 214-238.

## 5 METODOLOGIA DO JUSTO TÍTULO APLICADA AOS JULGADOS DO STF A RESPEITO DE PROVAS ILÍCITAS

### 5.1 Busca e apreensão: calibragem entre a intimidade e respeito à efetividade do processo

#### 5.1.1 Metodologia na coleta de dados: período (1988 a 2018) e quantidade de casos

De um modo geral, a pesquisa no STF revelou uma jurisprudência que, mesmo após o texto constitucional de 1988, não apresenta regras de mediana abstração e com razoável grau de previsibilidade sobre o uso da prova ilícita. Como natural, isso causa insegurança jurídica e merece um olhar mais detido.

Foram examinados vinte e sete acórdãos e um caso de repercussão geral, organizados entre 06/08/1996 e 24/08/2018, como *corpora* da pesquisa. Foram dez casos de tráfico de drogas; oito, de crime contra a administração pública; quatro, de crime contra ordem tributária; dois, de crime de responsabilidade de prefeito; um, de estelionato e falsificação de documento; um, de porte ilegal de arma de fogo; e um, de homicídio. O caso de repercussão geral é o desdobramento do caso analisado de tráfico de drogas.

A média de acórdãos analisados foram: a) quatro para cada ministro, seriam Gilmar Mendes, Edson Facchin e Celso de Mello; b) três, para Ellen Gracie; c) dois, para Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Néri Silveira; e d) um, para Sidney Sanches, Dias Toffoli e Sepúlveda Pertence.

Anexa à tese, há uma tabela, feita numa planilha de cálculos, em que se analisam os casos pelos critérios de referência argumentativa dogmática e político-moral. A pesquisa, nesse passo, foi qualitativa e quantitativa.

Os argumentos desenvolvidos ao longo dos acórdãos analisados podem ser alinhados em onze eixos-argumentativos. Todos os tópicos da tabela foram analisados. Assim, a escolha de alguns pontos representativos dos demais — Recurso Ordinário (RO) do Habeas Corpus (HC) nº 132062, RO do HC nº 85.286-6, embargos de declaração no HC nº 138.565 e HC nº 84679-3, todos do STF —, não prejudica a reflexão a ser feita na conclusão do texto. Foram feitos três subpontos, "a", "b" e "c", analisados nos pontos seguintes.

<b>Vinte e sete acórdãos e um caso de repercussão geral, STF: prova ilícita e busca e apreensão.</b>		
<b>Argumentos</b>	<b>Acórdão nº</b>	<b>Tipo de crime</b>
A garantia da integridade do domicílio pode ser relativizada se se respeitar o devido processo legal.	1. Inq 3990, 2. Inq 2245-4, 3. HC 84875-3, 4. Inq 4112 e 5. HC 84875-3, 6. Rcl 24473 e 7. Inq 4483	1. Crime contra a administração, 2. Crime contra a administração, 3. Crime de responsabilidade de prefeito, 4. Crime contra a administração, 5. Crime de responsabilidade de prefeito e 6 e 7. Crimes contra administração.
Entrega por não usuário de PC pertencente à Administração e necessidade de autorização judicial para analisar os dados eletrônicos.	8. RO HC 132062	8. Crime contra a administração.
Relativização da garantia se o local é usado para prática de crime.	9. RG RE 603616, 10. RE 603616, 11. Inq 2424, 12. RO HC 90376-2, 13. HC 847722,, 14. HC 76336-0, 15. HC 739211, 16. HC 006988	9 e 10. Tráfico de drogas, 11. Crime contra a administração, 12. Estelionato e falsificação de documento, 13. tráfico de drogas, 14. Tráfico de drogas, 15. Tráfico de drogas, 16 Posse irregular de arma.
Avaliar as condições em que o morador permite a entrada no domicílio.(As condições unívocas de permissão para entrada em residência.)	17. RO HC 85286-6 e 18. HC 138565	17 e 18. Tráfico de drogas.
MP também se submete à reserva de jurisdição.	19. RE 593727	19. Crime de responsabilidade de Prefeito.
Pode se discutir em HC a ilicitude da prova.	20. HC 106566 e 21. HC 87543-2	20. Tráfico de drogas e 21. Crimes contra a administração,
Conceito de casa e se pessoa jurídica merece proteção.	22. HC 106566 (vê 20.), 23. HC 103325	20. Tráfico de drogas e 23. Crime tributário,
Autoexecutoriedade do ato administrativo.	24. HC 103325 (vê 23), 25. HC 93050-6, 26. HC 82788-8, 27. HC 79512-9	24. Crime tributário, 25. Crime tributário, 26. Crime tributário e 27. Crime tributário
Causa irrelevante, para prescindir da autorização judicial. (Obediência às formalidades prescritas no mandado.)	28. HC 84679-3	28. Tráfico de drogas
PM cumprir mandado de busca e apreensão.	29. RE 404593-1	29. Tráfico de drogas
Denúncia anônima, para deflagrar investigação ou justificar o decreto condenatório.	30. HC 91350-4	30. Tráfico de drogas,

Neste capítulo, será aprofundado o caso "Entrega por não usuário de PC pertencente à Administração e necessidade de autorização judicial para analisar os dados eletrônicos.". Discute-se se a entrega voluntária do computador pessoal (PC) pode ser feita por agente da administração que

não é usuário direto da máquina. Prevaleceu o entendimento de que o PC pertence ao Estado, logo pode ser entregue pelo agente da repartição; ademais, cessado o fluxo de comunicação, os dados eletrônicos albergados no computador, em respeito à intimidade, são considerados documentos e suscetíveis de busca e apreensão.<sup>434</sup>

O argumento da defesa, construído em sede de Habeas Corpus (HC) , baseia-se em dois sentidos: 1. o mandado judicial ordenava a apreensão de computadores usados pelo réu na Procuradoria — ele era Procurador Chefe de uma unidade do Ministério Público do Trabalho —, sem especificar o computador. 2. O acesso a informações do PC dependia da quebra de sigilo de comunicação, mediante autorização judicial.

O fato é que o Procurador Chefe Substituto em exercício entregou computador que também continha informações pessoais do acusado e, nele, foi feita perícia por funcionários do Estado.<sup>435</sup>

### 5.1.2 Casos problemas de desrespeito da intimidade

	Caso	Problema
a	<b>"Entrega por não usuário de PC pertencente à Administração e necessidade de autorização judicial para analisar os dados eletrônicos."</b>	É justo condicionar o sucesso da busca e apreensão à anuência do titular do equipamento ou subordinar a polícia a um trabalho metucioso de identificar corretamente o equipamento?

Para a leitura dos articulados seguintes, registre-se que o termo prova é de definição polissêmica. Pode se entendido como: 1. evidência, no sentido de fatos que levam a concluir a respeito do problema jurídico; 2. no sentido de resultado do raciocínio jurídico prova; 3. como meios de prova ou meios de pesquisa de prova, p.ex., confissão e busca e apreensão; ou, por fim, 4. como fonte da prova, se a informação provém de pessoas ou coisas.<sup>436</sup> Ao longo deste capítulo, é comum que o conceito de prova, na maior parte das vezes, refira-se a evidências ou como meio de pesquisa de prova.

Quanto ao termo prova ilícita, convém repetir, foi entendido como ato-fato ilícito, eis que a ilicitude não depende do exame de vontade. O ordenamento jurídico, porém, em face da infinitude

<sup>434</sup> Art. 5º, X, CF - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>435</sup> Art. 5º, X, CF - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>436</sup> TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: marcial pons, 2014, 15-34.

de casos, cria mecanismos de calibragem, para assegurar o resultado justiça. Com esse rearranjo normativo, o ato-fato é albergado pelo direito como fato existente e válido; portanto, fato lícito, em que o elemento vontade ganha importância e o ato-fato passa a ser ato jurídico estrito senso.

A passagem do fato inexistente para o fato existente e válido se perfaz com o justo título subjacente ao fato jurídico. É preciso mostrar que, na comunhão de direitos e deveres em que se expressa a ordem jurídica, há valor positivo ao ponto de surgir uma relação jurídica com o cometimento do fato identificado como prova originariamente ilícita.

A existência da situação jurídica, onde há um plexo de direitos e deveres, é a consequência do justo título, o qual também é chamado causa eficiente dessa consequência.

A expressão aristotélica “causa eficiente” serve muito bem para indicar a passagem do ilícito para licitude, eis que assinala alguns requisitos da motivação da decisão necessários para o fato ser abraçado pelo direito e visto como apto para gerar situação jurídica. A análise pragmática do comportamento dos interessados permite que o fato seja visto sintaticamente e semanticamente como norma jurídica, abrangida pelo fato jurídico e a consequência. Tais pressupostos devem ser pensados antes de aplicar a fonte independente ou a descoberta inevitável, que são as hipóteses legais para uso da prova originariamente ilícita.

Por isso que, na reflexão acerca do justo título (*justu titulus*), deve-se pensar qual o direito material atingido e como o titular do direito será recompensado; tudo em benefício de especificar qual direito será favorecido.

Deve-se, por conseguinte, especificar o direito material e trazer a lume o bem jurídico protegido e aquele que sofreu parcial prejuízo. Enfim, resumir os interesses em tela, em contraste com o âmbito de proteção da norma.

O encontro exaustivo de evidências, perfilados na decisão, garantirá o controle público sobre a aplicação da regra de calibragem do sistema, legitimando que, em vez de ilicitude, o sistema qualifique o comportamento probatório como lícito.

O esquecimento desse pressuposto metodológico incute nas decisões uma desconfiança de que são subjetivas e arbitrárias, por levar à ocultação dos reais argumentos que conduziram o sentido do dispositivo.

Identificar o processo de calibragem do sistema celebra a riqueza do raciocínio jurídico, uma vez que a inexistência do fato para o direito não se trata de algo atemporal, mas de um rito lógico situado no espaço e no tempo. Desta feita, uma teoria binária como a semântica ou sintática, famosas, respectivamente, nos nomes de Pontes de Miranda e de Vilanova, podem se transformar em ternária, melhor dizendo, pragmática, em que se analisa a relação comportamental entre os participantes do discurso e o editor normativo.

Esse processo modular, entretanto, não é arbitrário, tampouco casuístico. Há uma tradição consistente em respostas reiteradas, cuja mudança de sentido em regra opera aos poucos, segundo a autonomia do direito. O sentido reiterado de decisões, incutido no programa decisional, garante racionalidade ao programa jurídico e evitar que o funcionamento da máquina seja visto como parcial.

A expressão de que o direito é uma “máquina não trivial”, em que as informações de entrada nem sempre correspondem a óbvias informações de saída, ilustra bem o funcionamento do sistema jurídico, o qual ainda conta com uma caixa-preta, onde não se sabe bem como o direito funciona. Não existe uma planificação exata na comunicação. Ao contrário, o ruído faz parte do complexo fenômeno da linguagem.<sup>437</sup>

Não é à toa, como dito nas linhas acima, que a jurisprudência norteamericana influenciou a Europa continental quanto ao magistério sobre regra de exclusão da prova ilícita e as exceções. Há casuismo inerente ao programa jurídico de questões polêmicas. Do magistério dos EUA, colhe-se que as influências político-criminais estão presentes na modulação da jurisprudência ao longo do tempo. Em outro vértice, está a jurisprudência alemã, forte em ensinamentos doutrinários de que o tema da prova ilícita deve ser pensado segundo o direito material. O mais curioso, nesse paralelo de experiências, é que elas duas confluem para admitir o uso da prova originariamente ilícita quando se não trata de violações graves, que violem a tradição jurídica nacional, e quando seja de grande valia para elucidar crimes de elevada importância social.

Voltando ao exame dos julgados, a linha teórica apresentada pelos ministros do STF é salpicada de referências político-criminais e de construção da decisão a partir do senso de justiça do caso concreto. Usaram de modo radical a máxima de Francesco Carnelutti, para dizer que a valoração da prova depende de raciocínio técnico-jurídico, mas depende também de bom-senso, para compreender a relevância jurídica e moral dos fatos.<sup>438</sup> Faltou—lhes, todavia, a apresentação metódica de como os fatos foram relidos pela Corte Suprema, a fim de promover a ruptura com raciocínios pretéritos.

A construção casuística da decisão é evidente. Emprega-se o desenvolvimento normal do direito imanente à lei, para lançar mão da analogia e outros recursos de ampliação semântica de decisões judiciais pretéritas.<sup>439</sup> E, indo adiante, utiliza-se o desenvolvimento para além do plano da lei, para invocar inovações que não podem ser identificadas no comando normativo.<sup>440</sup>

---

<sup>437</sup> TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 21-26.

<sup>438</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Tomo IV. 2ª ed. Campinas-SP: bookseller, 2009, p. 62-63.

<sup>439</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª edição. Lisboa: 1997, p. 540-555.

<sup>440</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª edição. Lisboa: 1997, p. 620.

A criação legal é feita com a recomposição dos fatos, de modo que aspectos de licitude apareçam mais do que os de aparente ilicitude, ou simplesmente com o uso de normas jurídicas de exceção para justificar uma decisão contrária ao texto de lei.

Ferrajoli abre instigante debate quando fala que a decisão jurídica obedece a certo regramento para produzir verdade. O contraponto à liberdade de interpretar os fatos e o direito passa pelo respeito a garantias formais do processo. O que se destaca, nessa senda, é que existe uma zona de criatividade insindicável para recriar os fatos e o direito, quando a prudência aponta quais elementos da história da vida e de outros saberes são importantes para incidir o regramento jurídico.<sup>441</sup>

Na hipótese "Entrega por não usuário de PC pertencente à Administração e necessidade de autorização judicial para analisar os dados eletrônicos.", no RO HC 132062, em 2016, vê-se como o ministro Marco Aurélio invocou precedentes cuja identidade de fatos, por si só, resultaria na solução do problema com a declaração de nulidade do procedimento, por força da prova carreada aos autos.

Ele pontuou que a construção de entendimento do tribunal é não admitir a apreensão de equipamento de informática sem a apresentação de mandado judicial com menção específica ao bem procurado, a fim de entrar em estabelecimento empresarial, prescindido-se de consentimento dos proprietários.<sup>442</sup> Ademais, ressaltou o ministro, a tradição do tribunal não permitia o acesso a dados sem autorização judicial. Esse fora um dos motivos para decretar a nulidade da prova colhida na AP nº 307, julgada em 13/12/1994, ação penal contra o ex-presidente da República Fernando Collor de Mello, na qual se determinou o desentranhamento de dados provenientes de microcomputador apreendido por fiscais da Receita Federal e por Policiais Federais, sem mandado judicial, além da devolução da própria máquina — pertencente à empresa VERAX, de PC Farias.<sup>443</sup>

Mas o argumento alinhado no voto vencedor de Edson Facchin foi no sentido de que a entrega do PC foi voluntária e que haveria uma especificidade. Quem entregou foi um agente público, já que o PC pertencia ao serviço do Estado, logo a teoria correta é a do órgão, eis que o agente representa o próprio órgão. E, como vige a impessoalidade no serviço público, qualquer agente poderia entregar, independente da referência do equipamento no mandado. Acrescente-se: a leitura dos dados provenientes do computador equivaleria à busca e apreensão judicial de um documento — e, por isso, dependeria de autorização judicial —, mas não se tratava de ordem para quebrar o sigilo de fluxo de comunicação.

---

<sup>441</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**. Teoria del garantismo penale. Roma: Laterza, 2000, p. 05-66.

<sup>442</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13902497>. Acesso em: 16/02/2019.

<sup>443</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324295>, p. 2179. Acesso em: 16/01/2019.

Utilizando argumento de Sepúlveda Pertence, Facchin atravessou a premissa de que a jurisprudência consolidada do tribunal, após os anos 2000, é de que a proteção do art. 5º, XI, CF, é sobre a comunicação de dados, e não dos dados em si, que podem ser acessados, caso se encontrem armazenados no dispositivo. — RE 418516, STF. Ademais, dados provenientes de comunicação, armazenados em PC, equivalem à prova documental (HC 103425).

Rosa Weber, cirurgicamente, a despeito de ser voto vencido, mostrou que o equipamento foi entregue pelo chefe da repartição. E isso violaria a expectativa de privacidade, segundo a leitura que fizera da doutrina consagrada pela jurisprudência norte-americana (*KATZ v UNITED STATES*, 1967). A suprema corte dos EUA permite a entrega da coisa sem mandado, se ela tiver uso compartilhado ou relação especial com o estabelecimento (*UNITED STATES v. MATLOCK*, 415 U.S. 164, 1974), mas, segundo a ministra, não é o caso do chefe substituto da repartição, que guarda uma relação alheia com o uso do computador anteriormente submetido a manuseio do chefe da unidade do MPT.

Observe-se que em jogo estavam o direito à privacidade e o respeito à unidade moral do serviço do público, — dicotomia que pode ser lida como contraposição entre o direito fundamental individual de intimidade e a expectativa de eficiência do resultado da investigação, para salvaguardar o bem penal. O computador em comento era usado por um procurador do Ministério Público do Trabalho, acusado de falsificar a assinatura de colega ministerial para praticar ato processual, cuja materialidade estava no computador apreendido.

A conclusão do julgamento demonstra um caso típico de evolução jurisprudencial, em que, por analogia, o raciocínio é ampliado para tratar hipóteses inicialmente diversas das previstas para a teoria — na espécie, a teoria do órgão abriu senda para a inovação; o caminho, sobretudo, justifica-se por preocupações político-morais de eficiência na persecução penal. Ademais, havia a nítida ideia de garantir o exame pericial da materialidade indireta do delito — ato processual ideologicamente falso —, para assegurar a eficiência do trabalho persecutório. Nesse passo, de uma analogia houve abstração para se criar um novo precedente.

Qual seria o fim do processo, proteger o direito individual de intimidade ou salvaguardar o coletivo de inibir a prática de nova infração para garantir a punição por violação de bem jurídico fé pública e outros? Não se pode olvidar que a comunicação é feita funcionalmente, isto é, o fluxo de entrada e saída da informação obedece a critério próprio do sistema por onde os dados circulam. Não é uma via peremptória; às vezes, é talhada pelos diferentes impulsos provocados pelo entorno, por conseguinte, autonomamente, uma mesma informação de entrada pode ser lida de diferentes

formas no curso do processamento.<sup>444</sup> Esse é o exemplo eloquente da caixa-preta dentro da máquina não-trivial e do modo como o fato pode ser recontado de diversas maneiras, destacando-se, conseqüentemente, diferentes aspectos de licitude.

O exame da tabela a seguir ilustra como é possível a variação de respostas do direito em face das provocações político-criminais.

	Caso	Problema
<b>b</b>	<b>As condições unívocas de permissão para entrada em residência.</b>	O flagrante de crime constatado após a entrada na residência elimina a dúvida para saber houve realmente permissão de ingresso em residência? O flagrante saneia vício de vontade?

No Recurso Ordinário do Habeas Corpus (HC) nº 85.286-6, STF, o impetrante já detinha condenação transitada em julgado, mas impetrou o pedido de soltura, alegando que a condenação tinha sido fundada em prova ilícita, consistente em entrada forçada em sua casa, oportunidade em que foram apreendidas armas de fogo, posteriormente periciadas, constatando-se indícios de autoria e materialidade de delito de homicídio. As autoridades, por sua vez, consideraram que a entrada fora consensual, sendo lavrado o flagrante posteriormente. Ainda que se discuta não haver mais flagrante do crime a que condenado o impetrante, havia o flagrante das armas, cuja propriedade era do Estado de SP.

O ministro relator, Joaquim Barbosa, considerou a existência de outras provas nos autos, que poderiam fundamentar a condenação. Nesse sentido, a capacidade de defesa não foi anulada com a aceitação da prova potencialmente nula.

Tacitamente e de modo retroativo, as ideias levantadas pelo ministro Joaquim Barbosa poderiam fundamentar de maneira analítica a questão do justo título para legitimar o uso da prova originariamente ilícita.

Nos embargos de declaração no HC nº 138.565, STF, o embargante pediu que fosse trancada a ação penal a que respondia, uma vez que a prova na qual se funda a ação judicial era ilícita, consistente numa busca e apreensão sem ordem judicial, que resultou na apreensão de vários papелotes de “crack” e uma porção de cocaína. Nesse caso, o relator considerou que essa era uma prova determinante para a defesa contra-argumentar e o flagrante no curso da busca e apreensão não tornaria a prova válida, apagando o vício originário.

<sup>444</sup> WIENAR, Norbert. **The control and the communication in the animal and the machine**. 3ª Ed. Cambridge: MIT, 1984, parte I, capítulo VII. Versão eletrônica. WIENAR, Norbert. **The human use of human beings**. Cybernetic and society. Da capo press, capítulo I, Cyberneti in history. Versão eletrônica.

Nos dois casos em comento, não foi secundado quais direitos processuais estariam em jogo.

No primeiro caso, porém, pode-se interpretar que a a ilicitude tenha sido considerada irrelevante, haja vista que não houve a exclusão das faculdades probatórias do acusado. Isto é, sob o ângulo do espaço de proteção da norma, viu-se que a prova poderia ser anulada, todavia a capacidade de defesa sobre outras provas foram determinantes.

Quanto ao segundo caso, deve ser destacado o contexto político-criminal do material do crime, eis que os papелotes de “crack” ilicitamente apreendidos eram em pequena quantidade e, gize-se, tratava-se de prova fundamental para a coleta de todas as demais, por isso a nulidade da prova implicava a nulidade do processo, uma vez que toda a capacidade da defesa fora reduzida em apreço a um bem comunitário — paz e saúde pública - cuja proteção demandava sorte de intervenção diferente do processo criminal.

Em acréscimo, desses dois casos importa verificar qual motivo legítimo justifica acreditar que houve o consentimento para entrada na casa, dispensando-se o pedido prévio de autorização do judiciário, com a consequente autoexecutoriedade da medida. A norma constitucional aponta as circunstâncias de fato que justificariam a violabilidade do domicílio:

"Art. 5º XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;"

O ponto é que a autoridade precisa apontar as razões que o fazem acreditar na existência dessas circunstâncias de fato. Essa oportuna observação foi levantada na Repercussão Geral (RG) em RE nº 603616, que ainda está sob apreciação do Colendo Supremo.<sup>445</sup>

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu decisão com efeitos além das partes para estabelecer um protocolo policial para caso de invasão de domicílio sem autorização judicial. A medida deve ser gravada com recurso audiovisual, documentada, se for o caso, com o registro de anuência livre do morador para ingresso em sua residência etc., documentação das circunstâncias que justificam a crença do crime em flagrante e das razões de urgência que impedem a espera da obtenção de um mandado judicial e outros fatores.

Se pudesse sumariar, dir-se-ia que é importante haver o registro material da causa que justifique o flagrante do crime, o desastre, o socorro ou a manifestação voluntária de consentimento,

---

<sup>445</sup> "RE 603616 RG/RO - RONDÔNIA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 27/05/2010 Publicação: 08/10/2010 Órgão julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-08 PP-01686 RJSP v. 58, n. 396, 2010, p. 163-168 RT v. 100, n. 905, 2011, p. 495-498 Matéria Criminal. Busca e apreensão em residência sem mandado judicial. Inviolabilidade do domicílio. Prova ilícita. Repercussão geral admitida."

além de dizer o motivo que demonstre o prejuízo à eficiência do ato, caso se espere pela determinação judicial; há requisitos materiais e temporais que devem ser minudentemente registrados para fins de controle posterior.<sup>446</sup> Essa decisão do STJ, da quinta turma, também repercutiu na sexta turma, HC nº 616.584, unificando o entendimento do Tribunal.<sup>447</sup>

Então, é preciso um controle judicial *a posteriori* a respeito das circunstâncias *ex ante* que eram do conhecimento do agente estatal e que justificaram o não pedido de ordem judicial. O termo "fundadas razões" do art. 240, §1º, CPP,<sup>448</sup> deve ser suscetível de ser averiguado posteriormente por terceiros.

Nesse contexto, elementos probatórios colhidos sem fonte de credibilidade (p.ex., fonte anônima ou suspeita de que há guarda ilícita de bem) devem ser corroborados por outros motivos mais objetivos e suscetíveis de exame posterior pelo judiciário.

Essa medida seria imprescindível para o juiz fazer o cotejo entre os bens jurídicos sacrificados, tanto da defesa quanto aqueles apresentados pelo acusação, consoante exposto no ponto da valoração da prova desta pesquisa. Motivos vagos ou falsos apenas indicam que a capacidade de defesa foi diminuída sem qualquer razão legítima, além de mostrar que o processo teve a sua instrumentalidade desviada, como ferramenta de contenção da violência estatal.

As "fundadas razões" seriam a justa causa, entendida, no direito norte-americano, como o motivo razoável da medida ou causa provável do mandado judicial.

Essa seria uma ótima referência do direito positivo para entender o que seria o justo título do fato jurídico. Instituto q teria o condão de promover a calibragem ou a reorganização da resposta adequada do sistema jurídico.

A identificação das "fundadas razões" permite que o intérprete possa fazer a inferência se o fato contém o justo título, como um conjunto de valores que o ordenamento jurídico protege e incentiva. Logo, mesmo se houvesse falhas procedimentais, estas poderiam ser relevadas a depender dos valores encontrados nas "fundadas razões".

	Caso	Problema
C	<b>Obediência às formalidades prescritas no mandado.</b>	Todos os requisitos do mandado devem ser observados??

<sup>446</sup> HC nº 598.051 - SP (2020/176244-9), STJ.

<sup>447</sup> <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06042021-Turmas-penais-unificam-orientacao-sobre-prova-de-autorizacao-do-morador-para-a-entrada-da-policia.aspx>.

<sup>448</sup> "Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: (...)"

A ideia de serem apontadas as circunstanciadas razões que justificam a entrada na casa também devem recair para o exame dos motivos de descumprimento das condicionantes postas em mandado de busca e apreensão.

No HC nº 84679-3, STF, o relator originário considerou ser o caso de invalidar a prova, porque o mandado de busca e apreensão foi cumprido com o apoio de duas testemunhas que eram policiais, contrariamente ao que determinou o juízo, dizendo que as duas testemunhas deveriam ser duas pessoas estranhas ao quadro de polícia. O relator originário, Marco Aurélio, votou no sentido de que a cautela do juiz foi para evitar abusos.

Entretanto, o relator para o acórdão, ministro Eros Grau, argumentou que, na falta de outras razões postas nos autos para justificar a referida cautela anunciada pelo relator originário, o descumprimento dela se constituiria em mera formalidade. Ademais, no contexto das ações, deveria ser levado em conta a apreensão de mais de uma tonelada de maconha em veículo ligado ao réu.

Faltou na hipótese uma análise dos motivos por que o mandado judicial não foi fielmente cumprido, quando se poderia cogitar da aplicação da exceção de boa-fé por parte do agente público, conforme desenvolvida no direito norte-americano. E, o que é mais importante, indicar como o direito de intimidade da defesa foi sacrificado. Uma vez mostrando que o descumprimento se deu por uma mera formalidade ou que, p.ex., no local não havia pessoas fora do quadro da polícia, o sacrifício do direito de defesa seria tomado como mínimo e não haveria prejuízo à instrumentalidade do processo.

Todas essas dúvidas se relacionam ao justo título do fato jurídico, o qual só pode ser evidenciado com a reunião maior possível dos detalhes dos fatos. Só assim se poderia passar da inexistência do fato — ou da sua existência enquanto ilícito — para considerá-lo como algo existente e válido. Utilizar referências de política criminal, sem maiores detalhes, pode soar que a decisão é casuística. Daí a importância da metodologia argumentativa, antes de aventar ser o caso de fonte independente, ou descoberta inevitável ou irregularidade. É o tipo de problema que não pode ser resolvido com a alegação de deduções conceituais. A distinção tradicional, p.ex., entre prova ilícita (que envolve direito material) e prova ilegítima (que envolve questão processual) pouco pode ajudar.

Ainda sim, os casos analisados nas letras "a", "b" e "c" mostram uma diferença de postura para o exame da prova ilícita entre os EUA (common-law) e o Brasil (sistema continental-europeu civil law). Num momento em que os sistemas tendem a se aproximar, por causa do intercâmbio comercial e cultural, pergunta-se o que há ainda de diferente. Será respondido a seguir.

### 5.1.3 *Epistemologia e incentivo de regras para a atividade probatória: diferenças entre o common law e civil law*

Neste ponto, serão destacadas as diferenças culturais entre a cultura norte-americana e europeia para tratar da gestão de provas. Apesar disso, mostrar-se-á que a atual similitude de regras leva a referendar a importância do contraditório e da igualdade de oportunidades como parte do processo justo. Por essa razão, as disposições normativas devem se aproximar, a despeito das distâncias epistemológicas entre as culturas.

A profusão de normas sobre o manejo da prova ilícita, seja norma legal, seja precedente jurisprudencial, é hoje uma característica comum entre os sistemas continental e anglo-saxão—veja-se, p.ex., os §§ 1º e 2º do art. 157, CPP, que se relacionam com as regras americanas da fonte independente e da descoberta inevitável. Sobra, entretanto, o diferencial como atitude com que cada operador do direito olha para a materialidade (evidência) das provas; decerto, atitude influenciada pelo incentivo de regras e costume jurisprudencial.

No sistema americano, existe uma tradição de os jurados debaterem o grau de confiança das informações veiculadas nas evidências durante o grande júri, o qual funciona como um juízo de viabilidade da acusação. A matéria é debatida e se almeja a unanimidade do colegiado; momento em que a discussão gira em torno da relevância do conteúdo informado e da retidão do meio de prova. Prevalece, em suma, uma epistemologia social,<sup>449</sup> em que se destacam o sentido de justiça e o que nesta tese se chamou justo título.

A regra 401 das regras federais de processo diz que a relevância de uma evidência depende diretamente de fazer um fato provado e de mostrar esse fato como consequência da ação probatória. Veja-se um exemplo. É claro que a relevância é marcada pelo contexto cultural e científico do momento. Mas, se uma evidência depende da confirmação de outras evidências, a relevância dela é diminuta, uma vez que pode causar confusão entre os jurados, mediante a formação de preconceitos etc; e, por isso, pode ser rejeitada como parte do acervo probatório, se não for devidamente debatida a confiabilidade da prova.<sup>450</sup>

Por outro lado, no sistema continental, existem regras formais que procuram delimitar a discricionariedade do julgador e o debate apenas ocorre via de regra durante a fase judicial.

---

<sup>449</sup> DAMASKA, Mirjam R. **Evidence law adrift**. New haven & London: yale university press, 1997, p. 43-57.

<sup>450</sup> “In this situation, probative value depends not only upon satisfying the basic requirement of relevancy as described above but also upon the existence of some matter of fact.”- p. 37. FISHER, George. **Federal rules of evidence**. 2013-2014. Statutory and case supplement. St Paul: foundation press, 2014, p. 37-41.

Prevalece uma epistemologia individual, em que o juiz tem de manejar as regras formais para justificar o resultado do processo como próximo do que seu estado mental diz ser correto.<sup>451</sup>

O arquétipo normativo do sistema continental traz dois problemas.

O primeiro é o da espontaneidade das ações — o civil law reduz a liberdade formal do juiz para pensar pela consequência.

E o segundo problema resulta no contato do juiz com a prova ilícita, que não pode mais ser apagada da sua consciência no momento de julgar, mesmo que a prova tenha sido excluída — como se fundamentará a seguir, por duas vezes, tentou-se inserir no ordenamento brasileiro a prescrição de que, conhecendo a prova ilícita, o juiz deveria sair do caso, mas houve infelizmente veto quanto à disposição. Como o conhecimento do juiz não pode ser contraditado, o tema traz uma completa vulnerabilidade de quem foi vítima da prova ilícita.

E aqui há um considerando, o qual só pode ser usado de "lege ferenda", haja vista o veto ao §4º do art. 157 e, agora, a polêmica em torno do §5º do mesmo artigo, cuja vigência está suspensa.<sup>452</sup>

Se a prova aparentemente ilícita é admitida e o juiz tomou pleno conhecimento dela, não há outro caminho, exceto afastar o juiz do caso. Em outras palavras, se o cotejo entre o valor probatório — medido pela capacidade de influir na convicção judicial — e o efeito prejudicial mostrar que prepondera o prejuízo para a parte adversa, não há meio de o juiz prosseguir. E o prejuízo se mede pela impossibilidade de a defesa argumentar, porque o fato prova é relativo à íntima pessoa ou porque é algo cuja informação é de baixa confiabilidade.<sup>453</sup>

Acredita-se que as diferenças entre as culturas jurídicas podem ser diminuídas, se não superadas, se houver esforços para se consolidar um processo justo, consoante visto a seguir.

#### 5.1.4 *Processo justo: superação das diferenças entre common Law e civil law*

O "standard of proof", a intensidade da prova, conforme já visto, varia de acordo com o tipo de crença no mundo da comunidade jurídica que irá, ao fim, validar a prova. Como se ensina, uma

---

<sup>451</sup> *idem, ibidem.*

<sup>452</sup> “Art. 157. (...) §4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.” (vetado. Razões do veto à lei nº 11. 690/08: “O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.”). §5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.” Por decisão cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, o ministro Fux suspendeu a vigência do pacote anticrime Lei nº 13.964/19, que inseriu o referido §5º no art. 157.

<sup>453</sup> STEWART, Hamish. The law of evidence and the protection of rights. IN: RENAUD-TANGUAY, François and STRIBOPOULOS, James. **Rethinking criminal law theory**. Portland: hart publishing, 2012, p. 177-192.

evidência empírica depende da coleta de dados sensíveis e do "background" ou "beliefs" (formação social e individual de crenças) de quem as julga.<sup>454</sup>

No procedimento de ataque e de defesa, se, de um lado, denota a parcialidade das teses que são apresentadas, conforme o interesse de cada qual, de outro, deve haver garantias de que cada parte terá condições de contestar a hipótese (tese) apresentada pelo outro. É a expressão mais legítima do processo justo, que retrata um conjunto dinâmico de situações em que se procura a toda hora trazer as partes para o equilíbrio de oportunidades.

Seriam garantias que formam o fundo material do devido processo legal, constituído pela oportunidade e condições de contraditar o outro, como manifestação da mais legítima proteção equitativa das partes.<sup>455</sup>

Nesse sentido, a limitação do tempo do processo exige que haja o filtro da relevância das provas de acordo com sua confiabilidade — daí a preocupação genuinamente americana com o testemunho de ouvir dizer ("hearsay") — e que as referidas provas sejam concernentes ao objeto do litígio (regra federal nº 801).<sup>456</sup>

As garantias processuais constitucionais da ampla defesa e do contraditório funcionam como pressuposto para ações de interpretar a norma e de reconstruir o caso, respectivamente, verdade jurídica e material, questão de direito e de fato, integrando o rol da epistemologia jurídica aceitável no processo. É a materialização do processo-sistema, visto como espaço redutor de complexidade da comunicação levada ao judiciário.

A admissão de uma prova ilícita, independente da nomenclatura legal usada para admiti-la, deve ter como fundamento o cálculo de que a pouca confiança da prova poderá ser testada pela parte adversa, assegurando-se o contraditório. Se não for possível esse teste de risco, é de se concluir que a prova é inadmissível, por quebrar o processo equitativo.<sup>457</sup> Repita-se, é o que os italianos chamam de processo justo.<sup>458</sup>

---

<sup>454</sup> HAACK, Susan. **Evidence matters**. Science, proof, and truth in the law. New York: Cambridge university press, 2014, p. 1-47.

<sup>455</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. **O bill of rights americano: reflexos no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: DelRey, 2006, p. 437-508.

<sup>456</sup> Rule 801. Definitions That Apply to This Article; Exclusions from Hearsay. Primary tabs. The following definitions apply under this article: (a) Statement. "Statement" means a person's oral assertion, written assertion, or nonverbal conduct, if the person intended it as an assertion. (b) Declarant. "Declarant" means the person who made the statement. (c) Hearsay. "Hearsay" means a statement that: (1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and (2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement. (d) Statements That Are Not Hearsay. A statement that meets the following conditions is not hearsay: (...)

<sup>457</sup> STEIN, Alex. **Foundations of evidence law**. New York: Oxford university, 2005, p. 225-238.

<sup>458</sup> MAZZA, Oliviero. **Il garantismo al tempo del giusto processo**. Milano: guiffè, 2011, p. 3-38. "la costituzione sancisce che solo il rispetto del metodo del contraddittorio nella formazione della prova è capace di garantire il raggiungimento del risultato rappresentato dalla ricostruzione dei fatti e delle eventuali responsabilità, così come ipotizzati dall'accusa.", p. 04

Dito de outra forma, uma prova não pode ser admitida quando trazer ao processo o risco potencial de não poder ser contraditada, independente da relevância do seu conteúdo. O motivo da impossibilidade pode ser a ausência de condições materiais ou a impossibilidade de a intimidade do sujeito ser objeto do processo. Como já se viu, essa reflexão deve ser feita de modo o mais detalhado possível, indicando o grau de sacrifício do direito material de quem terá a prova usada contra si e como conciliar esse sacrifício com a finalidade do processo, a título de instrumento de proteção de garantias individuais.

O processo equitativo (justo) como norte da relação de acusar e defender serve como garantia tanto de um pensamento por consequência quanto daquele que interpreta as normas para chegar ao resultado que considera justo. Afinal de contas, nenhuma abordagem sobre o modo de decidir pode abdicar de considerar questões políticas, éticas etc., inerentes ao ato de tomar posição sobre a vida. Esse é um conceito substantivo de justiça, que pertence ao civil e ao common law.<sup>459</sup> Em arremate, é certa a posição de achar que o sistema de aceitação e de exclusão de provas ilícitas deve ser evidencialista (baseado nas evidências do caso) e previdente com a expectativa do que se espera de um processo criminal.

O processo é o instrumento pelo qual se realiza o controle social, em paralelo às relações jurídico-materiais. Essa dicotomia foi anotada por Herbert Packer em 1971, para mostrar que o processo deve se afastar de dois extremos. O primeiro de considerar o espaço processual como uma arena de confronto entre teses morais; o outro, como um lugar alheio às discussões político-morais.<sup>460</sup>

Interessante sublinhar que o texto de Packer foi escrito logo após o período da Warren Court, em que se fortaleceu o sistema de garantias do processo. De um lado, tem-se o modelo focado na eficiência investigativa e na instrução judicial; de outro, um modelo que limita a discricionariedade judicial em nome de garantias individuais contra o arbítrio livre dos agentes de Estado.

Essa equação ainda é útil para entender o processo, a despeito de vários avanços que foram feitos sobre a matéria. O processo não é um espaço neutro aos conflitos sociais. As interpretações podem ser influenciadas pelo papel das agências estatais de persecução, pelos interesses das organizações do circuito jurídico, pela seletividade social e econômica das ações, pela maior participação da vítima no processo etc.<sup>461</sup>

---

<sup>459</sup> DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**. New York: yale university, 1986, p. 27.

<sup>460</sup> PACKER, Herbert. The aims of criminal law revisited: a plea for a new look at substantive due process. **Southern California law review**, 44(2), 1971, p. 490-498.

<sup>461</sup> STRIBOPOULOS, James. Packer's blind spot: low visibility encounters and the limits of due process versus crime control. IN: RENAUD-TANGUAY, François and STRIBOPOULOS, James. **Rethinking criminal law theory**. Portland: hart publishing, 2012, p. 193-216.

### 5.1.5 *Processo como sistema e atividade probatória como acoplamento estrutural: encontro do ponto de calibragem sistêmica*

Importante recordar que o sistema jurídico modula a comunicação por meio das organizações, que são os tribunais, centro onde se encontram várias influências intersistêmicas, as quais são reduzidas mediante seleção e reestabilização provocadas por um programa decisional autônomo. Dessa forma, há uma redução de possibilidades no mundo (complexidade) por meio da seleção interna do próprio sistema.<sup>462</sup>

A modernidade, pontua Luhmann, abre espaço para a individualidade das observações, comumente testadas por indivíduos e organizações,<sup>463</sup> mas, por outro lado, a leitura individual/organizacional é também objeto de leitura pelo próprio sistema e por outros sistemas.<sup>464</sup> Isso denota a complexidade atual.

A complexidade, ante a variação de respostas possíveis (contingência), forma zonas de inclusão e exclusão, em que determinadas soluções se encaixam parcialmente entre os critérios de produção de dois ou mais sistemas, porém não pode isoladamente ser alojada em nenhum dos sistemas, por estar fora dos padrões de aceitação isolada de cada um deles.<sup>465</sup>

Por isso se fala da importância da orientação contextual, consistente num acoplamento estrutural entre sistemas, de sorte que as observações de um e de outro sistema estejam sempre no regime de tolerância e de busca de acordo, sob pena de mútuo prejuízo.<sup>466</sup>

Política e direito podem não estar em harmonia, principalmente em áreas como o Brasil, onde as forças políticas ainda tentam se sobrepor a instituições por meio de redes de corrupção e de criminalidade.<sup>467</sup>

A abertura pelo diálogo tentaria construir caminhos de coesão pelo convencimento de que a não superação de divergências levaria ao fim da própria identidade dos sistemas, na medida em que haveria o comprometimento das funcionalidades, direcionadas a absorver a complexidade do entorno e entregar soluções que assinalem a importância do próprio sistema.

<sup>462</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980, 37-48 e 109-114.

<sup>463</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática**. Vol. I. Estrutura social e semântica. Petrópolis, RJ: vozes, 2010, p. 139-214. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010, p. 61-106.

<sup>464</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>465</sup> MASCAREÑO, Aldo. Diferenciación, inclusión/exclusión y cohesión en la sociedad moderna. **Revista CIs**, nº 17, , segundo semestre de 2014, p. 08-25.

<sup>466</sup> MASCAREÑO, Aldo. Sociología de la intervención: orientación sistémica contextual. **Revista Universidad de Chile**, nº 25, septiembre, p. 1-33. 2011. LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis, RJ: vozes, 2010, p. 271-292.

<sup>467</sup> MASCAREÑO, Aldo. **Diferenciación y contingencia en América Latina**. Santiago: universidad Alberto Hurtado, 2010, p. 149-182.

Para fechar o ponto, aplicando essas lições ao direito, o diálogo intersistêmico garante o mínimo de funcionalidade para o processo enquanto sistema, consubstanciado no respeito ao processo equitativo entre as partes, com a possibilidade de as provas apresentadas poderem ser efetivamente confrontadas, sem desrespeito à intimidade, posta como garantia constitucional fundamental e sem abrir mão de influências heterorreferentes, a exemplo das questões econômicas, políticas etc.

O mínimo jurídico é o cumprimento do programa condicional como razão de ser do direito, por força da autopoiese que gera um programa condicional que observa o mundo.<sup>468</sup> A leitura feita pelo sistema processual pode ser objeto de novas observações de segunda, terceira ordem e assim por diante, concluindo modos próprios de ver o mundo e que poderiam ser de outra forma (“re-entry”). Essa atividade em que se escolhe por necessidade uma forma, mas não exclui teoricamente a possibilidade de ser de outro modo, é conhecido como “ordern from noise” ( e não “order from order” ou “order from disorder”)<sup>469</sup>

A criação de espaços menores de regulação, portanto, facilitaria a demonstração da externalidade de discursos que, num primeiro momento, chocam-se.<sup>470</sup> O objetivo é fomentar o diálogo, de modo que o direito possa assumir o papel de coordenador dos interesses de poder ou de moral, religioso etc., no exercício de atividades probatórias — que funciona como verdadeiro acoplamento estrutural —,<sup>471</sup> onde as bordas dos outros sistemas tangenciam-na.

É de se alertar que produção sistêmica a partir de critérios próprios (autopoiese) perde a capacidade de se comunicar se se isola do mundo. Isso ocorre sobretudo de dois modos: de um lado, quando apenas examina seus critérios próprios sem observar as heterorreferências do entorno; de outro, quando os critérios do entorno se sobrepõem ao código sistêmico. Em qualquer dos casos, a falta de controle da entropia faz o sistema perder a sua funcionalidade e morre<sup>472</sup>

---

<sup>468</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010, p. 299-324.

<sup>469</sup> LUHMANN, Niklas. Legal argumentation: an analysis of its form. **The Modern law review**. Vol. 58. May de, nº 03, 1995, p. 285- 298. GÜNTHER, GOTTHARD. Cybernetic ontology and transjunctional operations.. **Vordenker**. February, 2004. p. 01-62.

<sup>470</sup> TEUBNER, Gunther. Recht als autopoetisches System Frankfurt am Main: suhrkamp, 1989, p. 149-185. “Das “Weisungsrecht” der Obergesellschaft einer solchen der untergesellschaft isto geradezu die Verkörperung einer solchen Netzwerkbeziehung, die nach klassischem Gesellschaftsrecht eigentlich illegitim ist. Zugleich wird deutlich, dass sich in der de-facto-konzernverfassung asymmetrien herausgebildet haben. Deren korektur wird aufgaben eines kunftigen konzernrechts bezeichnen”, p. 182. As correções da troca de informação entre as diversas sociedades funcionam numa espécie de rede, em que efeitos negativos da conversa são eliminados, a partir da coordenação de uma sociedade de coordenação.

<sup>471</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: herder, 2006, p. 615-624.

<sup>472</sup> MASCAREÑO, Aldo. La crisis como control de hipertrofia sistémica y la función del derecho. Revista direito Mackenzie. vol. 11, nº 2, 2017, p. 112-38.

## 5.2 Compartilhamento indevido de dados: proteção da titularidade do dado e efetividade processual

### 5.2.1 *Apanhado geral do problema: uso não autorizado dos dados*

É importante relembrar comentário feito na introdução desta tese. O julgado abaixo foi estudado para verificar a hipótese do trabalho, haja vista que se trata de um tema novo e a decisão do STF se constituiu em referência para a prática jurídica.

No RE nº 1.055.941, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, vencido Marco Aurélio, esposou a seguinte tese acerca do compartilhamento de dados:

"Decisão: O Tribunal, por maioria, aderindo à proposta formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.", vencido o Ministro Marco Aurélio, que não referendava a tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 04.12.2019.

O aresto se inseriu numa longa discussão, iniciada nos idos de 2000, sobre o compartilhamento de dados entre a Receita Federal (RFB) e o Ministério Público (MP).<sup>473</sup> Ao debate foi acrescentado o compartilhamento de dados entre o Conselho de Atividade Financeira (COAF)<sup>474</sup> e o MP.

---

<sup>473</sup> Adi nº 2859/2016, STF.

<sup>474</sup> O COAF é uma Unidade de Inteligência Financeira (UIF) do governo federal que atua principalmente na prevenção e no combate à lavagem de dinheiro, tendo, por força do art. 15 da Lei nº 9.613/1998, o dever de comunicar às autoridades competentes a notícia de crime de lavagem e de outros crimes.. Após forte embate político, em 2020, o órgão saiu do Ministério da Fazenda para se vincular ao Banco Central — Lei nº 13.974/20.

De modo didático, teríamos o quadro abaixo:

Compartilhamento de dados	Fundamento legal	Fundamento jurisprudencial
<b>A RFB pode enviar dados para o MP, a título de Representação Fiscal Penal (RFP)</b>	Art. 198, §1º, I e II, § 2º e § 3º, I, CTN; art. 83, Lei nº 9.430/1996; art. 9ª da LC nº 105/2001	RE nº 1.055.941/SP (Aguarda julgamento final), STF; RE 1.090.750/SP, STF; RE 1057.667, STF.
<b>O COAF pode enviar dados para o MP, por meio de relatórios não detalhados.</b>	Arts. 9º, 10 e 15 da Lei nº 9.613/1998.	RE nº 1.055.941, STF
<b>O MP não pode requisitar dados diretamente ao COAF e à RFB. Depende de prévia ordem judicial.</b>	Com o art. 38 da Lei nº 4.595/1964, era possível, mas ela foi revogada.	RHC nº 20.329, STJ; RHC 26.236/RJ.
<b>A RFB pode solicitar dados a órgãos financeiros</b>	Art. 8º da Lei nº 8021/1990; art. 11 da Lei nº 9.311/1996; art. 198, §1º, II, CTN; LC nº 105	Adi nº 2.310, 2397, 2386 e 2859, STF; RE nº 601.314, STF;

Convém pontuar algumas situações para facilitar a discussão posterior acerca do uso da prova ilícita e a exceção da descoberta inevitável.

A primeira. A transferência de informações sigilosas pela RFB e pelo COAF implica manter o sigilo dos dados entre autoridades em que houve o compartilhamento e, obviamente, isso também se aplica ao MP— art. 26, §2º, Lei nº 8.625/93; art. 8º, §1º, LC nº 75/1993.

A segunda. É possível que as informações compartilhadas pela RFB sejam usadas para apurar crimes que não sejam eminentemente fiscais? A princípio não seria possível, pois o compartilhamento cumpre uma finalidade específica, que é a de comunicar os indícios da prática de crime fiscal. Nos termos do RE nº 601.314, STF, haveria a necessidade de um pedido judicial, caso houvesse a necessidade de usar os dados para investigar a materialidade de crimes não fiscais ou não diretamente relacionados aos dados compartilhados pela RFB — ponto que será melhor analisado a seguir.

O raciocínio seria o mesmo, se o MP, sem qualquer comunicação prévia com a Receita, resolvesse colher informações fiscais para melhor investigar a materialidade de crime. Não haveria como pedir os dados diretamente, sem pedido judicial. A jurisprudência do STJ já abordou o tema por diversas vezes, anotando a necessidade de prévia ordem judicial para a coleta de dados.<sup>475</sup>

<sup>475</sup> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EVASÃO DE DIVISAS E SONEGAÇÃO FISCAL. QUEBRA DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. AUTORIZAÇÃO JUDICIÁRIA PARA COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS EM OUTROS INQUÉRITOS QUE NÃO SE ESTENDE A FUTURAS QUEBRAS DE

A terceira. O Relatório de Inteligência Financeira (RIF) do COAF não explicita dados fiscais/financeiros, por isso eles podem ser compartilhados diretamente entre o COAF e o MP. Caso este queira ter acesso a informações detalhadas, depende de prévia autorização judicial.

Essas três situações devem ser ilustradas com alguns detalhes.

Toda a comunicação de dados deve ser documentada e feita com a abertura de procedimento no qual se registre a finalidade por que está se pedindo o compartilhamento de dados. Obviamente, isso não existe se houver o encontro fortuito de dados entre os que foram pedidos regularmente. Nessa última senda, de encontro fortuito, seria possível o uso, se o encontro revelasse crime grave, sem necessidade de protocolo quanto à abertura de procedimento.

Na hipótese da RFB enviar dados para o MP, a famosa Representação Fiscal Penal (RFP), é imprescindível que, antes, a Receita tenha encerrado o procedimento fiscal apuratório da irregularidade, a fim de confeccionar a RFP — Art. 198, § 1º, I e II, § 2º e § 3º, I; e art. 199, todos do CTN.<sup>476</sup>

Se o MP resolve requisitar uma informação diretamente à RFB ou ao COAF, mesmo que dependa do concurso da ordem judicial, também deve ter procedimento de investigação formalizado — arts. 7º e 8º, da LC nº 75/98, entre outros.<sup>477</sup>

SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. REQUISIÇÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. RECURSO PROVIDO. 1. Os membros do Ministério Público, no uso de suas prerrogativas institucionais, não estão autorizados a requisitar documentos fiscais e bancários sigilosos diretamente ao fisco e às instituições financeiras, sob pena de violar os direitos e garantias constitucionais da intimidade de da vida privada dos cidadãos. 2. A despeito de o sigilo das informações fiscais e bancárias não ser absoluto, uma vez que pode ser mitigado quando haja preponderância de interesse público, notadamente da persecução criminal, o próprio texto constitucional (art. 5º, inciso XII) exige a prévia manifestação da autoridade judicial, preservando, assim, a imparcialidade da decisão. 3. A autorização judicial para compartilhamento de dados e documentos obtidos nos autos de inquéritos policiais já instaurados, não válida, absolutamente, a futura requisição de dados sigilosos diretamente ao Fisco ou às Instituições Financeiras. 4. Recurso provido para determinar o desentranhamento dos autos das provas colhidas diretamente perante o Fisco sem autorização judicial. (RHC 26.236/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 01/02/2010).

<sup>476</sup> "Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. § 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. § 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. § 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a: I – representações fiscais para fins penais; II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; III – parcelamento ou moratória. Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio. Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos."

<sup>477</sup> "Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: I - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos; II - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar

Lembre-se da situação que levou o STF a se pronunciar a respeito da legalidade de compartilhamento de dados entre o COAF e o MP, na RE nº 1.055.941. O Senador Flávio Bolsonaro peticionou ao STF, no curso do RE, pedindo que houvesse uma ampliação do objeto de julgamento. Em vez de se analisar apenas a legalidade de compartilhamento de informações entre RFB e MP, pediu que também se tratasse do caso do COAF.

Afora o inusitado meio processual usado pelo Senador, para o STF se debruçar sobre o tema, importante sublinhar as circunstâncias de fato do pedido. A necessidade de ampliação do objeto de julgamento se deu em face das várias trocas de e-mails entre o MPRJ e o COAF. Os e-mails foram posteriores ao envio da RIF e, neles, o MP pedia informações complementares, que, segundo a visão do Senador, implicaram a quebra do seu sigilo fiscal e financeiro sem prévia ordem judicial.

É comum que o membro ministerial, de posse de uma notícia de crime, especialmente crime econômico, comece a investigar por fontes abertas de dados<sup>478</sup> e por coleta de testemunhos, apurando se existe grupo econômico, quais empresas deveras existem e produzem licitamente riquezas, quem são os controladores da atividade etc.<sup>479</sup>

Formada uma visão geral sobre o caso, a tendência é que haja o aprofundamento da investigação, com o pedido de compartilhamento de dados entre instituições de controle. É possível, inclusive, que, com os novos dados, a investigação seja ampliada ou sofra profundas alterações.

Nesse ritmo, é normal que a investigação se depare com requisitos normativos mínimos, que devem ser atendidos para acessar os dados. Além dos já ditos, como existência prévia de procedimento e pedido ao judiciário, o MP deve pontuar a importância da informação perseguida, de modo a justificar a flexibilização dos direitos fundamentais de intimidade do investigado.

### 5.2.2 *Livre desenvolvimento da personalidade e proteção de dados no Brasil*

No caso em que a defesa questiona o modo pelo qual a informação foi obtida, ou se o juiz verifica que houve falhas, deve proceder ao confronto de estados processuais entre acusação e

provas; III - requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas. Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada; II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas; IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas; (...)"

<sup>478</sup> A consulta a informações cadastrais, informações de composição societária, p.ex., não estão submetidas a sigilo. São dados abertos.

<sup>479</sup> Roteiro de atuação da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, que cuida de dar orientações gerais em matéria criminal aos membros do Ministério Público Federal. Em específico, roteiro de atuação em casos de crimes patrimoniais. <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes>. Acesso em: 02/05/2020.

defesa, a fim de verificar o grau de prejuízo que a defesa vai sofrer, com impacto na sua esfera de liberdade. Quanto mais rica essa análise, mais se afasta a tese de que a decisão foi puramente subjetiva.

A proteção da intimidade e do livre desenvolvimento da personalidade impõem a separação entre os serviços de inteligência, prevenção e repressão. O primeiro está preocupado em colher informações independente da notícia de dano, ao tempo que o segundo já trabalha com o risco de dano e, por fim, o terceiro é a atuação do Estado em face do dano já materializado.<sup>480</sup>

A comunicação entre esses serviços, sem o controle prévio do Judiciário, depende de previsão em lei e justificativa para dizer o porquê da intimidade ter de ceder em favor da atividade estatal. P.ex., quando a Receita envia RFP para o MP, tem como finalidade noticiar crimes fiscais e o envio deve obedecer condições de rastreabilidade impostas na materialização de procedimentos de controle do arbítrio estatal por parte dos órgãos que compartilham os dados.

Desse modo, a atividade de inteligência do Estado não pode ceder gratuitamente dados para os órgãos de investigação penal. Do contrário, como poderia a pessoa controlar a imagem social que os outros teriam dela?<sup>481</sup> Esse é o cerne da teoria do controle informacional, como manifestação de respeito à subjetividade do mundo liberal, e já amplamente discutida quando se analisaram os direitos materiais que poderiam evidenciar o justo título do fato jurídico.

Segundo Wolter, também não poderia haver o arrasto coletivo de dados sem um propósito prescrito em lei, como a coleta de todas as informações cadastrais sem referência aos titulares dos dados (“anonimizada”)<sup>482</sup>, com a finalidade de investigação criminal ou de traçar tendências de políticas pública voltadas para área de segurança em determinado local — v.g., uso de cadastros de inadimplência com cadastros de empresas de telefone etc.

Em contraste com o ensinamento do prof. alemão, útil destacar que, no Brasil, à míngua de lei que discipline o tema, os órgãos de segurança pública cada vez mais usam bancos de dados de acesso público para otimizar informações em face de investigações, traçando tipos de fraude, como identificar o *modus operandi* de espécies de crimes etc.

A separação entre coleta de dados, uso e compartilhamento é para evitar o poder absoluto do Estado, o qual deve ter autorização para coletar e para tratá-los (usar).<sup>483</sup>

---

<sup>480</sup> WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 159-209. A possibilidade de riscos serem irreversíveis faz com que a cada dia se aumentem as redes dos serviços de inteligência, tornando o Estado detentor de informações à revelia dos titulares dos dados. PITSCHAS, Rainer. **Kriminalprävention und “Neues Polizeirecht”**. Berlin: Duncker & humblot, 2002, p. 25-34.

<sup>481</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1983, p. 20-45.

<sup>482</sup> Lei nº 13.709/2018. Art. 5º (...) III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

<sup>483</sup> Veja-se, p.ex., o risco de um polícia que controla a vida das pessoas.

Forte nessa premissa, em 2018, o Brasil começou a disciplinar o tema. O art. 23 da Lei nº 13.709/18, conhecida como lei geral de proteção de dados, concretizou os princípios do prévio consentimento do titular para uso do dado e necessidade da existência da obrigação legal de quem vai tratá-lo (usar). Assim, não basta a existência da norma de competência, uma vez que o órgão competente também precisa da previsão legal, para que o uso seja autorizado.<sup>484</sup>

Do mesmo modo, em período anterior, a Lei 12.965/2014, marco civil da internet,<sup>485</sup> disciplinou a proteção de dados pessoais e o sigilo das comunicações entre usuários de internet. Dados colhidos na rede mundial não podem ser usados sem a autorização do titular, exceto se pertence à rede aberta de consulta.

A grande discussão é quando as divisões legais falham, p.ex., quando os órgãos de persecução conseguem dados sem prévia autorização do titular, ou obtém informação por encontro fortuito ou quando os dados são usados para finalidade diversa da que inicialmente justificou a coleta de informação. Essas questões serão logo examinadas.

### 5.2.3 Aplicação da metodologia de calibragem do justo título no compartilhamento de dado

Os três casos a seguir detalhados tratam de produção ilícita de prova e só podem ter a sua valoração permitida, no âmbito da validade, se for encontrado o justo título do fato jurídico, a fim de que possa ser feita a reflexão do efeito a distância das provas, momento em que se verificará a capacidade processual da defesa em contra-argumentar. São balizas do processo justo, cujo padrão de argumentação deve alinhar o âmbito de proteção da norma processual e a capacidade de defender do acusado.

---

<sup>484</sup> Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; (...) Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 ([Lei de Acesso à Informação](#)), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que: (...)

<sup>485</sup> Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

O primeiro caso, que é a obtenção dos dados sem obedecer parâmetros legais pura e simplesmente, é repellido pela jurisprudência,<sup>486</sup> uma vez que o uso da prova abriria a janela para a completa desconsideração do papel do judiciário como garantidor da intimidade.

Em termos de prevenção (deterrence), implicaria o estímulo para abusos investigativos, falta de segurança jurídica e quebra de confiança no controle judicial. A situação se agrava se o dado pudesse ser obtido de outro modo, respeitando os protocolos legais, pois se revelaria o intuito deliberado de negar a lei. O espaço de proteção da norma seria reduzido a nada sem qualquer contrapartida. O esvaziamento da faculdade processual de apresentar prova seria demonstrado em nome da impossibilidade da defesa prever a atuação processual de quem apresentou as provas.

A segunda hipótese é mais sofisticada, já que os dados, em tese, seriam obtidos de modo lícito, porém, analisando os detalhes, verificou-se a existência de indício de crime diverso do que justificou o pedido da informação. E aqui é preciso separar o verdadeiro encontro fortuito da descoberta quase intencional.

Em alguns casos, é previsível que a informação nova seria obtida, como, numa investigação sobre tráfico de drogas, fosse feito o pedido de declarações de renda adrede produzidas fraudulentamente e, *a fortiori*, de posse das declarações, se encontrasse elevados indícios para crimes de lavagem de dinheiro. O encontro fortuito de dado não impede o uso da prova se ela indicar a prática de crime grave ou se tiver forte conexão com o crime apurado, também de qualificada gravidade.<sup>487</sup>

Assim, a descoberta intencional não pode resultar num atalho para burlar a lei, consistente em pedir dados com base num crime menor, já esclarecido, para colher informação de um crime ainda pouco esclarecido, que, por si só, não teria condições probatórias para justificar um pedido de quebra da intimidade.<sup>488</sup> A titularidade do controle informacional é quebrada em razão da gravidade dos crimes e pelo fato de os dados terem chegado sem iniciativa do Estado.

---

<sup>486</sup> "Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.(REsp 1134665/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)" "1. O sigilo que protege os dados contidos em documentos fiscais decorre de lei e deve ser observado tanto pela Administração Pública quanto por empresas privadas e particulares que eventualmente venham a ter acesso a tais dados, caso não haja permissão prévia do titular do documento para sua divulgação.(RHC 122.840/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 16/03/2020)"

<sup>487</sup> HC 106152; HC 167550 AgR; HC 137438 AgR; todos do STF. Parte da doutrina, entretanto, diz que a prova descoberta poderia ser usada para iniciar uma investigação, mas não poderia justificar uma condenação, com o intuito de evitar conexões fraudulentas. SILVA, Jardel Luís da e FELIX, Juri. Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 111/2014. Nov.-dez., p. 209-226.

<sup>488</sup> WOLTER, Jürgen. O inviolável e o intocável no direito processual penal. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 159-209. WOLTER, Jürgen. **Datenschutz und Strafprozeß**. In: ZStW 107 (1995). Heft 4.

Quando se perquirir pelo justo título do fato a princípio ilícito, consistente no encontro fortuito da prova, é preciso analisar o direito informacional envolvido e se houve o malferimento de dispor do referido direito sem o prévio consentimento informado do titular do dado. Ademais, deve-se verificar a boa-fé dos agentes estatais, a gravidade do crime e a forte conexão entre o crime investigado e o descoberto. Após o cumprimento dessa metodologia argumentativa, é que se há de investigar se, com efeito, houve encontro fortuito ou uma "descoberta intencional" fraudulenta.

O encontro do justo título ressalta o sentimento de justiça quando se examina o encontro fortuito de prova e o seu possível aproveitamento. É mais salutar do que a completa rejeição do encontro fortuito de provas, sob o argumento radical de que o procedimento criminal deve ser regrado e previsível, com base na ideia de que é intolerável qualquer desvio causal.<sup>489</sup> Feita a análise do direito material envolvido, com base na exclusividade de dispor da informação por parte do titular, é possível possibilidade de dispor !

O terceiro caso, quando os dados são usados para finalidade diversa do previsto, podem resultar num uso não autorizado pelo titular do dado, quebrando a proteção de dado. Seria a espécie se a Administração Pública utiliza os dados fora da hipótese legal — ambas situações enquadradas pela lei nº 13.709/2018, CTN e outros diplomas. Nesse raciocínio, a valoração da prova também dependeria de mostrar a necessidade politico-criminal da informação, destacando-se, entre outros argumentos, a gravidade do crime em investigação ou que os dados indicados pelo particular foram fornecidos de modo conscientemente criminoso. A posse prévia do dado justifica que eles possam ser usados para outras finalidades persecutórias, quando a investigação está, p.ex., bastante avançada em caso da constatação de organizações criminosas e crimes econômicos. Nessas duas situações, é normal que o espectro da pesquisa sofra ampliação; e o controle judicial pode se revestir num ponto operacional que inexoravelmente seria alcançado, sendo, desse modo, quase uma questão formal condicionar o uso ampliado dos dados à autorização judicial.

Novamente, não obstante, antes de mostrar os elementos normativos da descoberta inevitável, é importante mostrar o justo título do fato jurídico, concretizado na produção probatória. A narrativa de que se apuram crimes graves, que os dados encontrados foram de difícil obtenção e que o tempo é exíguo para concluir o trabalho investigativo desnudam uma causa eficiente para que o vício na produção da prova — não pedido de autorização judicial para usar os dados em finalidade diversa — possa ser examinado no âmbito da validade. Mostrar-se-ão os bens jurídicos em jogo e que o impacto no âmbito de defesa não anulou o contraditório futuro.

---

<sup>489</sup> Defende-se que, no processo criminal, não cabe o fenômeno da serendipidade — concernente a descobertas científicas casuais. TAVARES, Juarez e CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: tirant lo blanch, 2020, p. 65-67.

Cumprido esse pressuposto metodológico, podem-se demonstrar os elementos normativos da descoberta inevitável, no sentido de que o Estado provavelmente chegaria ao mesmo resultado, por outras vias regulares de investigação — art. 157 e §§, CPP.

O juízo de permissão do uso da prova dependeria da apresentação da soma de evidências materiais, que ressaltassem a probabilidade do encontro da prova cuja valoração, primariamente, estaria proibida. Nesse sentido, a apresentação das linhas evolutivas das informações a serem obtidas, separadas pelos diversos meios de prova, facilitaria o trabalho do juiz para confirmar a tese da acusação de que a informação questionada seria obtida e que o retardo de uso implicaria grave vulnerabilidade aos valores comunitários como segurança jurídica, confiança na justiça, interesse na punição do crime entre outros.

Por consequência, também haveria uma visão mais global do processo para examinar a capacidade processual de se defender e garantir o processo justo, com a indicação do espaço de proteção da norma. Desse modo, o argumento da nulidade seria afastado com uma construção argumentativa sólida de que não houve dano processual.

Nesses casos de uso da prova originariamente ilícita, o ideal era que sempre houvesse a possibilidade de se voltar ao estado anterior, em que se retira a mácula da violação da intimidade e do vício que impediu o livre desenvolvimento da personalidade ou que houvesse a hipótese de diminuição de pena.

Mas a primeira opção, em razão da complexidade do crime organizado, sobretudo de natureza econômica, tem sido olvidada pela prática jurídica; a opção só é aplicada, quando se cuida de violações que culturalmente são inadmissíveis, como a tortura ou a indução fraudulenta de informações provocadas pelo Estado. E a segunda, quanto à diminuição de pena, com efeito, depende de previsão legal, a despeito de forte jurisprudência na Corte europeia de direitos humanos, tecendo elogios a esse caminho.<sup>490</sup>

Vale a pena recapitular parte das lições colhidas do direito comparado ao longo da tese, para entender o porquê da relativização da prova originariamente ilícita. Nos Estados Unidos, a contaminação do efeito a distância das provas ficou conhecido pela expressão bíblica frutos da árvore envenenada (*Silverthorne Lumber Co v. United States*, 1920, e *Nardone v. United States*, 1930). Entretanto, as exclusões à proibição de uso, no período de composição liberal da Corte, por indicações do partido republicano, foram fortemente marcadas por questões criminológicas

---

<sup>490</sup> TORRES CHEDRAUI, Ana. An analysis of the exclusion of evidence obtained in violation of human rights in light of the jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Tilburg Law Review*. Vol. 15. October 2010, p. 205-234.

decorrentes da conquista de maior grau de confiança do judiciário.<sup>491</sup> O motivo mais forte é de que a prova só devesse ser excluída em caso de abuso do poder de investigar, para diminuir os custos de se anular uma condenação contra quem violou bens comunitários.

Por essa linha, as valorações de direito material ganharam importância, p.ex., se o agente atua de boa-fé.<sup>492</sup> De outro lado, embora haja registro de corrente divergente, aspectos como a proteção da intimidade do investigado ocupariam plano secundário, exceto se ocorressem graves violações culturais.<sup>493</sup>

A ideia subjacente à revisão da garantia de proteção da intimidade e propriedade é que a exclusão da prova ilícita tem como finalidade principal coibir que os agentes estatais repitam a violação de direito. Seria o efeito dissuasório. Logo, se esse efeito não fosse alcançado, seria um custo social demasiado alto excluir a prova, em benefício do acusado.

Nos EUA há interessantes trabalhos empíricos de matiz estatístico, inclusive, que questionam se a visão processual, preocupada com a integridade moral e jurídica do trabalho investigativo, realmente surte efeito. Basta dizer que, uma vez posta a prova aos olhos do julgador, é muito complicado afastar os possíveis juízos de valor originados com o apreço da prova ilícita; ademais, é cediço que frequentemente policiais estão preocupados em prender e não em afastar nulidades. A ideia é que agentes policiais trabalham para garantir uma boa apuração, independente do que pensa o judiciário. Logo a exclusão da prova ilícita teria efeito zero sobre o trabalho policial<sup>494</sup>

A dúvida, com efeito, faz com que se olhe com mais atenção para a importância de considerar aspectos de direito material do investigado, muito bem trabalhados pela recente prática alemã, como refletir sobre o fim de proteção da norma e o prejuízo à possibilidade de se defender processualmente.

É natural que haja a ponderação entre os interesses persecutórios e a proteção do bem jurídico titularizado pelo acusado. Tradicionalmente, a doutrina alemã põe o sacrifício de direitos fundamentais como a última opção, privilegiando o afastamento da prova e dando maior relevo à

---

<sup>491</sup> EPSTEIN, Lee e WALKER G., Thomas. **Rights, Liberties and Justice**. Constitutional law for a changing America. Ninth Edition. Washington DC: sage, 2016, p. 465-467. “If so, has this reaction imposed a reasonable balance between effective law enforcement and the rights of the accused, or has it gone too far in favoring the prosecution of criminal defendants?”, p. 467.

<sup>492</sup> Em 1984, veio o caso paradigma *United States v. Leon*, criando a exceção de boa-fé, cuja largueza de significado erodiu paulatinamente o impacto dos precedentes de garantias sobre a importância da quarta emenda. *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984). O justice White afirmou que a quarta emenda é mais um meio de corrigir a integridade do trabalho policial do que um direito do cidadão americano.

<sup>493</sup> os Justices Breyer e Ginsburg anotaram que a análise de custos está totalmente equivocada, uma vez que não é possível sopesar eficiência investigativa em detrimento do cumprimento de uma garantia fundamental para os cidadãos. *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

<sup>494</sup> SKLANSKY, David Alan. Is the Exclusionary Rule Obsolete? **Ohio State Journal of Criminal Law**, vol. 05, Heinonline, p. 567-584, 2008.

proteção da intimidade, contudo, recentemente, a jurisprudência cada vez mais tende ao equilíbrio de sopesamento, preocupada sobretudo com avanço da criminalidade terrorista e organizada.<sup>495</sup>

Um dos principais argumentos para rejeitar o efeito (lícito) a distância da prova originariamente ilícita é que haveria uma renovação continuada da lesão jurídica. Ademais, violações ao processo justo poderiam implicar a violação ao desenvolvimento livre da personalidade, direito fundamental basilar, o qual dá origem aos demais direitos protegidos.<sup>496</sup>

A relativização da rejeição à prova ilícita em comento começa por se entender quando se pergunta o que seria a dignidade humana na situação concreta.

É de comum acordo que a restrição ao direito fundamental decorrente da dignidade humana, para ser aceita, depende de justificativa legal. Porém, costuma haver intenso debate sobre o alcance dessas justificativas. A dignidade humana não é suscetível de violação. Não obstante, diz-se que ela pode ser relativizada, quando os direitos fundamentais decorrentes dela tiverem seu espaço de incidência restringidos, dêis que conservado o núcleo essencial. Todavia, qual núcleo essencial?

A teoria do círculo de proteção da norma é uma das menos subjetivas para identificar o espaço processual inviolável da defesa, mas o sucesso da teoria dependeria de previsão em norma sobre a possibilidade de restringir direito fundamental. Esse requisito é uma dificuldade na legislação brasileira, que tem regulamentação lacônica a respeito da prova ilícita, ao prever apenas as hipóteses de fonte independente e de descoberta inevitável no código processual criminal.

No código tributário alemão, §30 AO,<sup>497</sup> noticia-se que as informações sigilosas fornecidas num processo fiscal não podem ser compartilhadas, sobretudo num processo criminal. Todavia, o

---

<sup>495</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: coimbra, 2006, p. 159-182.

<sup>496</sup> GUERRERO, ÓSCAR Julián. **Las prohibiciones de prueba en el proceso penal colombiano**. Anotaciones desde el derecho comparado. Las prohibiciones probatorias. Bogotá: temis, 2009, p. 153-208.

<sup>497</sup> Abgabenordnung (AO) § 30 Steuergeheimnis (1) Amtsträger haben das Steuergeheimnis zu wahren. (2) Ein Amtsträger verletzt das Steuergeheimnis, wenn er 1. personenbezogene Daten eines anderen, die ihm a) in einem Verwaltungsverfahren, einem Rechnungsprüfungsverfahren oder einem gerichtlichen Verfahren in Steuersachen, b) in einem Strafverfahren wegen einer Steuerstraftat oder einem Bußgeldverfahren wegen einer Steuerordnungswidrigkeit, c) im Rahmen einer Weiterverarbeitung nach § 29c Absatz 1 Satz 1 Nummer 4, 5 oder 6 oder aus anderem dienstlichen Anlass, insbesondere durch Mitteilung einer Finanzbehörde oder durch die gesetzlich vorgeschriebene Vorlage eines Steuerbescheids oder einer Bescheinigung über die bei der Besteuerung getroffenen Feststellungen, bekannt geworden sind, oder (...) 4. sie der Durchführung eines Strafverfahrens wegen einer Tat dient, die keine Steuerstraftat ist, und die Kenntnisse a) in einem Verfahren wegen einer Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit erlangt worden sind; dies gilt jedoch nicht für solche Tatsachen, die der Steuerpflichtige in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens oder des Bußgeldverfahrens offenbart hat oder die bereits vor Einleitung des Strafverfahrens oder des Bußgeldverfahrens im Besteuerungsverfahren bekannt geworden sind, oder b) ohne Bestehen einer steuerlichen Verpflichtung oder unter Verzicht auf ein Auskunftsverweigerungsrecht erlangt worden sind, 5. für sie ein zwingendes öffentliches Interesse besteht; ein zwingendes öffentliches Interesse ist namentlich gegeben, wenn a) die Offenbarung erforderlich ist zur Abwehr erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl oder einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit, die Verteidigung oder die nationale Sicherheit oder zur Verhütung oder Verfolgung von Verbrechen und vorsätzlichen schweren Vergehen gegen Leib und Leben oder gegen den Staat und seine Einrichtungen, b) Wirtschaftsstraftaten verfolgt werden oder verfolgt werden sollen, die nach ihrer Begehungsweise oder wegen des Umfangs des durch sie verursachten Schadens geeignet sind, die wirtschaftliche Ordnung erheblich zu stören oder das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Redlichkeit des geschäftlichen Verkehrs oder auf die ordnungsgemäße Arbeit der Behörden und

rol de exceções à proibição é significativo: informações inverídicas, informações necessárias para o desenvolvimento da atividade fiscal ou, por fim, em casos de crimes graves ou em favor da segurança nacional (exceção prevista no § 393, abs 2 AO)<sup>498</sup>. Existe um intenso debate sobre o rol de abrangência desses crimes, já que a lei apenas fala em crimes contra a vida e contra as instituições, mas o rol seria taxativo? Eis uma pergunta sem resposta unânime.<sup>499</sup>

A relevância da discussão é para resguardar a autonomia do titular dos dados, uma vez que a divulgação deles dependeria de consentimento prévio; requisito que, não obstante, não se aplica para a hipótese da informação do processo criminal ser levada para o procedimento fiscal.

Dessa forma, a descoberta inevitável da prova que fora produzida ilicitamente no início, no ordenamento brasileiro, por violar as hipóteses legais de compartilhamento, deve ser aplicada apenas em casos extraordinários, motivados, de um lado, pela eficiência da justiça em apurar crimes graves, mas, de outro, pela constatação de que o vício processual não significou o desrespeito ao núcleo mínimo do estado processual de defesa, como garantia do processo justo.<sup>500</sup> Haveria motivadamente o rechaço do dano processual, a despeito da utilização da prova originariamente ilícita.

Mais uma vez, demonstra-se que a aplicação da descoberta inevitável não seria automática. Deveria ser demonstrado o justo título do fato jurídico, destacando-se que a atividade probatória se deu para apurar crime grave, para debelar ato mal intencionado do acusado ou que a irregularidade, por exemplo, fora mínima. Aberta a porta da validade do ato, então discutir-se-ia a situação processual quanto aos efeitos no status de defesa, forma de compensação e o impacto para a

---

der öffentlichen Einrichtungen erheblich zu erschüttern, oder c) die Offenbarung erforderlich ist zur Richtigstellung in der Öffentlichkeit verbreiteter unwahrer Tatsachen, die geeignet sind, das Vertrauen in die Verwaltung erheblich zu erschüttern; die Entscheidung trifft die zuständige oberste Finanzbehörde im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen; vor der Richtigstellung soll der Steuerpflichtige gehört werden. (5) Vorsätzlich falsche Angaben der betroffenen Person dürfen den Strafverfolgungsbehörden gegenüber offenbart werden. (...)

<sup>498</sup> Abgabenordnung (AO) § 393 Verhältnis des Strafverfahrens zum Besteuerungsverfahren (1) Die Rechte und Pflichten der Steuerpflichtigen und der Finanzbehörde im Besteuerungsverfahren und im Strafverfahren richten sich nach den für das jeweilige Verfahren geltenden Vorschriften. Im Besteuerungsverfahren sind jedoch Zwangsmittel (§ 328) gegen den Steuerpflichtigen unzulässig, wenn er dadurch gezwungen würde, sich selbst wegen einer von ihm begangenen Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit zu belasten. Dies gilt stets, soweit gegen ihn wegen einer solchen Tat das Strafverfahren eingeleitet worden ist. Der Steuerpflichtige ist hierüber zu belehren, soweit dazu Anlass besteht. (2) Soweit der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einem Strafverfahren aus den Steuerakten Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, dürfen diese Kenntnisse gegen ihn nicht für die Verfolgung einer Tat verwendet werden, die keine Steuerstraftat ist. Dies gilt nicht für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse (§ 30 Abs. 4 Nr. 5) besteht. (3) Erkenntnisse, die die Finanzbehörde oder die Staatsanwaltschaft rechtmäßig im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen gewonnen hat, dürfen im Besteuerungsverfahren verwendet werden. Dies gilt auch für Erkenntnisse, die dem Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis unterliegen, soweit die Finanzbehörde diese rechtmäßig im Rahmen eigener strafrechtlicher Ermittlungen gewonnen hat oder soweit nach den Vorschriften der Strafprozessordnung Auskunft an die Finanzbehörden erteilt werden darf.

<sup>499</sup> EISENBERG, Ulrich. **Beweisrecht der StPO**. München: Verlag, 2017, p. 152-154.

<sup>500</sup> BGH NSTZ 1989, 375, 2º senado. Uma busca e apreensão fora feita corretamente

efetividade do processo criminal. Seria uma visão pragmática da norma, não satisfeita com a análise sintática ou semântica do texto legal.

Roxin perfila uma posição radical, pois o efeito a distância da prova ilícita não deveria ser tolerado, entretanto em casos excepcionalíssimos eles poderiam ser usados, quando evidente a apuração de um crime grave e não houver violação às garantias básicas da defesa,<sup>501</sup> como o respeito à integridade corporal, autonomia para evitar a autoacusação ("nemo tenetur grunsatzes") etc.<sup>502</sup>

Agora, o compartilhamento fora das hipóteses legais não seria uma obtenção fraudulenta e violação ao direito da não autoacusação? Como fechar o rol de crimes graves que justificariam a exceção? O jogo conceitual de normas na argumentação não pode redundar num debate abstrato. Ao lado da interpretação das normas, é preciso também jogar luzes sob a relevância dos fatos e a repercussão na capacidade de se defender. É um olhar analítico para saber se o processo justo foi respeitado.<sup>503</sup>

O uso da proporcionalidade, em casos de maior dúvida, como recurso argumentativo para indicar a validade decisões, de fato, revelam apenas um lado da forma de enxergar o problema, dando oportunidade a diversas leituras ("re-entry") a respeito do caminho mais justo.

A prova ilícita é uma questão transversal, suscetível de abordagem por diferentes áreas do conhecimento reunidas sob o olhar jurídico.<sup>504</sup> Isso fica provado quando se mira a atividade processual como acoplamento estrutural entre diversos sistemas. A abertura do direito a influências de diversos sistemas se dá a partir da argumentação. O sistema de provas obviamente recebe significados pré-fabricados de sistemas sociais maiores, mas é, com a argumentação ("grounds"), que há a observação e leitura concomitante de fatos e normas. O desejado é que a interação entre o sistema de provas e o ambiente gere respostas previsíveis (recursividade), mas a vontade de buscar o justo sempre é motivo para refletir se o direito responde adequadamente às expectativas normativas. Eis a funcionalidade do direito ao fim e ao cabo ("eigenvalue"), que se movimenta por

<sup>501</sup> Strafprozeßordnung (StPO)§ 136a Verbotene Vernehmungsmethoden; Beweisverwertungsverbote(1) Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose. Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zuläßt. Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten.(2) Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen, sind nicht gestattet.(3) Das Verbot der Absätze 1 und 2 gilt ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Beschuldigten. Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, dürfen auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt.

<sup>502</sup> ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht**. München: Verlag, 2017, p. 189-190.

<sup>503</sup> STEWART, Hamish. The law of evidence and the protection of rights. **Rethinking criminal law theory**. Oregon: oxford, 2012, p. 177-192.

<sup>504</sup> TEUBNER, GUNTHER. Law and Social Theory: Three Problems. *Asian Journal of Law and Society*, 1 (2014), pp. 235–254. doi:10.1017/als.2014.13. <https://www.cambridge.org/core>. Disponível em 10/02/2020. Os tribunais são organizações. Operam dentro do sistema jurídico, mas praticam comunicações entre diversos sistemas. LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática**. Vol. I. Estrutura social e semântica. Petrópolis, rj: vozes, 2010, p. 139-214. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010, p. 61-106.

meio de argumentos, isto é formas, *topoi*, para observar a leitura de textos e ressignificar o mundo com a missão de realizar o justo mediante a seleção e estabilidade das relações jurídicas.

Castanheira Neves destaca a artificialidade de querer resolver problemas jurídicos com a separação entre a questão de direito e questão de fato, como se o direito olhasse para dois mundos diferentes, os quais, na verdade, são incindíveis. No julgamento de provas, há uma fundamentação normativa da decisão de fazer justiça, na qual se exige que os fatos e o direito sejam absorvidos pelo mesmo anseio de trazer paz jurídica.

As irritações e as dúvidas provenientes do ambiente são carregadas ao se construir as narrativas acerca dos fatos e quando se interpreta o direito. Num exame anterior, o sistema jurídico pode não observar adequadamente o que está em jogo, fechando-se operacionalmente para os problemas que lhe são postos. Todavia, o recobro da justiça, paradoxalmente, só pode ser encontrado dentro do próprio direito. O processo legal pode exigir novas observações, em busca da legitimidade e reconhecimento social. E esse caminho só se percorre com as lanternas do processo justo.

O processo justo deve se materializar num juízo crítico a respeito do espaço de proteção da norma e da capacidade processual de argumentar da defesa. É claro que nuances duvidosas podem ser objeto da ponderação e de outros raciocínios que envolvam normas e fatos e é preciso procedimentos corretivos para evitar injustiças.

Como pontuou o prof. Marcelo Neves, os princípios, por alargarem os diferentes pontos de partida, contribuem para aumentar a complexidade do discurso jurídico, mas, ao mesmo tempo, quando usados com as regras, criam um caminho procedimental que reduz as incertezas, dando legitimidade à forma justiça encontrada na decisão final. Não há, dessa forma, uma defesa da completa abertura do direito para inovações ante todo e qualquer caso, mas, diante de situações em que as argumentações fechadas das regras sejam insatisfatórias, as observações de segunda ordem se revelam como um sopro de legitimidade.<sup>505</sup>

O não aproveitamento da prova pura e simplesmente implicaria completa vulnerabilidade de valores jurídicos comunitários como segurança jurídica, confiança na justiça e interesse na punição do crime, sem que houvesse equilíbrio com os valores individuais, assinalados no livre desenvolvimento da personalidade, no respeito à intimidade e na observância do livre e prévio consentimento de uso do titular do dado.

---

<sup>505</sup>

"Os princípios constitucionais como normas no plano da observação de segunda ordem de casos a decidir e de normas de decisão apresentam, na cadeia argumentativa, uma maior capacidade de desenvolver a heterorreferência. De certa maneira, eles sempre apontam para algo que já existira fora do sistema jurídico..." NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais. São Paulo: martins fontes, 2013, p.127.

A solução fica a um meio caminho das considerações da prática jurídica norte-americana e alemã. A primeira salienta que só faz sentido coibir o uso da prova ilícita se for para inibir as más ações dos agentes de investigação, questões como respeito à intimidade da vítima seriam apuradas em outra seara, de natureza civil e indenizatória, de modo que não haveria impeditivo para uso da prova, sobretudo se esclarecido o forte interesse público na punição do crime. A prática alemã, por outro lado, ainda é marcada por uma forte visão doutrinária voltada a proteger os direitos individuais, devendo o efeito a distância da prova ilícita ser considerado apenas em circunstâncias excepcionais. É de se anotar, entretanto, que a jurisprudência na Alemanha já admite considerações de valores comunitários, refletindo, inclusive, mudanças na ordenança processual sobre o tema.

O que se propõe na tese é o exame do caso, onde se enxergaria o justo título do fato jurídico. Sendo um resultado positivo, seria examinado o ato probatório no âmbito da validade. Aqui, seriam perscrutadas as situações de vulnerabilidade processual da defesa, como o nível de comprometimento do seu direito, formas de compensar ao longo da instrução etc.; ainda sim, seria indicado como o uso da prova beneficiaria a efetividade do processo. A aferição das situações processuais, de autor e defesa, deveriam ter como parâmetro o justo processo, alma do devido processo legal. Relembre-se que o processo justo pode ser a manifestação do processo-sistema, enquanto prática comunicativa que visa a reduzir a complexidade objeto da comunicação levada ao judiciário.

Não seria um percorrer de etapas casuístico. É uma decorrência natural de que a acusação precisa provar além da dúvida do razoável para efeitos condenatórios no processo criminal.

Feita toda essa reflexão, logo poderia se perguntar se seria o caso da fonte independente ou da descoberta inevitável, para afastar a ilicitude originária da prova. Mas, então, seria um novo caminho, a ser percorrido após demonstrar o justo título do fato jurídico. Já teria esgotado o objeto da tese.

## 6 CONCLUSÃO

Metáforas como filósofo do mundo partido ao meio, rio com três margens, inclusão do terceiro excluído e outras figuras de linguagem quejandas servem bem para ilustrar o tema do uso da prova ilícita e como as teorias dos sistemas podem auxiliar a entender o paradoxo da comunicação acerca de algo cujo uso é proibido, mas, em determinadas situações, pode ser usado. O paradoxo faz parte da experiência jurídica.

A afirmativa de que a prova ilícita, para ser usada depende do encontro do justo título da situação jurídica, foi a pedra angular do resultado da investigação. Buscou-se construir um método de análise da prova, independente de saber se vai beneficiar a acusação ou a defesa.

A hipótese do trabalho é que o encontro do referido título (causa eficiente) passa pelo dimensionamento do direito material lesionado e de como foi feita a compensação no curso do processo, para beneficiar outrem e para garantir o cumprimento do processo como espaço de proteção da liberdade individual.

Almejou-se, portanto, conciliar a efetividade do processo e a proteção de direitos fundamentais, tomados como marco de um processo justo, que, segundo exercício do contraditório, coordene a igualdade de oportunidade das partes durante a apresentação de teses.

A observância desse pressuposto metodológico redundava em garantir que a instrução criminal continue a ser um espaço intangível de proteção de livre desenvolvimento da personalidade e da intimidade. De logo, destacou-se que o tema da prova ilícita se refere a situações jurídico-materiais percuciente à intimidade de cada um.

A preocupação em estudo deve ser algo independente de saber qual a espécie de instituto positivado no direito nacional que pode afastar a prova ilícita, se a fonte independente ou a descoberta inevitável, eis que a aplicação desses meios é antecedida por um debate que traga à tona como foi gerenciada a oposição entre direitos fundamentais difusos e de proteção individual antevista no fato jurídico.

O problema enfrentado no trabalho é justamente a contradição entre prática e o discurso doutrinário e jurisprudencial que rechaça o uso da prova ilícita. A primeira contradição é que a jurisprudência permite o uso da prova ilícita a favor do réu, sem maiores reflexões se se trata de uma concessão subjetiva ou de uma legítima defesa. Depois, em vários casos, observa-se que o uso da prova ilícita se justifica por questões de política criminal, quando a narrativa do caso destaca aspectos de licitude em detrimento da ilicitude, ou pura e simplesmente os institutos da fonte independente e da descoberta inevitável são aplicados sem se analisar a situação jurídica do réu. Eis um quadro de completa insegurança, dado a toda sorte de críticas.

A hipótese do trabalho seria uma metodologia argumentativa que visaria a ordenar a polaridade entre direitos coletivos (segurança pública) e individuais (proteção da liberdade). Também teria a ambição de harmonizar a prática jurídica e os textos normativos, trazendo segurança jurídica segundo a visão de um processo justo, o qual é a manifestação real do processo compreendido como sistema.

Ao longo do trabalho, traçou-se o percurso de uma visão sistêmica, de matiz mais abstrato, para entender como a comunicação jurídica, a despeito de contraditória, pode ser racional, passando pelas nuances do sistema processual acusatório, o modo por que o raciocínio judicial valoriza a prova, utiliza retoricamente os “standards” probatórios; e como, finalmente, o encontro do justo título do fato jurídico pode auxiliar a valorar o direito material que vai ser sacrificado com o uso da prova ilícita e, por outro lado, como o referido uso contribuirá para a efetividade do processo e garantia de um processo justo.

A atividade probatória é o acoplamento estrutural entre diversos sistemas sociais de comunicação. Por ser ponte por onde vários interesses materiais transitam, o estudo das provas é um laboratório experimental dos conflitos que cercam a comunicação e os paradoxos daí decorrentes.

A prova ilícita é um ato-fato na classificação da teoria geral do direito, porque é um ato humano, naturalmente por força da vontade, mas esta é desconsiderada, tornando o ato inexistente, porquanto não foi recepcionado pelo direito.

Ainda sim, a prova originariamente ilícita, quando passa a ser aplicada no processo, é porque o elemento vontade ganhou relevância jurídica. De ato-fato encontra-se um ato jurídico estrito senso, com capacidade de calibrar o sistema para oferecer uma nova resposta jurídica.

O fenômeno da prova ilícita que passa a produzir efeito lícito seria primeiramente o ato-fato, o qual dependeria de uma metodologia de justificação para que a produção probatória pudesse ser um fato existente, válido e com aptidão de produzir efeitos de acordo com as teorias da fonte independente e da descoberta inevitável. Melhor explicando, a metodologia de justificação dependeria do encontro da causa eficiente (justo título) que permitisse mudar o sentido jurídico do fato, de modo que, de irrelevante, passasse a ter relevância jurídica.

A abordagem do trabalho foi feita de modo dedutivo, do mais geral ao mais concreto.

Na primeira parte da tese, quando se diz que o direito é uma máquina não-trivial, é porque as informações de entrada (oriundas do ambiente) podem não corresponder às de saída. É importante dizer que não há comunicação direta entre ambiente e o direito. Como todo subsistema social, o direito observa o que lhe entregam, processa a informação e, depois, responde com base em suas referências normativas internas.

O ápice da descrição da experiência jurídica seria a autonomia da funcionalidade, consistente em se comunicar com um código específico, lícito e ilícito, garantindo expectativas

normativas que tenham sido frustradas com experiências no mundo dos fatos (experiências contrafáticas).

É um anseio da modernidade que as coisas funcionem impessoalmente, de acordo com o propósito para o qual foram estabilizadas. Nisso, há um misto de vontade frustrada e constatação em face da evolução das instituições, já que nem sempre as funcionalidades desempenham a contento o seu papel. Há ruídos na comunicação. Às vezes o ambiente não tolera as respostas dadas pelos sistemas, às vezes as funcionalidades dos sistemas são cooptadas por outros sistemas, a exemplo de uma heterorreferência abusiva, em que o direito deixa de ser o coordenador de expectativas (autorreferência), para simplesmente cancelar vontades de poder e de ter, respectivamente, sistemas político e econômico.

Em países de forte assimetria social, o paradigma da diferenciação funcional é menos presente do que em países onde a comunicação flui com maior autonomia. A autopoiese é um conceito síntese, que cuida da maior parte dos fenômenos da experiência do direito. Principalmente, trata da capacidade de o sistema jurídico dar respostas autônomas em face das irritações do ambiente; além disso, representa a capacidade do sistema se autoconstituir a partir do exercício das suas funções. Em resumo, a autopoiese demarca o espaço que é do sistema e aquele que é do ambiente, diferenciando-os pela funcionalidade que o sistema desempenha graças aos Meios de Comunicação Simbolicamente Generalizados (MCSG).

Não é errado afirmar que a comunicação é algo caótico. Mas há alguns pontos com que os interlocutores são concordes. Um é os MCSG. Eles fazem o improvável parecer provável. As pessoas se comunicam, usando um mesmo código de linguagem. O outro ponto é as organizações. As pessoas se unem com o propósito de decidir com frequência sobre determinado tema. Os grupos surgem para que a comunicação dentro do sistema seja menos confusa; para que ela passe a ter uma diretriz; uma memória; e, em suma, uma previsibilidade num mundo caótico. Por isso surgem os programas decisoriais como uma série de sentidos que ganharam forma e foram reiterados ao longo do tempo, como sinal de racionalidade, ou melhor, estabilidade nas relações.

O tempo ocupa um papel decisivo no paradoxo da linguagem. O presente, na modernidade, passou a ser um sinal de ruptura e, concomitantemente, de concorrência de melhores narrativas para reconstruir (reler) o passado e prever o futuro. As duas categorias — espaço de experiência e horizonte de expectativa — tendem a se diferenciar, causando crises de legitimidade no cumprimento de programas decisoriais. Em momentos de conflitos e dúvidas, o horizonte de expectativa não encontra mais ancoradouro no espaço de experiência, porque este é objeto de leituras díspares por parte dos atores interessados. É como se tudo não passasse de uma vontade de narrativa para dizer qual o melhor horizonte de expectativa (futuro).

A produção exagerada de sentidos por parte dos subsistemas sociais é uma nota do tempo moderno. Há uma tentativa de sobreposição de códigos. Logo, seria estranho que o direito estivesse indene a outros códigos de comunicação. A afirmação fica mais evidente quando se comparam as observações do sistema jurídico e as proferidas na esfera pública. Esta é o meio onde ganham formas as manifestações de todos os subsistemas sociais, amiúde canalizados através dos meios de difusão. A qualquer momento, o direito é submetido à tentativa de controle da esfera pública.

Trocando o todo (direito) pela parte (processo), este, enquanto sistema, não pode funcionar isoladamente à influência dos meios de difusão. Convém separar o processo-sistema do processo judicial. São duas coisas diferentes. O processo-sistema opera procedimentos coordenados que visam a absorver expectativas normativas. É uma marcha cuja execução paulatinamente reduz a complexidade que lhe circunda até que vem a decisão final. Por outro lado, o processo judicial pode ser a manifestação concreta desse sistema. O contraditório e imparcialidade são ferramentas jurídicas para reduzir os conflitos e fazer com que as partes aceitem a decisão final.

O processo-sistema também se constitui a partir de suas próprias decisões (autopoiese). Assim, os dados de entrada ("in-put") podem ser diferentes do de saída ("out-put"), porque o processo goza de autonomia para observar as irritações provenientes das expectativas. E uma decisão proferida pode ensejar dúvidas internas, levando a novas indagações ("re-entry"). Inclusive, essas observações de segunda ordem podem alterar o programa decisional. Há alguma exatidão? Não, o sistema roda com um nível de margem de acerto, sem esconder a inserção de uma caixa preta ("black-box") no centro de processamento da informação. Logo, algumas respostas novas podem ser imprevisíveis, sem terem, por outro lado, o poder de alterar o programa decisional; ou as respostas novas podem adquirir recursividade e dar origem a um novo programa decisional.

A orientação contextual entre sistemas é um conceito que visa a mostrar como os sistemas tendem a reciprocamente se retrair, para que possam funcionar com um nível adequado de diferenciação funcional, apesar da tendência moderna da superprodução. Como se sabe, a resposta sistêmica é abundante e, desse modo, pode sobrecarregar subsistemas vizinhos, levando a uma hipertrofia desastrosa. Clama-se, portanto, para os sistemas criarem espaço de respeito recíproco, mediante padrões de incentivo negociados. P.ex., o direito admite a importância de relatórios de eficiência para pensar problemas jurídicos, contanto que a atividade econômica respeite condicionantes do programa decisional, tal qual a ritualística de cumprimento dos direitos humanos, numa agenda de custos e benefícios.

Na segunda parte do trabalho, ao reler a história da justiça criminal, vê-se que o tema da eficiência foi um dos mais fortes durante a transição da justiça comunitária para a estatal. A concepção de um sistema inquisitivo, organizado por um corpo de profissionais, para julgar crimes graves, estava preocupada em garantir a punição de delitos os quais poderiam ser esquecidos, se a

investigação dependesse do acusador popular-privado. O século XIII foi decisivo para consolidar o papel da Igreja Católica e dos Estados na formação de agentes voltados a investigar e julgar, ao tempo em que se implantou o gérmen de que o processo judicial deveria primar pela igualdade de oportunidades e pelo julgamento colegiado, formado por pares (devido processo legal), para evitar perseguições ou predomínio da parte mais forte política e economicamente. Construiu-se, nesse cenário, a polaridade moderna entre eficiência e garantias penais individuais. A história das provas mostra a impossibilidade de retirar o papel criativo do homem de valorar o acervo probatório. O sistema de prova legal ou tarifada, mesmo com a previsão de responsabilidade pessoal, em caso de abuso por parte do julgador, deu azo a históricos casos em que a tortura foi usada indevidamente e a situações de dúvidas que não puderam ser sanadas, a despeito do regramento detalhado entre as provas plenas, semiplenas e imperfeitas.

O paradoxo entre eficiência e garantias também esteve presente com a positivação do princípio da legalidade, uma vez que a isonomia estabelecida em lei não permitiu o espelhamento da igualdade material na sociedade, onde se percebeu a seletividade do sistema criminal, direcionado a punir com maior frequência os desfavorecidos social e economicamente. No século XX, após segunda Grande Guerra, o sistema jurídico passou a receber grande influência para que o processo se tornasse instrumento de proteção da liberdade contra ações despropositadas estatais. E, eis que, no início do século XXI, o sistema processual se readequa para adotar técnicas investigativas modernas, sigilosas e com especialização de autoridades investigativas e julgadoras, para enfrentar a criminalidade organizada, voltando à tona a dicotomia eficiência e garantias. Ademais, a queda dos Estados de bem-estar social mostrou que o registro de garantias formais em leis não serviu de escudo real contra violências estatais, além de terem sido decepcionantes as taxas de eficiência dos órgãos criminais, vitimando duplamente a sociedade.

Hoje, parece bem traçado o quadro. Um processo com forte acento garantista, em vez de proteger a pessoa contra a violência arbitrária, pode ser manipulado para evitar que acusados respondam por suas infrações. Outrossim, um processo exageradamente eficiente pode transformar acusados inocentes em culpados, sem falar da exposição e tratamento invasivos dedicados a investigados. O direcionamento para um lado ou outro, com efeito, depende mais de estímulos de fora do direito do que de dentro.

Na terceira parte da tese, viram-se questões epistemológicas e de teoria geral do direito, como alicerce da hipótese de trabalho.

Sendo o fenômeno do direito uma ação de se comunicar, não existe essências pré-fabricadas para os interlocutores. A distinção entre questões de fato e de direito opera dentro do sistema jurídico. Haveria, portanto, um completo relativismo? A funcionalidade do direito consiste em garantir estabilidade a expectativas normativas, que devem ser generalizadas, mesmo quando

contrariadas por fatos. Nesse sentido, a operacionalização do código lícito/ilícito só se faz com nível ostensivo de segurança e previsibilidade. A verdade divulgada no processo reside no paradoxo entre a liberdade para ler as formas de sentido veiculadas pelas partes e a necessidade de estabilizar expectativas.

Não existe dualidade. A verdade processual é única, dentro e fora do processo. A forma justiça é uma fórmula de contingência, adaptável ao tempo e modo, e é o objetivo último do direito. A verdade processual se orienta predominantemente por um programa condicional (se é A, então B), com olhar para o passado, sob a informação que entrou ("in put") e sob a ideia de que a regulação deve ser expressa a respeito do que pode entrar. Como sistema, a funcionalidade resulta num misto de programas condicional e finalístico. A justiça é uma cláusula finalística, em que se preocupa com a mensagem final ("out put"), permitindo tudo que for possível para alcançá-la, exceto o proibido.

Como não poderia haver duas justiças, a verdade é apenas uma. Chegado até esse ponto, o único postulado é que a observação depende do observador. Como afirmar peremptoriamente qual o sentido de um enunciado de fato? A ideia de memória e de um programa recursivo seriam as formas consolidadas de um sentido no curso do tempo. Essa seria a diretriz de racionalidade.

O programa decisional utilizado pelas organizações é o ponto de estabilidade do sistema jurídico e que dá suporte para que as inovações jurídicas sejam toleradas.

No trabalho, também se usou da epistemologia desenvolvida pelo pragmatismo norte-americano, cujas bases do final do século XIX demonstram existir um elo entre verdade e crenças firmadas nas práticas sociais, selecionadas como aquelas cujos efeitos foram reconhecidos pela comunidade. Vê-se uma relação entre esta, a crença e quem divulga verdades. Tanto as teorias dos sistemas, num nível mais abstrato, quanto o pragmatismo demonstram que os efeitos do que se pensa são importantes para dar estabilidade às ideias. A verdade não pode ser privilégio exclusivo de um interlocutor, que se isola do mundo — eis uma conclusão tomada de diferentes pontos de partida teóricos.

A definição dessa premissa epistemológica, a qual fundou a ideia de uma verdade processual e una, pertencente ao mundo do direito e fora dele, serviu de norte para interpretar os trabalhos de Robert Alexy, de Aulis Aarnio e de Marcelo Neves. O primeiro, famoso pela aplicação da proporcionalidade em questões de direitos fundamentais; o segundo, por admitir o postulado da maioria racional, como requisito de previsibilidade e de aceitação social; e o terceiro por mostrar que princípios e regras se completam na tarefa de argumentar, funcionando os princípios como observações de segunda ordem para enriquecer a alta densidade das regras, vocacionadas para serem razões diretas das decisões.

A discussão acerca do conflito entre regra e princípios, em Alexy, ao tratar do difícil tema da proporcionalidade entre o sacrifício e benefício de direitos, ressalta que a verdade do “melhor resultado possível” depende da conjuntura de conhecimentos empíricos e teóricos e de regras de transição entre o direito e a moral, além de outros valores — assim, o direito é uma caixa aberta, em vez de soluções fechadas. Quanto a A. Aarnio, a sua teoria tem como ponto fraco a dificuldade de indicar quais seriam os limites do auditório da maioria racional, mas, ainda sim, é bastante útil por realçar a contingência da verdade nas democracias modernas. Por fim, a obra de Marcelo Neves enriquece a hipótese deste trabalho, por mostrar a ingenuidade de soluções dogmáticas que não permitam a abertura argumentativa com base em observações de segunda ordem.

Os “standards” probatórios são padrões argumentativos impostos para quem quer comunicar determinada atitude. Um filtro para evitar subjetivismos e não para estabelecer decisões únicas. Mas, sem uma reflexão teórica maior, esses padrões de comportamento não cumprem o seu papel, por veicularem conceitos demasiados abertos.

No direito positivo brasileiro, vige o preceito da “livre convicção probatória” para se formar o juízo de mérito em face da acusação pública, submetida a ações probatórias em regra sob contraditório. Antes do texto constitucional de 1988, vigiam o livre convencimento, a fé pública dos atos estatais (presunção de legitimidade e veracidade) e a busca da verdade da prova.

A ordem da constituição de 1988 inaugura um regime de expulsão da prova ilícita — “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI) — e a instrução normativa do processo criminal, a partir de 2008, passou a dizer que são inadmissíveis as provas ilícitas e as derivadas das ilícitas, exceto quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (art. 157 e §§ do CPP).

Antes de 1988, pelos padrões de argumentação da presunção de boa-fé dos atos públicos e da busca da verdade material, apenas provas consistentes em graves violações de direito material eram afastadas, já que o juiz tinha autonomia para valorar a prova, a par de dar notícia ou determinar a punição de quem produziu a prova. Mas, após 1988, instalou-se a celeuma em face da interpretação da norma constitucional e da posterior alteração normativa no CPP.

A experiência do direito norte-americano foi explorada no trabalho para mostrar como o uso da prova ilícita está ligado a apontamentos político-criminais que, ora implicam maior rigor na exclusão da prova ilícita, ora maior aceitação da prova. A experiência alemã também foi ressaltada, para mostrar que a análise da prova ilícita depende do exame do direito material que vai ser sacrificado e do que vai ser beneficiado.

Utilizou-se de empréstimo a distinção entre regras de uso e regras de produção da prova, para asseverar que a proibição constitucional se dá com as regras de uso, que afastam a

possibilidade de efeitos lícitos da prova ilícita. Quanto as regras de produção, a despeito da produção ilícita da prova, seria possível utilizá-la, caso se observasse a metodologia argumentativa aqui proposta e fosse a opção de enquadramento entre a fonte independente e a descoberta inevitável.

A inovação na ordem jurídica é feita de acordo com as possibilidades que o sistema processual acusatório permite. Como se sabe, não existe um sistema acusatório puro, mas o direito brasileiro se orienta por dar protagonismo às partes na gestão das provas, com a participação subsidiária do juiz. Tanto juiz quanto partes se utilizam do raciocínio abduutivo, já que ambos constroem as narrativas dos fatos e de como o direito deve ser aplicado à espécie. O raciocínio judicial é feito com base nas consequências, em que se estabelece o melhor encontro entre as questões de fato e de direito por ilações criativas — por uso de “topoi” — em que o sentido jurídico é fixado por formas comunicadas pelo código lícito e ilícito, dizendo-se qual o direito é aplicável ao caso. É uma mera conjectura que o intérprete tenta comprovar ao longo da instrução processual. O raciocínio abduutivo pode ser demonstrado pelo seguinte silogismo: Conclusão (hipótese provável) + premissa maior (norma abstrata) + premissa menor (caso sob o qual incide a norma). Seria, numa ordem cronológica, os contextos da descoberta e da justificação.

As valorações das provas ilícitas, obedecida a conjectura da hipótese provável, opera por analogia com os meios de prova típicos e, quanto aos atípicos, a valoração é mais subjetiva. Para as provas típicas, é cabível a analogia com as provas típicas, porque as provas originariamente ilícitas podem gozar de igual credibilidade (valor moral-emocional) e probabilidade de verdade (valor cognitivo) dos meios típicos de prova, justificando ser um título condenatório. Tal consequência também é aplicável para os indícios, contanto que indiquem relevantes elementos de materialidade e autoria e sejam concordantes, havendo mais de um (grave, preciso e, havendo mais de um, concordante).

Para as provas atípicas — seja quanto ao modo de produção ou quanto ao procedimento —, estão reservados os casos em que a violação do direito material impede comparar com algum meio típico de prova ou quando, com efeito, trata-se de produção probatória não regulamentada. É mais subjetivo, posto ela se dar com o grau de violação do direito material e como haverá essa compensação para o processo cumprir o seu desiderato de processo justo.

As teorias dos círculo correto de interpretação, do fim da proteção da norma, do controle informacional, das faculdades probatórias e, subsidiariamente, a teoria da ponderação são ferramentas teóricas que permitem com maior acuidade analisar a situação jurídica, identificando qual direito material sofrerá prejuízo, como haverá a devida compensação e como o processo cumprirá a sua finalidade político-criminal de ser instrumento de contenção contra abusos de poder. Nesse sentido, a teoria jurisprudencial alemã das três esferas — vida social, privada e íntima —

permitem dimensionar graus possíveis de tolerância na violação de direitos, sendo o espaço íntimo, na verdade, o último dimensionamento de margem a princípio inviolável.

Se tais teorias são úteis para antever como seria a situação jurídica, com melhor proveito se apresentam para motivar o encontro do justo título (*justus titulus*) do fato jurídico. Com elas, seria identificada a relevância jurídica do fato, para que o tema fosse tratado nos respectivos âmbitos da existência e da validade.

A hipótese do trabalho estaria incompleta se não estudasse o fenômeno da prova ilícita de acordo com a teoria geral do direito, em face dos problemas de nulidade que o tema enseja.

Por influência do direito italiano, a divisão entre atos nulos, anuláveis e irregulares dá azo a várias dificuldades operacionais. Tradicionalmente, os atos nulos são os de nulidade absoluta e vêm taxativamente discriminados em lei; os anuláveis dependem de inferir o prejuízo e podem ser sanados com o tempo; e os irregulares são aqueles cujos vícios não têm o condão de retirar a validade do ato. Há ainda casos de vícios de elevada gravidade que não encontram referência na lista legal. Para esses, fala-se em atos inexistentes, em face de vícios de gravidade elevada. Qual seria a diferença entre nulidade absoluta e ato inexistente, tirante a referência da lista de casos para o primeiro? Não há uma resposta segura. De mais a mais, o grande problema são atos cujo vício não têm discriminação em lei e há dificuldade de enquadrar como ato anulável ou irregular ou até mesmo como inexistente. Essa observação se assoma quando a jurisprudência questiona utilidade da existência de nulidades *a priori* — i.é, que não dependem do exame da experiência — por significar o engessamento de um processo instrumental.

Acredita-se que a teoria de exame do direito material, com graus de compensação e análise do direito beneficiado com o uso da prova ilícita, pode ajudar entender quando, de fato, existe prejuízo que afasta a validade do ato.

Não seria uma teoria apegada apenas ao exame do caso, como poderia induzir uma teoria dinâmica da nulidade, tampouco uma teoria estática, como era do costume processual que vigorou do império à primeira metade do século XX. Ela procuraria juntar as coisas positivas do CPC/15, inspirado no exame da intensidade de argumentação do caso, para constatar se houve respeito à paridade de armas, bem assim a tradição do CPP, ao reconhecer temas cuja nulidade deve ser imperativamente considerada. Essa combinação pode ser perfeitamente lida no programa decisional dos tribunais, cuja capacidade inventiva de renovação se dá gradualmente, para não comprometer a segurança jurídica daquilo que goza de memória e sentido reiterado na prática operacional.

O elemento central da discussão está na compreensão da força do fato jurídico. Reconhecer a inexistência do fato ou a nulidade absoluta do ato seria afastar a importância (existência) jurídica do ato, a troco da intensidade repulsiva do ordenamento contra o fenômeno que não preencheu os elementos jurídicos mínimos para ingressar na ordem do direito (“tatbestand”). Ocorre que a

incidência dessa força não é um ato mecânico, de subsunção causal. É algo problemático, submetido a um raciocínio abduutivo, provável e que se insere numa forma de sentido que o sistema jurídico pode ler de outro modo (“re-entry”).

Ao estudar as teorias do fato jurídico (semântica) e a teoria da norma jurídica (sintática), vê-se que há uma relação dual entre o direito e os fatos ou um purismo lógico que abstrai as questões circunstanciais dos fatos. Ambas teorias não permitem entender como um fato inexistente pode se tornar existente com relevância jurídica. As duas falam que, em determinados casos, é possível conferir aparência de juridicidade a um fato inexistente, para privilegiar, p.ex., a boa-fé dos atores. Mas não há tratamento sistemático a esse caso de exceção.

A produção de prova ilícita é quando passa a produzir efeito lícito; é de se conhecer a existência do fato, a consideração dela no âmbito da validade e no dos seus efeitos. Cuida-se de um ato humano, praticado com vontade livre, mas que tem esta como não relevante — tanto faz se a vontade foi de acordo ou contrária ao direito. Por isso é um ato-fato, diferente de um fato, em que não existe vontade, e de um ato voluntário.

A mudança do inexistente para o existente ocorre com a aplicação de uma regra de calibragem à ordem jurídica, desviando-se o curso previsível para um fim inusitado, com a finalidade de atender à forma justiça. Isso só é possível com uma teoria pragmática da norma jurídica, que analise o comportamento dos interlocutores do ato e do editor normativo. O fundamento dessa análise é encontrar o justo título, a causa-eficiente, que permita mudar o sentido jurídico do fato, ao ponto de inexistente ele passar a ser existente para o direito.

É o que se chama de análise triádica. O justo título vai ser inspirado nos valores da ordem jurídica, que conduzem ao sentimento contingente de justiça. Assim, a boa-fé de quem pratica a conduta, valor da repercussão da conduta na esfera de terceiros, a gravidade do crime etc. podem ser pontos ressaltados para justificar a causa eficiente. Nesse sentir, o estudo da existência do fato se apresenta com incomensurável relevância. Quando o direito diz que um fato é inexistente, mesmo um fato da natureza, há um pré-julgamento da ordem jurídica, para que dizer o que inexistente não ofende a comunhão de direitos e deveres da ordem; não há *obligatio*.

O cerne da hipótese do trabalho é dizer que a justificação do encontro desse justo título, a par das considerações acima, também passa necessariamente pela reflexão de como o direito material foi atingido com o uso da prova ilícita e pela análise de como o processo judicial deve se reestabelecer para criar regras paritárias. Esse é o caminho mais acertado e analítico para justificar a causa eficiente de passagem do fato para a situação jurídica, que propicie estudar o fato jurídico segundo o âmbito da existência, validade e seus efeitos. Para colimar esse escopo, é importante lembrar as teorias de média abstração, tais como as teorias dos círculo correto de interpretação, do

fim da proteção da norma, do controle informacional, das faculdades probatórias e, subsidiariamente, a teoria da ponderação.

A norma material probatória é uma garantia de proteção da liberdade, efetividade e livre desenvolvimento de personalidade. Por essa razão a justificação da decisão deve ser o mais detalhada possível, para ser submetida a um posterior controle público da qualidade do decidido.

Como último ponto da tese, foram analisados vinte e sete acórdãos e um caso de repercussão geral a respeito de vícios probatórios ligados a mandados de busca e apreensão. E um caso referência sobre compartilhamento indevido de dados. Todas as decisões foram do STF, tribunal máximo do país, que ocupa papel protagonista na fixação do sentido de temas criminais.

A análise dos julgados confirmou a importância da hipótese do trabalho, eis que as decisões do STF não apresentam uma orientação de quando o fato ilícito passa a ser lícito.

Além do debate se o texto constitucional permite o aproveitamento da prova ilícita, vê-se que as decisões enveredam por caminhos tortuosos. Muitas vezes as questões de fato são recontadas de sorte a destacar aspectos de licitude em detrimento da ilicitude, a fim de que as provas possam ser utilizadas. Em outro momento, aspectos de política criminal são evidenciados — como a gravidade do crime e necessidade de punição — para dizer que as provas devem ser olhadas no conjunto e que a prova ilícita não pode invalidar todo o processo.

Falta, por conseguinte, uma metodologia de análise de apresentação dos argumentos, que esta tese procura construir a título de hipótese para encontro da causa eficiente do fato jurídico, a qual permita afastar irrelevância do fato ilícito e situá-lo como ocasionador de uma situação jurídica existente, válida e eficaz. Essa é uma tarefa, nunca é demasiado repetir, que deve vir antes da aplicação de qualquer teoria de aproveitamento das provas originariamente ilícitas.

O trabalho termina numa espécie de paradoxo, porque a coletânea de decisões foi o primeiro passo percorrido ao longo da tese, a fim de constatar qual era o problema jurídico a ser enfrentado. Todavia, por outro lado, os referidos dados foram também o último passo da tese, uma vez que os mencionados dados foram analisados novamente, com a finalidade de verificar a utilidade da hipótese do trabalho. Por isso os julgados do STF estão no capítulo final da redação.

A contradição de sentidos faz parte da experiência jurídica. Ao procurar construir um modelo de justificação, amplo o suficiente para abranger as vicissitudes da comunicação, respeitou-se a lição luhmaniana de que os processos legais podem ser olhados como sistemas sociais, vocacionados a decidir.

Sem a pretensão de fazer esquemas de legitimação da decisão judicial, por serem demasiados ingênuos, buscou-se outra espécie de sonho, talvez a pretensão mais legítima e uma do direito, que é operar o sentimento de justiça, em que pese a contingência da existência humana. Foi o nosso último paradoxo.

## REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. **Derecho, racionalidad y comunicación social**. Mexico, D.F: fontamara, 2008.
- AARNIO, Aulis. **Law and philosophy**. London, New York: springer, 2011.
- ABBAGNANO, NICOLA. A filosofia das ciências. **História da filosofia**. Lisboa: presença, 2000.
- ALEXY, Robert. Defesa de um conceito de direito não positivista. **Teoria discursiva do direito**. São Paulo: forense, 2014.
- ATIENZA, Manuel. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Orgs: AARNIO, Aulis, ATIENZA, Manuel e LAPORTA, Francisco J. Madrid-mexico: fontamara, 2013, p. 47-80.
- ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de filosofía**. Bogotá: fondo de cultura económica, 1997.
- ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: coimbra, 2006.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: livraria do advogado, 1996.
- AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán — fundamentación teórica y sistematización. *Revista política criminal*, vol. 04, nº 07, jul. 2009. ã, [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20110207\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110207_02.pdf). Acesso em 02/05/2020.
- ANGELELI, Gustavo. Tempo e direito: experiência e expectativa no sistema jurídico. Acesso em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-13012017-163206/publico/GustavoAngelelliTempoeDireitoParcial.pdf>, Acesso em 18/01/2021.
- ARISTÓTELES. **Retórica**. Introdução de Quintín Racionero. Madrid: gredos, 2014.
- ARISTÓTELES. **Metafísica**. Livros I, III, 983 (a)25. Biblioteca Clássica Gredos. 2. ed. Madrid: Editorial Gredos, 1998.
- ARISTÓTELES. **Tópicos**. Madrid: gredos, 1994.
- ARISTÓTELES. **Analíticos primeiros. Tratados de lógica (órganon)**. Madrid: gredos, 1995.
- ASHBY, Ross. **Introdução à cibernética**. São Paulo: perspectiva, 1970.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sociologia da administração da justiça penal. LIMA, Renato Sérgio, RATTON, José Luiz e AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Orgs). **Crime, Polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: editoracontexto, 2014.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. As condições da ação penal. **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**. Orgs ZUFELATO, Camilo e YARSHELL, Flávio Luiz. São Paulo, malheiros, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6 ed. e-book. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

BADARÓ, Gustavo. Dossiê “Prova Penal: Fundamentos Epistemológicos e Jurídicos”. **Revista Brasileira de direito processual penal**. Volume 4 - No 01 - jan./abr. 2018, p. 43-80.

BERTALANFFY, Ludwig von. The history and status of general systems theory. **The academy of management journal**. Vol 15, nº 04, 1972, p. 407-426

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Ebook. Streetlib, bookfarm.

BELING, Ernst von. **Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal. Las prohibiciones probatorias**. Bogotá: temis, 2009.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O teste da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea. SALGADO, Daniel; KIRSCHNER, Luís Felipe; QUEIROZ, Ronaldo (orgs). **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: podium, 2020.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoração racional da prova**. Salvador: juspodivm, 2021.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Trad. RAMOS, Vitor de Paula. São Paulo: revista dos tribunais: 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. capitulo 30, 1 e 2 de 8. Ebook. Streetlib, bookfarm.  
BERTOLINO, PEDRO J. **La verdad jurídica objetiva**. Buenos Aires: lexisnexis, 2007.

BOHLANDER, Michael e VORMBAUM, Thomas. **A modern history of german criminal law**. Trad. por HILEY, Margaret. London: springer, 2014.

BRAGA, Paula Sarno. Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. **Tese de doutorado UFBA**. <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17749>, acesso em 06/09/2020.

BRASIL. Constituição Federal da República brasileira. 05 de outubro de 1998. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1998.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei nº 11.690. Alterou dispositivos do Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 09 de junho 2008.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração em Habeas Corpus nº 84679-3/ MS. Primeira turma, 30 de agosto de 2005.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração em Inquérito nº 3990 ED/DF. Segunda turma, 19 de setembro de 2017.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 0069888/RJ. Segunda Turma, 09 de fevereiro de 1993.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103325/RJ. Segunda Turma, 03 de abril de 2012.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 106566/SP. Segunda Turma, 16 de dezembro de 2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 138565/SP. Segunda Turma, 18 de abril de 2017.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73921-1/MG. Segunda Turma, 06 de agosto de 1996.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 76336-0/SP. Primeira Turma, 16 março de 1999.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79512-9/RJ. Tribunal Pleno, 16 de dezembro de 1999.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82788-8/RJ. Segunda Turma, 12 de abril de 2005.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84679-3/MS. Primeira Turma, nove de novembro de 2004.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84772-2/MG. Segunda Turma, 19 de outubro de 2004.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84875-3/PR. Segunda Turma, 19 de outubro de 2004.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87543-2/SC. Primeira Turma, 13 de fevereiro de 2007.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91350/SP. Segunda Turma, 17 de junho de 2018.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 93050/RJ. Segunda Turma, 10 de junho de 2008.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2245-4/MG. Tribunal Pleno, 28 de agosto de 2007.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2424/RJ. Tribunal pleno, 26 de novembro de 2008.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. inquérito nº 4112/DF. Segunda Turma, 22 de agosto de 2017.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4483/DF. Tribunal Pleno, 19 de dezembro de 2017.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 24473/SP. Segunda Turma, 26 de junho de 2018.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 132062/RS. Primeira Turma, 22 de novembro de 2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 404593-1/ES. Segunda Turma, de 18 de agosto de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593727/MG. Tribunal Pleno, 14 de maio de 2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616/RO. Tribunal pleno, 23 de maio de 2010.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em Habeas Corpus nº 85286-6/RJ. Segunda Turma, 29 de novembro de 2005.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 90376-2/RJ. Segunda Turma, 03 de abril de 2007.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral em RE nº 603616/RO. Plenário virtual, 05 de novembro de 2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83542/PE. Primeira Turma, em 09 de março de 2004.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 132062/RS. Primeira Turma, 22 de novembro de 2016.

BROWN, G Spencer. **Laws of form**. London: the Julian, 1972.

BUENO, João Antonio Pimenta. **Processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: empreza nacional do diario, 1857.

BURINI, Bruno Corrêa. Normas processuais no código civil (e a disciplina da prova legal). **Revista do Instituto dos advogados de São Paulo**. Vol. 16/2005, Jul.-Dez., 2005, p. 95-115.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de janeiro: forense, 2010.

CAMPOS, Roberto e MIRANDA, Gabriela. **O fenômeno processual de acordo com os planos material, pré-processual e processual do direito: breves considerações do tema a partir (e além) do pensamento de Pontes de Miranda**. Coleções novo CPC. Parte geral. DIDDIER, Fred (coord. geral). Salvador: juspodvim, 2015.

CAMERON, Charles M. **Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach**. New York: Sage books, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Tomo IV. 2ª ed. Campinas-SP: bookseller, 2009.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: saraiva, 1985.

CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: noeses, 2009.

CARVALHO, Ricardo C. Torres d. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal — um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 12/1995. DTR\1995\403, out. - dez., 1995, p. 162-200.

CERON, Andrea e MAINENTI, Marco. Toga party: the political basis of judicial investigations against MPs in Italy (1983-2013). **EPSA 2013 Annual General Conference Paper 234**. 2013.

CLANCY, Thomas K. The Irrelevancy of the Fourth Amendment in the Roberts Court. **Symposium on Criminal Procedure**. Vol. 85, december, p. 191-208, 2009.

CLARKE, Bruce. Heinz von Foerster and Niklas LUHMANN, The Cybernetic of social systems theory. **Cybernetics and human knowing**, vol. 18, ns 3-4, p. 95-99, sem ano.

COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de processo**. DTR 2006/187. Vol. 133/2006, p. 85-120, mar. 2006.

CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Milano: giufre, 2006.

CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glossario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Mexico: universidad iberoamericana, 1996.

COUTINHO, Jacinto. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

DAMASKA, Mirjam R. Evidence law adrift. New haven & London: yale university press, 1997.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**. New York: yale university, 1986.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**. Tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas/SP: millenium, 2008.

DEU, Teresa Armenta. A prova ilícita. Um estudo comparado. São Paulo: marcial pons, 2014.

DEWEY, John. How we think. Chicago, D.C. heath & CO publishers, 1910.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil. Vol II**. Malheiros: São Paulo, 2004.

DOBROWOLSKY, Samantha Chantal. Justificação jurídica e sociedade na visão de Aulis Aarnio. Dissertação mestrado. Curso de pós graduação em direito. UFSC. Florianópolis- SC. 1997.

EBERLE, Norbert. **Zur Rhetorik des Zivilprozessualen bewaises**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1989.

EISENBERG, Ulrich. **Beweisrecht der StPO**. München: Verlag, 2017.

ELIAS, Norbert. **The Civilizing Process**. evolução e costumes. New Jersey: Wiley-Blackwell, 2000.

ENDICOTT, Timothy. Proportionalità e incommensurabilità . PINO, Giorgio e VILLA, Vittorio (orgs). Rule of Law. **L'ideale della legalità** . Bologna: mulino, 2016.

EPSTEIN, Lee e WALKER G., Thomas. Rights, Liberties and Justice. **Constitucional law for a changing America**. Ninth Edition. Washington DC: sage, 2016.

- FALCAO JR, Alfredo Carlos G. Associação diferencial e erro penal quanto aos elementos normativos do tipo: critério tópico e indiciário de diferenciação entre os erros de tipo e de proibição. **Programa de pós graduação em direito da Universidade Federal de Pernambuco**. UFPE. 2013.
- FANULI, Giuseppe Luigi. **Le nullità nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 2013.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Prova e sucedâneos da prova no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 66/2007. Maio-Jun. 2007. São Paulo: RT, p. 193-236.
- FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. São Paulo: marcial pons, 2013.
- FEREJOHN, John A. E KRAMER, Larry D. Independent judges, dependent judiciaries: institutionalizing judicial restraint. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/>
- FERRAZ jr, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: forense, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. **Contro il creazionismo giudiziario**. Modena: mucchi, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**. Teoria del garantismo penale. Roma: Laterza, 1989.
- FISHER, George. Federal rules of evidence. 2013-2014. **Statutory and case supplement**. St Paul: foundation press, 2014.
- FISCHER-LESCANO, Andreas. Crítica da concordância prática. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo e LOPES, José Reinaldo de lima. **Crítica da ponderação. Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: saraiva, 2016.
- FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: centro editor de america latina, 1968.
- FRIEDMAN, Lawrence M. **A history of american law**. Third edition. New York: touhstone, 2005.
- GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: revan, 2008.
- GARCÍA, Javier Álvarez. **Sobre el principio de legalidad**. Valencia: tirant lo blanch, 2009.
- GAIO. **Instituições**. Direito privado romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo penal**. 3ª ed. São Paulo: atlas, 2016.
- GÖSSEL, Karl H. El principio de estado de derecho en su significado para el procedimiento penal. In: **El derecho procesal penal en el estado de derecho: obras completas**. Santa Fé: Rubinal-Culzoni, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva.
- GUERRERO, ÓSCAR Julián. **Las prohibiciones de prueba en el proceso penal colombiano. Anotaciones desde el derecho comparado. Las prohibiciones probatorias**. Bogotá: temis, 2009.

GÜNTHER, GOTTHARD. **Cybernetic ontology and transjunctional operations**. Vordenker. February, 2004.

HAACK, Susan. Evidence Matters. **Science, proof, and truth in the law**. New York: Cambridge, 2014.

HAACK, Susan. Justice, truth, and proof: not so simple, after all. **R. Bras. Dir Proc. RBDPro**. Belo horizonte, ano 25, n.º 99, jul. / set. 2017, p. 15-41.

HELMKE, Gretchen and ROSENBLUTH, Frances. Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective. **Annual Review Political Science**, 2009, p. 345–366. Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/04-1360.ZS.html>. Acesso em: 27/01/2019. <https://www.novo.justica.gov.br/sua-protecao-2/cooperacao-internacional/atuacao-internacional-2/foros-internacionais/grupo-de-acao-financieira-internacional-gafi>. Disponível em 17/02/2021. <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06042021-Turmas-penais-unificam-orientacao-sobre-prova-de-autorizacao-do-morador-para-a-entrada-da-policia.aspx>. Disponível em 05/06/2021.

INTLAWJUSTINST/Resources/ferejohn\_kramer.pdf. Acesso em: 28/01/2019. Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/555/135/>. Acesso em: 25/01/2009.

IRELAND, Craig e CARVOUNAS, David. Disponível em: [https://www.academia.edu/7562213/Time\\_Society\\_Future\\_Learning\\_from\\_Koselleck\\_and\\_extrapolating\\_from\\_Elias\\_Precariousness\\_the\\_Secured\\_Present\\_and\\_the\\_Sustainability\\_of\\_the](https://www.academia.edu/7562213/Time_Society_Future_Learning_from_Koselleck_and_extrapolating_from_Elias_Precariousness_the_Secured_Present_and_the_Sustainability_of_the). Acesso em 07/07/2019.

JOHNSON, Herbert A.; Wolfe, Nancy Travis; Jones, Mark. **History of Criminal Justice** (Locais do Kindle 2-3). Elsevier Science. Edição do Kindle.

JULIOTTI, Pedro de Jesus. **Direito intertemporal processual penal**. São Paulo: Juarez de oliveira, 2007.

JOAS, Hans e KNÖBIL, Wolfgang. **Teoria social**. Vinte lições introdutórias. Petrópolis: vozes, 2017.

JULIOTTI, Pedro de Jesus. **Direito intertemporal processual penal**. São Paulo: Juarez de oliveira, 2007.

JUGL, Benedikt. **Fair trial als Grundlage der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Straverfahren**. Baden-Baden: Nomos, 2017.

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>. Acesso em: 23/01/2018.

KIRK, A. Randazzo, Douglas M. Gibler, and Rebecca Reid. Examining the Development of Judicial Independence. **Political Research Quarterly**, 2016, Vol. 69(3) 583–593.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª edição. Lisboa: 1997

LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology** (Cambridge Studies in Philosophy and Law). Cambridge University Press. Edição do Kindle. ISBN-13 978-0-511-24273-1.

LADEUR, Karl-Heinz, The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law, From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Lergal Inter-relationships. **European University Institute. EUI LAW**; 1999/03

LAINGUI, André e LEBIGRE, Arlette. **Histoire du droit pénal**. Vol. II. La procédure criminelle. Paris: synthèse cujas, 2000.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 3ª Edição. Rio de Janeiro: lume juris, 2008.

LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista eletrônica de direito processual — REDP**. Vol. V. ISSN 1982-7636.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**. Rio de Janeiro: contraponto, 1999.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**. Contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: contraponto, PUC-RJ, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. **O conceito de história**. Belo Horizonte: autêntica, 2016.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª edição. Lisboa: 1997.

LAINGUI, André e LEBIGRE, Arlette. **Histoire du droit pénal**. La procédure criminelle. Vol. II. Paris: cujas, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: impetus, 2012.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política**. Ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: juruá, 2014.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 3ª Edição. Rio de Janeiro: lume juris, 2008.

LUHMANN, Niklas. Direitos subjetivos - sobre a reestruturação da consciência jurídica para a sociedade moderna. **Teoria dos sistemas na prática**. Petrópolis: vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Sistema giuridico e dogmatica giuridica**. Bologna: il Mulino, 1978.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis, rj: vozes, 2010.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. New York: Oxford press, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Legal argumentation**. Law as a social system. Translated by Klaus A. Ziegert. New York: Oxford, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980.

- LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: paulus, 2005.
- LUHMANN, Niklas. **Distinciones directrices**. Madrid: centro de investigaciones sociológicas, 2016.
- LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad de Mexico: herder, 2010.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de janeiro: tempo brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de janeiro: tempo brasileiro, 1985.
- LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática**. Vol. I. Estrutura social e semântica. Petrópolis, rj: vozes, 2010.
- LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática**. Vol. I. Estrutura social e semântica. Petrópolis, rj: vozes, 2010.
- LUHMANN, Niklas. **Distinciones directrices**. Madrid: Centro de investigaciones sociológicas, 2016.
- LUHMANN, Niklas. **Confianza**. madrid: anthropos, 2005.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. **O bill of rights americano: reflexos no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: DelRey, 2006.
- LUHMANN, Niklas. Legal argumentation: an analysis of its form. **The Modern law review**. Vol. 58. May de, n.º 03, p. 285- 298, 1995.
- MADDALENA, Marcello. In: CASELLI, Gian Carlo, GREVI, Vittorio, FASSONE, Elvio & outros (orgs). **Processo penale e criminalità organizzata**. Roma: laterza, 1993.
- MAIA, Alexandre da. O direito subjetivo como imagem. Disponível em [https://www.academia.edu/6223939/O\\_DIREITO\\_SUBJETIVO\\_COMO\\_IMAGEM?auto=download](https://www.academia.edu/6223939/O_DIREITO_SUBJETIVO_COMO_IMAGEM?auto=download). Acesso em 07/07/2019.
- Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/367/643>. Acesso em: 23/01/2019
- MARQUES, Frederico. **Elementos de direito processual penal**. V.2. 3ª Ed. Campinas-SP: milenium, 2009.
- MARTÍNEZ-Buján Pérez, Carlos. **Derecho penal econômico**. Parte General. Valencia: tirant lo blanch, 1998.
- MASCAREÑO, Aldo. **Diferenciación y contingencia en América Latina**. Santiago: universidad Alberto Hurtado, 2010.
- MASCAREÑO, Aldo. La crisis como control de hipertrofia sistémica y la función del derecho. **Revista direito Mackenzie**. vol. 11, n.º 2, 2017.

- MASCARENO, Aldo; SILVA, Artur Stamford da; LOEWE, Daniel and RODRIGUEZ, Darío. **Redes Informais e Instituições Democráticas na América Latina.** *Dados* [online]. 2016, vol.59, n.3, pp.683-718.
- MASCAREÑO, Aldo. Sociología de la intervención: orientación sistémica contextual. **Revista Mad- universidad de Chile**, nº 25, septiembre, p. 1-33. 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. **Revista de processo.** Vol. 103/2001, jul/set., p. 95-107.
- MAZZA, Oliviero. **Il garantismo al tempo del giusto processo.** Milano: guiffre, 2011.
- MEAD, George H. **Mind, self, & society.** From the standpoint of a social behaviorist. Chicago e London: university of Chicago press.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do fato jurídico: plano da validade.** São Paulo: saraiva, 2007.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MIRABETE, Julio. **Processo Penal.** São Paulo: atlas, 2003.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações.** Campinas: bookseller, 1998.
- MUNIZ NETTO, Evandro. **O princípio de legalidade no processo penal.** Recife: diário da manhã, 1950.
- NETTO, Evandro Muniz. **O princípio de legalidade no processo penal.** Recife: diário da manhã, 1950.
- NEVES, Antônio Castanheira. **Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade.** Coimbra: almedina, 1967.
- NEVES, Marcelo. O profeta, os discípulos e o enviado: comentário a Virgílio Afonso da Silva. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n.1, jan./abr. 2019.
- NERHOT, Patrick. **The fact of law.** Autopoietic law — a new approach to law and society. TEUBNER, G. (org). Berlin: bad fiesolana, p. 312-334, 1988.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules.** Princípios e regras constitucionais. São Paulo: martins fontes, 2013.
- NEWBURN, Tim. **Criminology.** Portland, Oregon: Willam, 2007.
- NÓBREGA, Flavianne F. Pragmatismo e raciocínio abduutivo: a contribuição de Charles Sanders Peirce para o direito. Dissertação em mestrado. **Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal de Pernambuco.** Recife, 2007.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências.** Joao Pessoa: ideia, 2013.

NUNES, Matheus Simões e GUIMARÃES, Patrícia Borba V. **A relativização das nulidades absolutas no processo penal brasileiro e o princípio do devido processo legal: uma análise crítica.** <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=76f376382a50bd48>, acesso em 20/06/2021.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** Belo Horizonte: del rey, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: lumen juris, 2009.

OLSEN, Niklas. **History in the plural: an introduction to the work of Reinhart Koselleck. C. 05, Theorizing historical time and historical writing.** Library of congress: 2012. E-pub.

OLIVEIRA, Adriana de. O que significa dizer que a prova ilícita é inadmissível? **Revista Fórum de Ciências Criminais — RFCC.** Belo Horizonte, ano 03, nº 06, p. 145-163, jul./dez. 2016.

OYA, Márcio Koji. Conceito e natureza jurídica da prova. **Revista de Processo.** Vol. 162/2008, agosto, São Paulo.

PEIRCE, Charles S. **How to make our ideas clear.** In: THAYER, H. S. (org.). **Pragmatism.** The classic writings. Indianapolis, Cambridge: hackett publishing company, 1982.

PEIRCE, Charles S. **Selected philosophical writings.** The essencial Peirce. Vol. I. Edited by Houser, Nathan e Kloesel, Christian. Bloomington: indiana, 1992.

PEIRCE, S. CHARLES. **Principles of philosophy.** Collected papers of Charles Sanders Peirce. Vol. I, Cambridge: Harvard university press, 1931.

PEIRCE, Charles S. How to make our ideas clear. In: THAYER, H. S. (org.). **Pragmatism.** The classic writings. Indianapolis, Cambridge: hackett publishing company, 1982.

PEIRCE, S. CHARLES. **Principles of philosophy.** Collected papers of Charles Sanders Peirce. Vol. I, Cambridge: Harvard university press, 1931.

PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal.** Coimbra: Almedina, 2017.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo.** Sao Paulo: renovar, 2005.

PIEROTH, Bodo e JARASS, Hans. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.** München: C.H.Beck, 2012.

PINHEIRO, Rui e MAURÍCIO, Artur. **A constituição e o processo penal.** Coimbra: coimbra, 2007.

PINO, Giorgio. **Legalità penale e rule of law.** PINO, Giorgio e VILLA, Vittorio (orgs). Rule of Law. L'ideale della legalità . Bologna: mulino, 2016.

- PITSCHAS, Rainer. **Kriminalprävention und “Neues Polizeirecht”**. Berlin: Duncker & humblot, 2002.
- QUIROGA, Jacobo López Barja de. **Tratado de derecho procesal penal**. Navarra: thomson reuters, 2010.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006.
- RAMOS, Luiz Felipe Rosa. **Por trás dos casos difíceis**. Dogmática jurídica e a proibição da denegação de justiça. Curitiba: Juruá, 2017.
- RODRIGUES, Léo Peixoto. **A sociologia de Niklas Luhmann**. Petrópolis: vozes, 2017.
- ROSA, Mariano R. La. **Por una razonable utilización de la prueba de indicios en el proceso penal**. Buenos Aires: fabian J. di Placido, 2011.
- ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht**. München: Verlag, 2017.
- ROXIN e SCHÜNEMANN. **Strafverfahrens-recht**. München: C.H. Beck, 2017.
- SALDANHA, Nelson. **Da teologia à libertação**. Belo Horizonte: del rey, 2005.
- SAMPAIO, José Américo Leite. **Direitos fundamentais**. Retórica e historicidade. Belo Horizonte: del Rey, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: saraiva, 2015.
- SBRICCOLI, Mario. **Storia del diritto penale e della giustizia**. Tomo II. Milano: Guiffrè, 2009.
- SEARLE, John R. **Speech acts. An essay in the philosophy of language**. Cambridge: Cambridge university press, 1969.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. **Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy. Norma, contingência e racionalidade**. São Paulo: renovar, 2005.
- SIECKMANN, Jan. **Is balacing a method of rational justification sui generis?** in: DAHLMAN, Christian e FETERIS, Eveline (orgs). **Arguing on facts: truth, trials and adversary procedures. Legal argumentation theory: cross-disciplinary perspectives**. New York-London: springer, 2013.
- SILVA, Artur Stamford da e CARNEIRO, Henrique Carvalho e PENA, Marcelle Virgínia. **A licitude da prova ilícita nas decisões do STF: observações linguístico-pragmáticas com Richard Rorty**. COLARES, Virgínia (org). **Linguagem e direito**. São Paulo: Cortez, 2017.
- SKLANSKY, David Alan. **Is the Exclusionary Rule Obsolete?** Ohio State Journal of Criminal Law, vol. 05, Heinonline, p. 567-584, 2008.
- SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmann**. Rio de Janeiro: vozes, 2016.

SILVA, Artur Stamford da. O sistema jurídico aprende. A comunicativação aplicada ao princípio da insignificância no direito. **Revista de direito Mackenzie**. V. 14, n. 3, 2020, p. 1-32.

<http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v14n314112>. Acesso em: 23/02/2021

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, nº 798, 2002, p. 23-50.

SILVA, Jardel Luís da e FELIX, Juri. Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 111/2014. Nov.-dez., p. 209-226.

SKLANSKY, David Alan. Is the Exclusionary Rule Obsolete? **Ohio State Journal of Criminal Law**, vol. 05, Heinonline, p. 567-584, 2008.

STEWART, Hamish. **The law of evidence and the protection of rights**. Rethinking criminal law theory. Oregon: oxford, 2012, p. 177-192.

SUTHERLAND, Edwin H. **Principles of criminology**. 6ª ed. Chicago: J.B. Lippincott Company, 1960.

SYDOW, Fritz. **Kritik der lehre von den "beweisverboten"**. Berlin: wüzburg, 1976.

TAVARES, Juarez e CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: tirant lo blanch, 2020.

TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: marcial pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del. Nº 29 (2006). ISSN: 0214-8676 pp. 249-271.

TARUFFO, Michel. Tres observaciones sobre "por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar" de Larry Lauda. **DOXA**. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº 28 (2005) ISSN: 0214-8676, pp. 115-126.

TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juiz en Europa. **Doxa**. Nº 29. XXV congreso nacional de la asociación italiana de investigadores sobre el proceso civil. Cagliari. 07 Y 08 de OCTUBRE de 2005. **Publicado en Riv. tri. dir. proc. civ.**, Vol. LX, nº 02, p. 250–271, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova-princípio da verdade real - poderes do juiz ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). **Revista de direito privado**. Vol. 17/2004, Jan-março, p. 9-28.

TEUBNER, Gunther. **Recht als autopoietisches System**. Frankfurt am Main: suhrkamp, 1989.

TESHEINER, José Maria Rosa. Governantes e juízes: alguns antecedentes históricos do poder normativo dos tribunais superiores. **Arquivo Jurídico** – ISSN 2317-918X – Teresina-PI – v. 3 – n. 1 – p. 137-152.

TEUBNER, GUNTHER. Law and Social Theory: Three Problems. *Asian Journal of Law and Society*, 1 (2014), pp. 235–254. doi:10.1017/als.2014.13. <https://www.cambridge.org/core>. Disponível em 10/02/2020.

- TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo penal**. Vol. 01. 4ª ed. São Paulo: saraiva, 1987.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30ª edição. Vol. 03. São Paulo: saraiva, 2014.
- TORRES CHEDRAUI, Ana. An analysis of the exclusion of evidence obtained in violation of human rights in light of the jurisprudence of the European Court of Human Rights. **Tilburg Law Review**. Vol. 15. October 2010, p. 205-234.
- TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: giappichelli, 2013.
- TUZET, Giovanni. in: DAHLMAN, Christian e FETERIS, Eveline (orgs). **Arguing on facts: truth, trials and adversary procedures**. Legal argumentation theory: cross-disciplinary perspectives. New York-London: springer, 2013.
- United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).Disponível em:  
<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/468/897>. Acesso em: 27/01/2019.
- VALLEE, R. Systems science and cybernetics – Vol. III. **History of Cybernetics**.
- VANDERSTRAETEN, Raf. Observing systems: a cybernetic perspective on system/environment relations. **Journal for the theory of social behavior**. Blackell publishers, p. 297-311, 2011.
- WEBBER, Suelen da Silva. **Decisão judicial e estabilização social**. Legitimação pelo procedimento na sociedade complexa. Curitiba: jurá, 2017.
- VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: revista dos tribunais, 2000.
- VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: coimbra, 2005.
- VILLAS BOAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: saraiva, 2009
- Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914). Disponível em:  
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/>. Acesso em: 23/01/2019.
- WIECHBRODT, Johannes. **Der verbotene Beweis in Straf- und Zivilprozess**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- WIENAR, Norbert. **The control and the communication in the animal and the machine**. 3ª Ed. Cambridge: MIT, 1984, parte I, capítulo VII. Versão eletrônica.
- WIENAR, Norbert. **The human use of human beings**. Cybernetic and society. Da capo press, capítulo I, Cybernetic in history. Versão eletrônica.
- WOLTER, Jürgen. **Datenschutz und Strafprozess**. In: ZStW 107 (1995). Heft 4.
- WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.