

JUSTO TÍTULO: EM BUSCA DE MAIOR SEGURANÇA JURÍDICA PARA ADMITIR A PROVA ILÍCITA

“JUSTUS TITULUS”: GREATER LEGAL CERTAINTY TO EXCEPTION OF THE EXCLUSIONARY RULE

Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Junior

Doutor em Direito pela UFPE, com estágio no Max Planck de Hamburg-Ale. Procurador da República.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7514174629765712>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7427-2469>

alfredofalcao@gmail.com

Resumo: O justo título é um espaço argumentativo, que visa a assegurar a calibragem do sistema jurídico, para, em atenção à justiça, serem oferecidas respostas diferentes das usuais. Propõe-se usar o justo título como etapa argumentativa anterior à aplicação das exceções legais à proibição de uso da prova ilícita.

Palavras-chave: Justo título – Prova ilícita – descontaminação.

Abstract: The “justus titulus” has the function of ensuring the calibration of the legal system, so that different answers from the usual ones are offered to problems that present relevant and particular circumstances for the realization of justice. It is proposed to use the “justus titulus” as an argumentative stage prior to the application of exclusionary rule.

Keywords: Justus titulus – Illegal evidence – Exception to exclusionary rule.

1. Introdução

O justo título é um instituto de Direito Antigo, que foi recuperado na década de 60 do século passado, pela tópica e pela retórica, como instrumento para fundamentar soluções criativas para velhos problemas jurídicos.

Ele foi pensado para dar maior segurança jurídica à relativização da proibição de uso da prova ilícita. Antes de serem aplicadas as exceções legais do ordenamento nacional – fonte independente e descoberta inevitável –, o operador deve preencher campo argumentativo para dizer se o fato em prova oferece o justo título.

Entre a proteção da liberdade individual e o desejo de assegurar a efetividade da tutela penal, há o anseio de que a decisão jurídica exponha à exaustão todos os argumentos do porquê de admitir a prova ilícita. Logo, o justo título é uma garantia a favor do Estado de Direito e do controle social da decisão.

Não serão trabalhadas neste ensaio as exceções da fonte independente (FI) e da descoberta inevitável (DI), que remetem a uma problemática posterior ao local argumentativo do justo título.

2. Segurança jurídica e exceção à proibição de uso da prova ilícita: uma breve história

O desenvolvimento das exceções à regra de exclusão da prova ilícita nos Estados Unidos destacou a relação entre política criminal e aplicação da dogmática processual-penal. As regras de exclusão da prova ilícita foram consolidadas ao longo de um período político em que os Direitos Civis foram objeto de importantes declarações da Corte Suprema. Após, porém, num período ligado à ascensão do partido republicano, nos idos 1970 em diante, viu-se a criação de normas de exceção à regra de exclusão.¹

Ao lado da confiabilidade da prova, como instrumento apto para sustentar enunciados de fato sobre o passado, e da proteção da expectativa de intimidade, visava-se também a garantir a efetividade do sistema criminal, dêis que os agentes públicos se comportassem com boa-fé.²

Como paralelo ao Direito Brasileiro, quanto às regras de descontaminação – art. 157, CPP –, tem-se a fonte independente, que é a referência mais antiga, quando num juízo retrospectivo, examina-se se a informação também fora colhida por meio lícito, e a descoberta inevitável, que depende de juízo normativo mais complexo, relacionado a se imaginar quando uma prova poderia ser obtida segundo parâmetro médio de investigação a ser desenvolvida.³

Na Alemanha, o início do século XX foi caracterizado como momento em que se rejeitou o emprego da prova ilícita, pois não se poderia admitir efeitos lícitos de um ato ilícito. Ademais, o Estado não poderia se equiparar a um infrator para produzir provas.⁴

Não obstante, por forte pressão política, a jurisprudência apresentou oscilações quando se trata de punir crimes graves ou que ofendam a segurança nacional. Adotou-se, nesse tom, uma visão menos kantiana e mais utilitária, sob forte crítica de segmentos importantes da doutrina.⁵

Como se vê, para além das exceções legais, defende-se neste ensaio, que existirá melhor segurança jurídica se, antes da aplicação das referidas excepcionalidades, houver espaço argumentativo para o justo título, nos quais seriam expostos fundamentos relevantes como boa-fé, gravidade do crime, quais danos jurídicos poderão ser compensados pela parte contra quem for usada a prova, respeito ao Processo Penal como instrumento jurídico-político de contenção da violência estatal etc.

Observe-se que este capítulo decisório é autônomo e independe de qual exceção será aplicada futuramente. A ideia é criar um arcabouço de média abstração para mostrar que a construção jurídica não é casuística e que pode fazer as vezes de regra jurisprudencial para casos futuros.

3. Distinção entre regras de produção e de uso da prova

O texto constitucional brasileiro torna inadmissível o uso de provas obtidas por meio ilícito. Uma dicção literal, com efeito, impediria qualquer exceção à proibição em comento.⁶

Uma regra absoluta sobre o tema seria uma situação *sui generis*

da prática brasileira, já que não há notícia da completa rejeição da prova originariamente ilícita em outro ordenamento.⁷

A dificuldade de trabalhar com base no preceito do tudo ou nada foi sentida após a CF/88. Antes, tinha-se o princípio da livre convicção do julgador como esteio para tornar secundária a distinção entre provas lícitas e ilícitas, exceto graves violações de Direitos Humanos.⁸

Posteriormente, com a nova dicção constitucional, a prática jurídica ficou extremamente complexa. Formalmente, houve a recepção da teoria dos frutos da árvore envenenada, sem se discutir sobre as exceções à proibição de uso da prova ilícita. Do ponto de vista material, porém, vê-se que aspectos políticos foram extremamente importantes para valorar as provas, de modo que, se há rejeição de uma prova ilícita, poderia ocorrer valoração determinante e exagerada de outras provas para justificar a condenação.⁹

Nesse quadro, é de melhor consideração admitir a distinção entre regras de produção e regras de uso da prova ilícita, assim como é feito na Alemanha, com base no parágrafo 136a do Código Processual Penal Alemão.¹⁰ Ambas as normas, de uso e de produção, são de direito material, mas analiticamente se distinguem porque as primeiras se voltam a estabelecer os limites de liberdade para reconstruir a realidade, ao passo que as segundas se referem indiretamente à liberdade, uma vez que voltadas a garantir o devido processo legal ou, segundo normativos europeus (Convenção Europeia de Direitos Humanos), o processo justo.¹¹

O exemplo mais didático é o do réu que se arrepende do seu depoimento. Embora a prova tenha sido produzida licitamente, discute-se se o seu uso violará o devido processo, caso o réu resolva mudar a versão dos fatos para uma melhor defesa e rejeite a versão anterior.¹² Outro caso seria a produção de prova pelo Ministério Público, acerca da vida pregressa de pessoas que fazem parte da lista de jurados, sem antes apresentar essas informações à defesa.¹³

As exceções legais tratadas pela ordem processual, quando fala em fonte independente e descoberta inevitável, em suma, referem-se a regras de produção, uma vez que a Constituição Federal proíbe a relativização das regras de uso como efeito do zelo pelo devido processo legal. Isso também daria maior coerência às decisões do STF.

A distinção entre regras de produção e de uso permitiria olhar com maior acuidade teorias de médio porte para saber qual direito material está em jogo e como ele poderia ser compensado ao longo do processo criminal. Importante comentar ao menos duas dessas teorias, as quais são bastante debatidas na doutrina alemã.

A Teoria do Círculo Correto de Proteção ("*rechtskreis*"), que procura uma abordagem adequada do bem jurídico a ser protegido. Qual o espaço que o âmbito da norma protege? Aqui se destaca a preocupação com o dano que pode ser superável.¹⁴

Ou A Teoria do Controle Informacional, preocupada em garantir que o titular do dado deve ser previamente informado e autorizar o modo por que o dado será utilizado por terceiros. A discussão está em torno de dados submetidos a uso comercial, dos dados que, por questão de segurança pública preventiva, são submetidos a controle do Estado, e os que se referem à apuração de crimes graves. O interesse público poderia prevalecer sobre a vontade do titular do dado?¹⁵

Todas essas reflexões devem ser feitas no espaço decisório prévio à aplicação do instituto legal de exceção à proibição de admissão da prova ilícita, o qual se lança como justo título.

4. Justo Título: da teoria geral do Direito a considerações práticas de aplicação

O justo título é criação jurisprudencial do período formulário romano.

Ele serviu para justificar situações para as quais o reconhecimento de licitude redundaria numa satisfação de justiça, conquanto se cuidasse de uma situação excepcional.¹⁶

Propriamente, significou uma resposta não esperada do sistema jurídico, como uma regra de calibragem para corrigir situações verdadeiramente injustas, se o sistema jurídico desse uma resposta previsível e usual. De início foi e ainda é usado no Direito Privado para tratar, por exemplo, casos de posse de imóvel, a favor de quem não detém o título formal.¹⁷

Mais tarde, num voo histórico adequado para as limitações deste ensaio, o emprego do justo título se deu no contexto da teoria da argumentação e da tópica, na segunda metade do século XX.

O justo título quebraria a relação formal e estática do fato existente, válido e eficaz, pois explicaria a passagem do fato existente com defeitos diretamente para o mundo da eficácia. Em vez de se falar em anormalidade do ordenamento ou de suposta aparência de validade, garante-se uma construção retórica e robusta da tríade do fato existente, válido e eficaz.¹⁸

Assim, o justo título seria um lugar argumentativo criado antes da aplicação de exceções legais à proibição da prova ilícita, como DI e FI, para denotar que a separação entre fato existente e fato inexistente (ou existente imperfeito) é, antes de tudo, uma questão jurídico-cultural.

No ambiente probatório, teria como referência a exposição justificada de qual direito material estaria sendo sacrificado e de como o processo continuaria a ser instrumento político-jurídico de defesa da liberdade contra ações arbitrárias. O justo título, portanto, é a porta de entrada para se justificar uma exceção à regra de exclusão da prova ilícita.

O justo título seria a causa eficiente para dizer o motivo pelo qual determinado ato probatório teria o condão de gerar direito e obrigações numa relação jurídica.¹⁹

Um exemplo para esclarecer a utilidade da aplicação do justo título seria o compartilhamento de dados com o uso posterior deles fora do motivo que justificou a requisição.

Nos termos das leis 13.709/18 (LGPD) e 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), o uso de dados depende da prévia informação de como o referido dado vai ser usado e do prévio consentimento do titular.²⁰

O caso criminal do uso dos dados para finalidade diversa seria quando os dados fossem utilizados para motivo diverso do que consta no requerimento registrado em procedimento aberto para controle de legalidade posterior ao compartilhamento. Obviamente, nessa senda, o controle informacional do dado sofreria um dano, que precisaria ser devidamente justificado na decisão como seria reparado.

Antes de se discutirem os pormenores da aplicação da descoberta inevitável, o espaço argumentativo reservado ao justo título ajudaria a compreender a boa-fé dos agentes envolvidos, os tipos de crimes que são investigados, como as informações compartilhadas pelas instituições chegaram ao órgão, a possibilidade abstrata de os dados chegarem ao sistema de controle criminal, haja vista o histórico de ações do investigado; seria aludido também o modo pelo qual o impactado pelo uso dos dados poderia se defender etc. Essa linha seria importante para demonstrar a repercussão do uso da prova no âmbito do contraditório e da ampla defesa.

Desse modo, seriam abordadas as regras de produção e de uso da prova, já assinalando a compatibilidade constitucional e legal do ato probatório, segundo as nuances da teoria do controle informacional.

A função iluminista do Processo Penal é, de fato, ser um instrumento de proteção da liberdade contra arbitrariedade estatal, mas, por outro lado, é o meio mais racional para garantir a efetividade da tutela penal.²¹

O justo título seria uma ferramenta para publicizar as opções do julgador, dentro dos marcos legais, sem abrir mão de controle público posterior da decisão. Não é um meio de legitimação da decisão

judicial infalível – o que soaria ingênuo –, todavia um caminho para se fazer justiça, apesar da falibilidade humana.

Com efeito, ele assinalaria um capítulo da decisão no qual onde o fato existente ingressaria no mundo da validade, abrindo-se a momento posterior; quando se poderiam discutir as hipóteses legais de relativização da proibição da prova ilícita, as quais são capítulos para outra oportunidade.

Notas

- 1 DEU, 2014, p. 25-33.
- 2 Isso ficou claro com o período da Suprema Corte aos ideais republicanos. 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) (EPSTEIN; WALKER, 2016, p. 465-467).
- 3 Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) § 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) § 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920), com o voto decisivo do juiz Oliver Holmes. A teoria dos frutos da árvore envenenada ganhou esse nome com o caso Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939).. Caso Nardone v. United States: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>, disponível em 13/09/2020
- 4 Beling, no início do século XX, afirmara que a busca da verdade material não poderia se sobrepor ao estado de ilicitude decorrente de provas contrárias ao direito e que não poderiam ser aproveitadas pelo Estado (BELING, 2009).
- 5 ANDRADE, 2006, p. 188-208; EISENBERG, 2017, p. 152-154. A despeito disso, a burocracia alemã, dentro de um esforço conjunto do estabelecimento da polícia europeia, ainda se articula em rede preventiva, na busca automática de dados, sobretudo peculiar à “cyber-Kriminalität”. O excesso de protocolos para essas atividades decerto prejudicaria o resultado final, tornando inócua toda atividade de inteligência (BETZ, 2013, p. 185-193).
- 6 Constituição Federal (CF), “Art. 5º. (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”
- 7 No Direito espanhol, nas palavras de Juan-Luis Gómez Colomber, a história das provas parece ter completado uma volta. No século XIX, o princípio da verdade material não suplantava a rejeição da prova ilícita, se fosse importante para um juízo condenatório; depois, no início do século XX, por influência da dogmática alemã, passou-se a rejeitar integralmente a prova ilícita; por fim, nos idos de 1995, aos poucos, foi-se sedimentando a teoria da eficácia reflexa de antijuridicidade. Os primeiros casos de relativização foram a fonte independente e a descoberta inevitável, a par do encontro casual de provas. Depois, sob o pálio da conexão de antijuridicidade, o tema ganhou semelhança com a teoria da imputação objetiva, haja vista que a prova deveria ser avaliada segundo o risco de antijuridicidade emanado do seu uso (COLOMER, 2010, p. 17-68).
- 8 CARVALHO, 1995.
- 9 RO HC 132062, RE 418516, RO HC 85.286-6 e HC 84679-3, todos do STF; OLIVEIRA, 2016; SILVA; FELIX, 2016.
- 10 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. <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>, disponível em 06/06/2022.
- 11 JUGL, 2017; SYDOW, 1976.
- 12 RHC 124919, STF e HC 612264 / SC, STJ.
- 13 Melhor reflexão sobre o sorteio dos jurados: SOARES, 2021.
- 14 EISENBERG, 2017, p. 154-169.
- 15 EISENBERG, 2017, p. 154-169.
- 16 CASTRO, 1985, p. 140-157.
- 17 A construção retórica da existência do fato jurídico é parte relevante deste ensaio (CASTRO JÚNIOR, 2009, p. 38-58).
- 18 MELLO, 2007, p.118-123. Em Roma, já se separavam as fontes do Direito em lícita e ilícita. O fator cultural era decisivo para separar uma fonte da outra espécie (GAIO, 2010, p. 353-354).
- 19 CASTRO, 1985, p. 60-63; 95-106. Note-se que, em vez de haver uma regra probatória para dizer quando uma prova não poderia ser aceita, o justo título é uma tentativa de dizer quando uma prova pode ser aceita (Laudan, 2008).
- 20 WOLTER, , 2018, p. 159-209. Cf também Art. 4º da Lei nº 13.709/18. Ainda depende de lei ulterior o regramento do uso de dados para fins de investigação criminal. Em termos de jurisprudência, a decisão RE nº 1055.941, STF, contempla bem o problema.
- 21 PINO, 2016, p. 177-236. Cf. DIAS, 2004, p. 51-80.

Referências

- ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- 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.
- BETZ, Joachim e KLÜBER, Hans-Dieter. Internet governance. *Wer regiert wie das Internet?* Wiesbaden: Springer, 2013.
- 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 Criminas*. v. 12, p. 162-200, out./dez., 1995.
- 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.
- Código de Processo Penal (CPP). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm, disponível em 06/06/2022.
- Código de Processo Penal Alemão (Strafprozeßordnung). <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>, disponível em 06/06/2022.
- COLOMER, Juan-Luis Gómez. *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010.
- Constituição Federal (CF). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, disponível em 06/06/2022.
- DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita*. Um estudo comparado. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- EISENBERG, Ulrich. *Beweisrecht der StPO*. München: Verlag, 2017.
- EPSTEIN, Lee e WALKER G., Thomas. *Rights, Liberties and Justice*. Constitutional law for a changing America. 9 ed. Washington DC: Sage, 2016.
- GAIO. *Instituições*. Direito privado romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- JUGL, Benedikt. *Fair trial als Grundlage der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Straverfahren*. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology* (Cambridge Studies in Philosophy and Law) . Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Edição do Kindle. ISBN-13 978-0-511-24273-1.
- Lei nº 12.965/2014. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm, disponível em 06/06/2022.
- Lei nº 137019/2018. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm, disponível em 06/06/2022.
- MELLO, Marcos Bernardes de Mello. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Adriana de. O que significa dizer que a prova ilícita é inadmissível? *Revista Fórum de Ciências Criminas — RFCC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 06, p. 145-163, jul./dez. 2016.
- PINO, Giorgio. *Legalità penale e rule of law*. PINO, Giorgio e VILLA, Vittorio (orgs). *Rule of Law. L'ideale della legalità*. Bologna: Mulino, 2016.
- Recurso Extraordinário (RE) nº 1.055.941, STF. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754018828>, disponível em 06/06/2022.
- SILVA, Jardel Luís da e FELIX, Juri. Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 111, p. 209-226, nov./dez. 2014.
- SYDOW, Fritz. *Kritik der lehre von den "beweisverboten"*. Berlin: Würzburg, 1976.
- SOARES, Gustavo Torres. Procedimento do júri: a admissibilidade da convocação, já no primeiro sorteio preparatório, de jurados suplentes. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 348, nov. 2021.
- WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

Autor convidado