



UniCEUB – Centro universitário de Brasília  
Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais – FAJS

**ANTONIO PENNA MARINHO DE ALMEIDA SANTOS**

**APLICAÇÃO DO MODELO DE ANÁLISE LÓGICO-RETÓRICA DE  
MANUEL ATIENZA AO ACÓRDÃO PROFERIDO NO  
JULGAMENTO CONJUNTO DO HC 137.349/SP E DO HC 159.159/SP,  
QUE DETERMINOU A ANULAÇÃO DO RECEBIMENTO DA  
DENÚNCIA NA AÇÃO PENAL Nº 2009.61.81.006881-7**

**Brasília  
2013**

**ANTONIO PENNA MARINHO DE ALMEIDA SANTOS**

**APLICAÇÃO DO MODELO DE ANÁLISE LÓGICO-RETÓRICA DE  
MANUEL ATIENZA AO ACÓRDÃO PROFERIDO NO  
JULGAMENTO CONJUNTO DO HC 137.349/SP E DO HC 159.159/SP,  
QUE DETERMINOU A ANULAÇÃO DO RECEBIMENTO DA  
DENÚNCIA NA AÇÃO PENAL Nº 2009.61.81.006881-7**

Trabalho de Conclusão de Curso da  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do  
Centro Universitário de Brasília, sob a  
Orientação do Professor Mestre Roberto  
Krauspenhar e do Professor Mestre Lásaro  
Moreira da Silva.

**Brasília  
2013**

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo a exposição da aplicação prática do modelo de análise lógico-retórica do discurso jurídico desenvolvido pelo jusfilósofo espanhol Manuel Atienza. O acórdão selecionado para a análise foi o proferido no julgamento conjunto do HC 137.349/SP e do HC 159.159/SP, que determinou a anulação do recebimento da denúncia na Ação Penal nº 2009.61.81.006881-7 – originada da Operação “Castelo de Areia” da Polícia Federal. A escolha foi feita por se tratar de um *hard case*; isto é, de um caso difícil, em que existiu conflito entre direitos fundamentais e divergência entre os julgadores. Tais características permitem demonstrar o funcionamento do Modelo em toda a sua potencialidade. Para o melhor entendimento da proposta, nas primeiras duas partes do trabalho foi feita uma breve exposição sobre a relação entre a Lógica e o Direito, com menção aos principais estudiosos do tema, assim como também foram tecidos breves comentários a respeito da questão das Provas no Processo Penal, com enfoque no que diz respeito às provas ilícitas e no juízo de ponderação a ser feito a respeito delas.

**Palavras-Chave:** Manuel Atienza. Operação “Castelo de Areia”. Lógica Jurídica. Análise Lógico-Retórica. Provas ilícitas.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1. ANÁLISE LÓGICO-RETÓRICA DO DISCURSO JURÍDICO .....</b>	<b>8</b>
1.1 Retorno da Lógica ao Direito .....	8
1.2 Theodor Viehweg .....	9
1.3 Chaim Perelman .....	11
1.4 Toulmin .....	15
1.5 Direito e Argumentação .....	18
1.6 A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick .....	22
1.7 A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy .....	27
1.8 O Modelo de Manuel Atienza .....	31
<b>2. PROVAS NO PROCESSO PENAL .....</b>	<b>37</b>
2.1 Conceito de Prova no Processo Penal .....	37
2.2 Espécies de Provas .....	38
2.2.1 Testemunhas, provas diretas e indiretas .....	38
2.2.2 Documentos .....	39
2.2.3 Interrogatório .....	40
2.2.4 Perícias .....	41
2.2.5 Indícios .....	41
2.2.6 Acareação .....	42
2.2.7 Confissão .....	43
2.2.8 Busca e Apreensão .....	43
2.2.9 Reconhecimento .....	44
2.2.10 Perguntas ao ofendido .....	44
2.3 Validade das provas .....	45
2.3.1 Provas ilegítimas .....	46
2.3.2 Provas ilícitas .....	46
2.3.2.1 Proporcionalidade da proibição .....	46

2.3.3	Provas ilícitas por derivação.....	50
<b>3.</b>	<b>OPERANDO O MODELO: DESCRIÇÃO ANALÍTICA E CRÍTICA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO CONJUNTO DO HC 137.349/SP E DO HC 159.159/SP.....</b>	<b>53</b>
3.1	Breve síntese dos fatos .....	53
3.2	Descrição e análise crítica dos votos .....	54
3.2.1	Ministra Maria Thereza .....	54
3.2.3	Ministro Celso Limongi e demais ministros .....	61
3.2.2	Ministro Og Fernandes.....	62
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>71</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>76</b>

## INTRODUÇÃO

No presente trabalho pretende-se demonstrar a aplicação prática do modelo de análise lógico-retórica do jusfilósofo Manuel Atienza<sup>1</sup> por meio da análise do acórdão proferido no julgamento conjunto do HC 137.349/SP e do HC 159.159/SP, que determinou a anulação do recebimento da denúncia na Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7 - desencadeada pela operação “Castelo de Areia” da Polícia Federal.<sup>2</sup>

O Modelo de Manuel Atienza permite uma visualização clara dos problemas e dos argumentos expostos, facilitando, dessa maneira, o entendimento das razões que conduziram o julgador a determinada conclusão. De posse desse entendimento, torna-se possível a crítica, baseada não só em fundamentos estritamente jurídicos, mas também na lógica, que é um instrumento imprescindível ao jurista.

O acórdão mencionado foi escolhido para a análise por se tratar de um *hard case*; isto é, de um caso difícil, em que existiu conflito entre direitos fundamentais e divergência entre os julgadores. Tais características permitem demonstrar o funcionamento do Modelo em toda a sua potencialidade.

A presente monografia foi esquematizada partindo da exposição dos conceitos gerais para os particulares, por isso os primeiros dois capítulos são puramente teóricos, com o fito contextualizar o leitor que não está familiarizado com o Direito - em especial com a lógica jurídica e o estudo das provas no processo penal.

O primeiro capítulo trata, de forma sintética, da contribuição dos precursores da lógica e da retórica no discurso jurídico moderno.

No primeiro subitem do capítulo um são tecidos breves comentários acerca do retorno da lógica ao Direito. Na sequência, são abordados alguns aspectos da obra dos seguintes autores, que muito contribuíram para o tema: Viehweg, Perelman, Toulmin, Alexy, Maccormick e, por fim,

---

<sup>1</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.

<sup>2</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011.

Atienza. No subitem 1.5 há também uma breve explicação acerca da relação entre a Lógica e o Direito.

O segundo capítulo traz uma singela conceituação sobre as provas no processo penal, bem como passa rapidamente pelos principais meios de prova, tendo como enfoque a questão das provas ilícitas e do juízo de razoabilidade e proporcionalidade que deve ser feito caso a caso para a admissão ou rejeição dessa espécie de prova, trazendo, sempre que oportuno, o entendimento de alguns dos principais estudiosos do processo penal brasileiro.

No capítulo três, adentra-se no caso objeto de análise, sendo feita uma análise descritiva e crítica dos votos proferidos no acórdão, enquadrando-os no modelo proposto por Manuel Atienza, o que permite, a nosso ver, uma clara visualização do problema e também dos argumentos propostos por cada Ministro para a realização da Justiça.

O último capítulo contém a conclusão pessoal do autor sobre o Modelo de Manuel Atienza e o acórdão objeto de análise, à luz dos conhecimentos expostos nos três capítulos anteriores.

## 1. ANÁLISE LÓGICO-RETÓRICA DO DISCURSO JURÍDICO

### 1.1 Retorno da Lógica ao Direito

Uma vez que a irracionalidade pressupõe a ignorância ou a má-fé, é desejável que decisões judiciais sejam racionais. Assumida essa premissa, se faz necessário o estabelecimento de critérios de correção do discurso jurídico. Nesse sentido, Cláudia Toledo afirma:<sup>3</sup>

A teoria da argumentação jurídica relaciona-se diretamente com a teoria do discurso. Visa a questionar e demonstrar a possibilidade e a validade de uma fundamentação racional do discurso, especificamente jurídico, estipulando-lhe algumas regras e formas.

O ideal nunca, ou raramente, é atingido na prática, mas isso não torna o discurso irracional. Os critérios de correção apenas ditam que, quanto mais próximo o discurso for do ideal, mais racional será. Dentro da teoria da argumentação jurídica, quanto mais racional é o discurso, também mais correto ele é.<sup>4</sup> A exposição da justificativa permite o seu controle, através da aplicação dos critérios de correção.

É preciso identificar e conhecer os tipos de argumentação, diferenciar argumentos válidos de inválidos, para que se possa estabelecer discursos jurídicos justificados racionalmente e, por conseguinte, decisões judiciais justificadas racionalmente. Vale lembrar que o Discurso Jurídico é uma espécie do gênero Discurso Prático. O primeiro é mais limitado que o segundo, posto que institucionalizado, adstrito ao Direito<sup>5</sup>.

Toda teoria que verse sobre argumentação e discurso jurídico é voltada, principalmente, aos chamados *hard cases*. Os casos difíceis não se resolvem em subsunções ou silogismos simples, ao contrário, exigem uma complexa teia argumentativa. Por isso são chamados difíceis. Nesta senda, Manuel Atienza preconiza:<sup>6</sup>

Além dos casos simples, há também casos difíceis (de que se ocupa em especial a teoria da argumentação jurídica), isto é, suposições nas quais a tarefa de

<sup>3</sup> TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica, p. 1. Disponível em <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23718/teoria-da-argumentacao-juridica>>. Acesso em: 21 set. 2012.p.1

<sup>4</sup> Ibidem, p. 3

<sup>5</sup> ATIENZA, op. cit., p. 34.

<sup>6</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.p.35

estabelecer a premissa fática e/ou a premissa normativa exige novas argumentações que podem ou não ser dedutivas.

A decisão só pode ser contestada ou debatida a partir de sua justificação. Como juristas, e não sociólogos ou historiadores, é ela, e somente ela – a justificação - que nos interessa. Pois só ela é revelada. O contexto de descoberta é pessoal, oculto e, até certo ponto, insondável. Há uma clara diferenciação entre o modo ou processo pelo qual se chega à uma determina premissa ou conclusão, e o modo ou processo que diz respeito à justificação dessa premissa ou conclusão. Assim ensina Manuel Atienza, fazendo uma analogia entre as teorias científicas e a argumentação jurídica<sup>7</sup>:

[...] de um lado esta a atividade que consiste em descobrir e enunciar uma teoria e que, segundo a opinião geral, não é suscetível de uma análise de tipo lógico; nesse plano, cabe unicamente mostrar como se gera e se desenvolve o conhecimento científico, o que constitui tarefa para o sociólogo e o historiador da ciência. Mas do outro lado está o procedimento que consiste em justificar ou validar a teoria, isto é, em confrontá-la com os fatos a fim de mostrar a sua validade; essa última tarefa exige uma análise do tipo lógico (embora não apenas lógico) e se rege pelas regras do método científico (que não são aplicáveis no contexto de descoberta).

A dignidade de um discurso depende da qualidade de sua fundamentação. Aí reside a relevância da argumentação e da lógica jurídica, de suas técnicas, esquemas e métodos de análise da justificação do discurso jurídico e da decisão judicial.

## 1.2 Theodor Viehweg

No início dos anos 50, Theodor Viehweg lançou sua obra *Topik and Jurisprudenz*, que trazia como ideia fundamental o retorno da retórica e da tópica ao Direito, rejeitando a lógica formal como instrumento único para a análise do discurso jurídico.

A tópica de Viehweg toma como ponto inicial de uma argumentação ou debate, o verossímil, o provável, e não a verdade absoluta. Nesse sentido, o raciocínio tópico desenvolve-se “mediante um tecido de silogismos e não mediante longas deduções em cadeia”<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> ATIENZA, op. cit., p. 20

<sup>8</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 49

Segundo Bittar:<sup>9</sup>

A tópica faz uso dos ‘lugares-comuns’ ou seja, daquelas ideias e pensamentos que são aceitos, de forma consensual, pelos integrantes da situação comunicacional como primeiros argumentos que tornam possível o início do diálogo. O pensamento, por meio da tópica, oferece a possibilidade desses ‘lugares-comuns’ serem superados pelo exercício comunicacional.

Nesse sentido, os tópicos seriam premissas aceitas por ambos os interlocutores, ou pelo menos premissas com forte carga de plausibilidade e razoabilidade, que imporiam a carga da argumentação a quem delas discordasse.

Um exemplo de argumentação tópica é o uso dos brocardos jurídicos em latim, como, por exemplo, *dura lex sed lex*.

Viehweg entendia que a aplicação pura e simples do método dedutivo ao Direito era um erro, posto que imporiam uma série de mudanças inviáveis, como a constante intervenção do legislador para interpretar e modificar normas<sup>10</sup>. Pela própria dinâmica da sociedade, é patente a inaplicabilidade de tal mecanismo.

Manual Atienza critica a tópica de Viehweg como teoria da argumentação jurídica ao afirmar que:<sup>11</sup>

Ela se limita a sugerir um inventário de tópicos ou premissas utilizáveis na argumentação, mas não fornece critérios para estabelecer hierarquia entre eles.

E arremata:

Fica na estrutura superficial dos argumentos padrões e não analisa a sua estrutura profunda, permanecendo num nível de grande generalidade que está distante do nível da aplicação como tal do Direito.

No entanto, a obra de Viehweg foi importante, ao passo que demonstrou a necessidade do desenvolvimento de um raciocínio para chegar a conclusões jurídicas, mesmo quando estas conclusões não estão apoiadas em verdades absolutas.

Não se pode dizer, de fato, que Viehweg desenvolveu uma teoria da argumentação jurídica, mas sem dúvida demonstrou uma alternativa ao tecnicismo cego do positivismo. Nesse

<sup>9</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca ; ALMEIDA, Guilherme Assis de . Curso de filosofia do direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005. P. 405

<sup>10</sup> ATIENZA, op. cit., p. 51

<sup>11</sup> Ibidem, p. 51

contexto, o r. autor reintroduziu a argumentação como ferramenta fundamental para a decisão judicial. Corroborando esse entendimento, Bittar diz:<sup>12</sup>

Viehweg convida-nos ao exercício da nossa criatividade para que sejamos capazes de pensar casuística e problematicamente no âmbito do sistema jurídico. Fazendo isso, podemos criar um sistema de normas jurídicas que se renova a cada diferente interpretação.

### 1.3 Chaim Perelman

O polonês Chaim Perelman é também um dos grandes responsáveis pelo retorno da lógica ao Direito. As principais preocupações deste autor são o raciocínio jurídico<sup>13</sup>, a peculiaridade do raciocínio de um jurista, a origem dos subsídios que servem ao juiz na construção de uma decisão justa e a influência da argumentação e da persuasão pela retórica dentro do processo. Manuel Atienza, escrevendo sobre a lição de Perelman, diz que:<sup>14</sup>

O raciocínio jurídico não é nem uma simples dedução silogística, e nem, tampouco, a mera busca de uma solução equitativa, mas sim a busca de uma síntese na qual se leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e a sua conformidade com o Direito.

Nessa mesma linha, Eduardo Bittar diz:

O raciocínio jurídico desenrola-se com base em fatos concretos, em situações flagrantes, em meio a contextos políticos [...] de onde emergem decisões que condensam a justiça concreta de cada caso.

Perelman centrou-se, principalmente, na busca pelo entendimento do fato mais notório dentro do processo: a criação da norma individual. Nesse contexto, sua pesquisa orientou-se no sentido de levantar quais seriam os caminhos que levariam à produção da decisão judicial.

Em sua obra se faz explícita a crítica ao positivismo jurídico e à mecanização do Direito. Para Perelman, o Direito não se resume à lei e o raciocínio jurídico não pode ser reduzido ao

<sup>12</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca ; ALMEIDA, Guilherme Assis de . Curso de filosofia do direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.p 408

<sup>13</sup> Ibidem, p. 411

<sup>14</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.p.44

raciocínio meramente dedutivo.<sup>15</sup> Para além disso, o raciocínio jurídico está profundamente entrelaçado com o contexto social, político, econômico e ideológico em que é produzido.

A justiça, como conceito polissêmico que apela a várias áreas do conhecimento, é substituída, nesse contexto, pela equidade. A luta passa a ser travada, então, entre a equidade e a segurança jurídica consubstanciada no princípio da legalidade<sup>16</sup>, sem o qual o Estado de Direito não subsiste.

É fato notório, pois, que “*onde residem fatos e normas, residem instrumentos de muita maleabilidade retórica*”<sup>17</sup>. Sendo assim, a verdade inexiste, mas é construída por meio da decisão jurídica. Com efeito, o que se poderia chamar de verdade é substituído pelos conceitos de razoável, equitativo, aceitável, admissível<sup>18</sup>.

Assim, fica patente que não mais se insere aqui o conceito de raciocínio dedutivo, em que a conclusão é obrigatória ou necessária. Pelo contrário, na retórica, a argumentação em sentido estrito se move no terreno do simplesmente plausível<sup>19</sup>.

Aliado a isso, Perelman não enxerga o raciocínio como um encadeamento de idéias em que um elo fraco ou falso destrói todo o conjunto. Ao revés, vê o discurso argumentativo como uma teia, em que cada fio (argumento), dá solidez maior à trama.<sup>20</sup>

Com efeito, Perelman baseou sua teoria na Retórica originalmente concebida por Aristóteles, e traz como forte elemento o conceito de auditório, ou seja, de quem se pretende convencer através do discurso. Sobre a Retórica de Perelman, Bittar afirma:<sup>21</sup>

A retórica, nesse sentido, é um estudo que proporciona conhecimento acerca dos meios argumentativos e dos auditórios disponíveis. Da adequação entre os instrumentos e expedientes retóricos e do auditório disponível surge a verdadeira sabedoria retórica, que não se confunde com a sabedoria lógico-abstrata. A retórica pouco tem com abstrações e muito tem com o uso do discurso; tem mais ainda relação com o estudo dos auditórios aos quais se dirigem os diversos gêneros do discurso (tribunal, juiz, assembleia, alunos...).

<sup>15</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca ; ALMEIDA, Guilherme Assis de . Curso de filosofia do direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 413

<sup>16</sup> Ibidem, p. 415

<sup>17</sup> Ibidem, p. 415

<sup>18</sup> Ibidem, p. 416

<sup>19</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 61

<sup>20</sup> ATIENZA, op. cit., p. 62

<sup>21</sup> BITTAR, op. cit., p. 421

Inobstante a existência de um auditório universal, conceito teórico que consiste em todos os seres dotados de razão, há certos argumentos capazes de persuadir determinado auditório e de serem inúteis perante outro.<sup>22</sup> Sendo assim, a argumentação é necessariamente seletiva, abarcando não só a escolha dos argumentos a serem utilizados, mas também a forma como deverão ser apresentados, de modo a causar o efeito desejado<sup>23</sup>. Atienza, escrevendo sobre Perelman, traz a lição:<sup>24</sup>

Um argumento sólido é um argumento eficaz que determina a adesão de um auditório, ou então um argumento válido, quer dizer, um argumento que deveria determinar essa adesão.

Nessa nova perspectiva, a argumentação passa a exercer papel de destaque na prática jurídica, uma vez que o mero formalismo lógico poderia, muitas vezes, conduzir a situações de iniquidade.

Nos dizeres de Eduardo C.B. Bittar, “técnicas de argumentação são hábeis instrumentos para a afirmação do se pleiteia ou do que se decide”<sup>25</sup>.

Ainda sobre a influência da argumentação no processo judicial, Bittar preconiza:<sup>26</sup>

A argumentação é um modo de gerar convencimento e de produzir persuasão mais usual nos meios jurídicos; é pelo discurso que se acessa a consciência do juiz, que se invadem suas perspectivas pessoais, para se fazer instalar o germen de uma possível decisão favorável a determinado interesse judicial.

A argumentação é um tipo de ação que visa provocar uma alteração qualquer no estado das coisas até então existente. O pensamento jurídico evoluiu com a crítica ao modelo positivista estático, apontando para as falhas de uma noção de que a aplicabilidade do direito se restringiria a operações lógico-dedutivas extraídas de um sistema fechado de normas, com total indiferença à realidade das coisas ou aos valores sociais e morais. Então surgiu o pós-positivismo, com um olhar dialético na aplicação do Direito, com vistas a uma aplicação racional e tendo em conta valores e conteúdos aparentemente externos ao texto positivado.

<sup>22</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 63

<sup>23</sup> Ibidem, p. 65

<sup>24</sup> Ibidem., p. 74

<sup>25</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca ; ALMEIDA, Guilherme Assis de . Curso de filosofia do direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005. P. 419

<sup>26</sup> BITTAR, op. cit., p. 421

A partir daí apareceram duas correntes, uma com objetivo de recuperar a força normativa dos princípios jurídicos, tendo em vista as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, e outra que procura nos fundamentos que sustentam as decisões judiciais sua força lógico-legitimante. Essa última corrente encontra escoro em pensadores como Chaim Perelman e Theodor Viehweg.<sup>27</sup>

Como resposta à necessidade de suplantar o vazio que o discurso jurídico do século XX entornava, tendo em vista que “a lógica formal, de feição cartesiana, não dava resposta satisfatória à razoabilidade exigida nas soluções jurídicas”, verifica-se na filosofia do direito do século XX, a tendência de revisitação da antiga arte retórica dos gregos (que tem lugar em Perelman) e a prática jurídica dos romanos (circunscrita pela tópica jurídica de Viehweg), para construir um modelo de fundamentação mais condizente à decisão jurídica, visando sua validade e eficácia.

A Nova Retórica de Perelman teria como ponto de partida as seguintes premissas:

1. Ganhar a adesão do auditório apenas com a utilização do discurso argumentativo
2. A preocupação primordial é com a adesão, a verdade não é ignorada como seria na sofística pura, mas torna-se uma questão secundária.
3. A persuasão conseguida através do discurso tem sempre em vista conduzir o auditório a exercer determinado comportamento.

É importante frisar que a adesão se dá não necessariamente porque a tese sustentada através do discurso é verdadeira, mas sim porque ela se afigura verossímil, equitativa, convincente, etc. É nesse sentido que se fala em verdade como uma questão secundária.

Conforme abordado anteriormente, a “verdade” – verdade real – é inatingível no Direito. Tal verdade tem um caráter de utopia. O que se busca, dentro do processo, é a verdade processualizada, chegar o mais próximo possível da verdade real, respeitados os limites do Direito.

Por esse prisma, torna-se evidente que a justificação racional das decisões e a verossimilhança possuem, dentro do Direito, um valor superior ao da verdade real – que é inatingível.

---

<sup>27</sup> GUERRA, Gustavo Rabay. As teses do direito argumentativo (Tópica, Retórica e Discurso Racional Procedimental) como canais para um pós-positivismo jurídico factível. p. 4 Disponível em <[http://www.academia.edu/650227/ODireito\\_RACIONAL\\_and\\_ORetorno\\_AO\\_ARGUMENTO](http://www.academia.edu/650227/ODireito_RACIONAL_and_ORetorno_AO_ARGUMENTO)>. Acesso em 01 de novembro de 2012. P. 3-4

Nesse sentido, Gustavo Rabay preleciona:<sup>28</sup>

A assertiva de Perelman de que a argumentação não visa à adesão a uma tese exclusivamente pelo fato de ser verdadeira, podendo-se preferir uma tese à outra por parecer mais equitativa, mais oportuna, mais adequada, mais razoável, melhor adaptada à situação, tem grande operatividade no direito, posto que, em certos casos, preferir-se-á certos valores que não a verdade, como constatado pelo próprio Perelman ao tratar da prova no direito, costurando assim um novo viés “lógico” para o ambiente jurídico.

E também:<sup>29</sup>

O modelo racional da Nova Retórica merece ser compreendido como a racionalidade prática argumentativa como critério de desenvolvimento que, além de conformar os raciocínios práticos em geral, ultrapassa as próprias barreiras positivistas e dogmáticas, combatendo, assim, o estigma de auto-reprodução do direito que alija o compromisso com a humanização do conhecimento e seu conseqüente plano emancipatório.

#### 1.4 Toulmin

Toulmin, assim como os outros filósofos já citados, parte de uma concepção que entende a lógica formal como insuficiente no campo da argumentação jurídica e mesmo no campo da argumentação em geral. Nesse sentido Atienza afirma:<sup>30</sup>

Toulmin não pretende dizer, apenas, que o modelo da lógica formal dedutiva não pode ser transferido para o campo do que se costuma chamar de ‘razão prática’, e sim que a lógica – tal como habitualmente é entendida – não permite dar conta, tampouco, da maior parte dos argumentos que se articulam em qualquer outro âmbito, inclusive o da ciência. Na realidade, o único campo para o qual seria adequada a concepção da argumentação que a lógica utiliza é o da matemática pura.

Para o autor, não há interesse na lógica como ciência autônoma e desconectada dos elementos da vida cotidiana, algo comparável à geometria. Ao revés, pra ele o foco deve estar na lógica prática como uma técnica eficaz a ser utilizada no campo da argumentação em geral, tendo especial utilidade no campo do discurso jurídico.

Ao escrever sobre a concepção de Toulmin, Manuel Atienza preconiza que:<sup>31</sup>

<sup>28</sup> GUERRA, Gustavo Rabay. As teses do direito argumentativo (Tópica, Retórica e Discurso Racional Procedimental) como canais para um pós-positivismo jurídico factível. p. 4. Disponível na Internet: <[http://www.academia.edu/650227/ODireito\\_RACIONAL\\_and\\_ORetorno\\_AO\\_ARGUMENTO](http://www.academia.edu/650227/ODireito_RACIONAL_and_ORetorno_AO_ARGUMENTO)>. Acesso em 01 de novembro de 2012.p.4

<sup>29</sup> GUERRA, op. cit. p.5

<sup>30</sup> ATIENZA, op. cit., p.96

Um bom argumento, um argumento bem fundado, é aquele que resiste á crítica e a favor do qual se pode apresentar um caso que atenda aos critérios exigidos para merecer um veredito favorável.

E ainda:

A correção de um argumento não é, assim, uma questão formal, quer dizer, algo que dependa exclusivamente da forma das premissas e da conclusão (dadas algumas proposições de certa forma, delas se pode inferir outra de determinada forma), e sim é uma questão de procedimento, no sentido de algo que precisa ser julgado de acordo com critérios (substantivos e historicamente variáveis), apropriados para cada campo de que se trate.

Toulmin faz distinção entre o uso instrumental e o uso argumentativo da linguagem; o primeiro se configuraria quando as emissões linguísticas atingissem de forma direta seus objetivos. Um bom exemplo de tal uso da linguagem seria uma ordem, que deve ser obedecida por si mesma, sem espaço para pedir razões ou justificações.

Já o uso argumentativo difere – como se pode imaginar – pela necessidade de produção de razões, provas ou argumentos para que a emissão linguística produza o efeito a que foi destinada; ou seja, o uso argumentativo da linguagem supõe o fracasso ou a insuficiência do uso instrumental da linguagem. Ora, se o interlocutor se encontra em uma posição de submissão, de obediência cega, não há necessidade de argumentar; apenas de mandar.

No que tange ao embate argumentativo, Atienza faz uma interessante colocação:<sup>32</sup>

Finalmente, quem participa de um argumento manifesta a sua racionalidade ou a sua falta de racionalidade, conforme se mostre aberto ao argumento (open to argument), isto é, reconhece a força das razões ou procura contestá-las, etc., ou fica surdo ao argumento (deaf to argument) isto é, ignora as razões contrárias ou as contesta com asserções dogmáticas.

Toulmin inovou ao propor um modelo de análise dos argumentos que oferece um interessante aparato analítico. O autor divide a argumentação em quatro partes: a pretensão, as razões, a garantia e o respaldo.

A pretensão consiste na afirmação que se pretende ter como provada – não havendo um questionamento dessa afirmação inicial, a discussão se encerra aí mesmo. Se a pretensão for

---

<sup>31</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.,p. 93

<sup>32</sup> ATIENZA, op. cit., p.96

questionada, surge a necessidade de oferecer razões relevantes e suficientes ao ponto de amparar a pretensão inicial. As garantias seriam enunciados gerais aptos a autorizarem a passagem das razões para a pretensão. Nos dizeres de Atienza:<sup>33</sup>

As garantias não são enunciados que descrevem fatos, mas regras que permitem ou autorizam a passagem de uns enunciados a outros. Pôr-se-ia dizer que, enquanto os fatos ou razões são como os ingredientes de uma torta, a garantia é a receita que permite obter o resultado, combinando os ingredientes.

Caso também a garantia seja questionada, surge a necessidade de apresentação do respaldo, que nada mais é do que uma afirmação apta a servir de suporte do enunciado apresentado como garantia. Atienza esclarece:<sup>34</sup>

Deve-se levar em conta que, enquanto os enunciados das garantias são hipotéticos, o respaldo pode se exprimir na forma de enunciados categóricos sobre fatos. A garantia não é, portanto, uma simples repetição os dados registrados no respaldo, ela tem um caráter prático, mostra de que maneira se pode argumentar a partir de tais fatos. Por outro lado, embora tanto o respaldo quanto as razões se refiram a fatos, eles se distinguem entre si, entre outras coisas, porque enquanto sempre se precisa de alguma razão para poder falar de argumento, o respaldo só se torna explícito se se questiona a garantia.

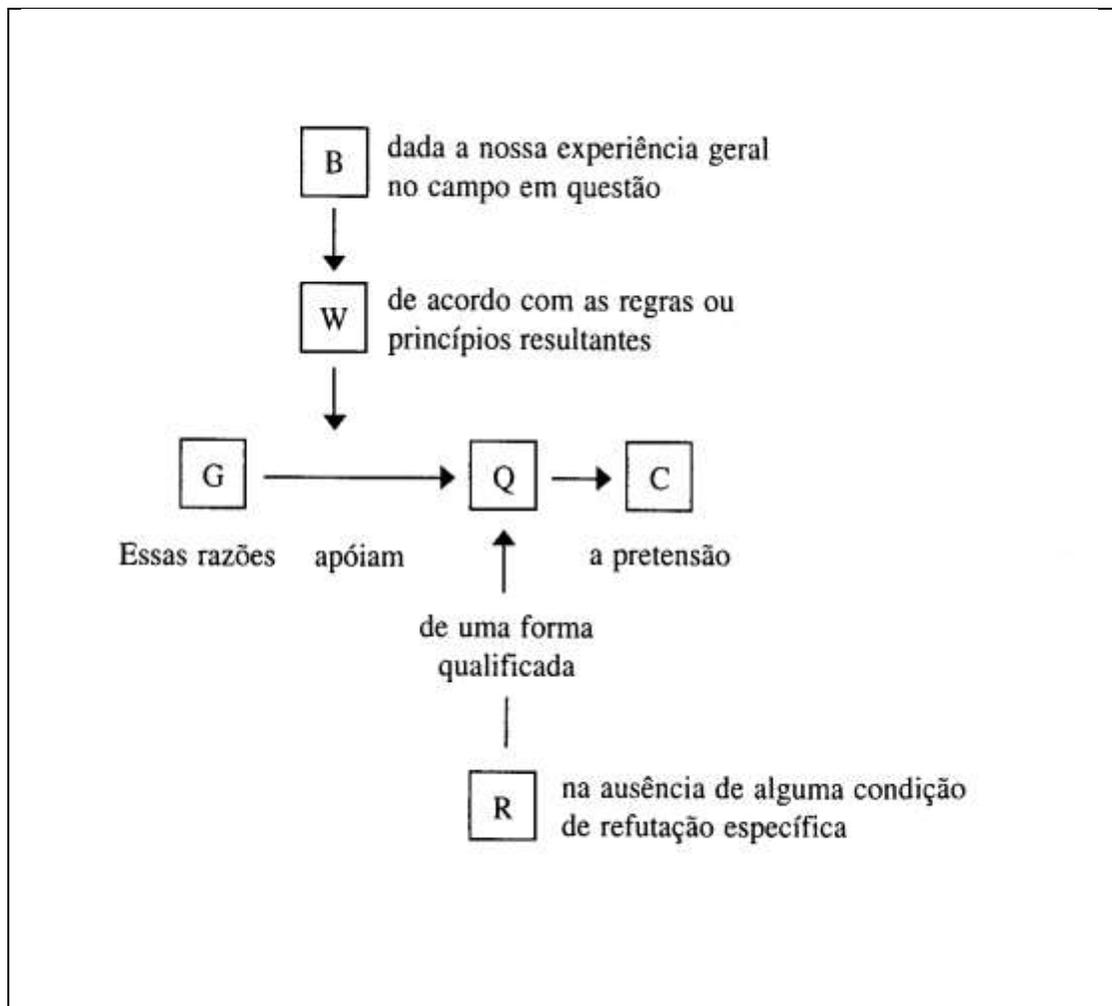
Toulmin apresenta também os qualificadores modais (presumivelmente, aparentemente, com toda a probabilidade, etc.), isso porque, na argumentação em geral, a passagem das premissas para a conclusão pode se dar com um grau maior ou menor de certeza, diferentemente do que ocorre na lógica dedutiva, em que a conclusão se apresenta de maneira necessária e irrefutável.

Para finalizar o modelo de análise, o autor também trata das condições de refutação, que devem estar ausentes para que o argumento seja viável. O modelo geral de análise dos argumentos de Toulmin ficaria assim então:<sup>35</sup>

<sup>33</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006., p.97

<sup>34</sup> Ibidem, p.98

<sup>35</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.



**Legenda:**

G = razões

W = garantia

B = respaldo

Q = qualificador modal

R = condição de refutação

C = pretensão

## 1.5 Direito e Argumentação

Como já foi dito, a lógica dedutiva se mostra insuficiente para a argumentação jurídica e também para a argumentação em geral. Nesse contexto surge a retórica, como instrumento para

argumentação a partir do verossímil, do provável ou razoável. Nesse sentido Égina Pereira afirma:<sup>36</sup>

Foi da necessidade de argumentar a partir do verossímil (eikós) que a retórica adquiriu notoriedade, pois se a verdade fosse conhecida no judiciário, não seria necessário o âmbito judiciário e os tribunais seriam apenas câmaras de registros dos fatos. E é nesse ponto que a técnica sobressai como forma de racionalidade e não apenas como demonstração, o que é verossímil está relacionado às opiniões normalmente aceitas e que circulam pelo meio social.

É cediço que, na maior parte dos casos, sobre cada tema há sempre pelo menos dois argumentos em sentidos opostos, e tal situação é projetada também nas disputas judiciais, na quais, via de regra, haverá um autor, que apresentará a tese inicial, um réu que apresentará uma tese contraposta à do autor, e um juiz que analisará as duas teses para decidir conforme o Direito e a Justiça. Égina coloca em termos claros ao ilustrar:<sup>37</sup>

Nesse aspecto, a função do advogado como operador do Direito, na atualidade, acaba contendo traços do discurso sofisticado, uma vez que é desenvolvida, no texto jurídico, uma argumentação que aceita sempre uma contra-argumentação, cujo êxito pode pertencer a qualquer uma das teses ao final, com a adesão de uma delas pelo auditório – público-alvo a quem é dirigido o discurso.

Sendo assim, a retórica, técnica a ser dominada pelo jurista, se destina ao conhecimento dos meios de persuasão e manipulação da crença.

Com efeito, aquele que domina a retórica, a lógica e a estrutura do discurso jurídico, que tem uma visão analítica, aliada a um grande conhecimento técnico (doutrinário, jurisprudencial e legal), será, sem dúvida, bem sucedido. Seja como juiz, analisando racionalmente qual discurso está melhor fundamentado, seja como advogado, procurador ou promotor, destrinchando e destruindo o argumento da parte adversária, ou a sentença e o acórdão, ao elaborar um recurso.

Acerca da construção do discurso jurídico Égina Pereira expõe de forma elucidativa<sup>38</sup>:

Tais técnicas utilizadas na construção do discurso jurídico cível atual têm como objetivo a conquista do público-alvo, através da persuasão, ainda que pelo verdadeiramente suscetível ou pelo aparentemente suscetível; ou através do convencimento pelo silogismo aparente ou verdadeiro, já que nem a retórica nem a dialética se propõem a demonstrar.

<sup>36</sup> PEREIRA, Égina Glauce Santos. *Retórica e argumentação: os mecanismos que regem a prática do discurso jurídico*. 2006. 112 f. Dissertação (Mestrado em Letras) – Faculdade de Letras, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2006. p.21

<sup>37</sup> Ibidem, p. 23

<sup>38</sup> Ibidem, pg.31

Ainda que o verdadeiro seja melhor para o raciocínio e para a persuasão, as teses desenvolvidas no discurso jurídico recaem sobre o verossímil, a fim de que possam resultar em uma decisão favorável, a qual será proferida após um juízo de valor do Juiz de Direito, destinatário do discurso jurídico, cujo conhecimento deve tornar sua decisão sustentável como sendo a mais justa, a mais equitativa, a mais razoável, a mais oportuna e conforme o direito, do que outra decisão que fosse cabível.

O advogado é essencial à administração da justiça e tem o dever de usar todos os meios e argumentos permitidos pelas regras deontológicas da sua profissão para a defesa do acusado<sup>39</sup>. Do mesmo modo, o juiz deve não só analisar, mas também demonstrar que analisou cuidadosamente tanto os argumentos da acusação quanto os da defesa, pois só assim as partes poderão verificar se contraditório foi respeitado e se o juiz efetivamente levou em consideração a atividade desenvolvida pelas partes no intuito de influenciar a decisão.

Nesse diapasão, Greco afirma que a atuação do juiz deve ser de modo que:<sup>40</sup>

[...] o desprenda do racionalismo científico e do procedimentalismo codificado para permanentemente confrontá-lo com as exigências funcionais de efetividade dos seus resultados e com as imposições de impostergáveis valores humanitários que dele fazem o instrumento apropriado de tutela de todos os demais direitos.

Ao dizer isso, o autor também demonstra seguir os ensinamentos expostos no presente trabalho. O que corrobora a relevância do estudo da argumentação jurídica e suas teorias.

Também Égina confirma esse entendimento:<sup>41</sup>

O problema central da dialética jurídica é então proferir o justo e o direito na decisão judicial, e isso é realizado através da análise das estratégias utilizadas para a construção textual e dos argumentos jurídicos por meio das técnicas retóricas e dialéticas dos enunciadores.

Com efeito, no debate jurídico a “verdade” muitas vezes está em posição hierárquica inferior ao verossímil. Imagine duas teses contrapostas, suponha que a verdade dos fatos esteja na tese improvável, e a esta foi contraposta uma tese que não corresponde à verdade, mas que por outro lado é verossímil e convincente. É mais provável que o juiz - ou jurado - decida pela tese verossímil. Olhando por esse prisma, a verdade é relativizada, passando a ser construída no discurso jurídico através da linguagem, e sendo assim, o domínio da técnica retórica e da

<sup>39</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. p. 34. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 01 de novembro de 2012.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> PEREIRA, Égina Glauce Santos. *Retórica e argumentação: os mecanismos que regem a prática do discurso jurídico*. 2006. 112 f. Dissertação (Mestrado em Letras) – Faculdade de Letras, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2006. p. 39

colocação lógica dos argumentos exsurge como atributo essencial ao jurista. Nesse sentido, Égina preconiza:<sup>42</sup>

Não há o compromisso com a realidade factual, apenas com a processual, que deve ser verossímil através de uma construção argumentativa, estando as escolhas para a construção textual dos advogados diretamente relacionadas ao retórico, ou seja, à construção de um texto individual, tudo muito bem articulado processualmente, tendo em vista o conhecimento do público-alvo a quem é dirigido o texto, condição específica do Juiz de Direito.

Na antiguidade, os dilemas eram resolvidos por meio de júzos divinos, em consulta a místicos, pajés, etc. Sem imiscuir-se na questão da legitimidade de tais decisões, o fato é que com o passar dos anos as decisões passaram cada vez mais a ser menos “místicas”, e estando os homens da disputa em condições de igualdade – despidos de atributos divinos de saber -, surge a necessidade de construir argumentos, pautados pela racionalidade, com vistas ao convencimento e à vitória na disputa em questão.

Aliada à retórica, a dialética é também um importante instrumento a ser utilizado pelo jurista, pois essa consiste no combate intelectual entre dois oponentes que dialogam entre si, tratando do que é provável – como já foi visto, onde há acordo sobre a verdade não há necessidade de debate -, com questionamentos e colocações mútuas, sempre respeitando as regras da lógica.

A respeito da dialética, Égina afirma:<sup>43</sup>

Dessa forma, como um jogo discursivo, a verdade sobre a dialética é que, apesar dos argumentos de Platão e Sócrates, os competidores continuavam fazendo de tudo para ganhar; porém, agora, precisavam obedecer a algumas regras básicas, ainda que a discussão continuasse a ser promovida pelo prazer de discutir, de jogar, e não como uma atividade que trouxesse algum benefício à sociedade; e como em todo jogo, há regras a serem cumpridas; assim, deve se fazer de tudo para ganhar, mas sem trapacear, respeitando as regras da lógica.

De modo grosseiro, talvez se possa fazer uma distinção entre a dialética e a retórica no sentido de que a primeira procura convencer, e a segunda persuadir.

Nesse sentido, os conceitos de convencimento e persuasão estão imbricados com os conceitos de auditório universal e auditório particular. Poder-se-ia conquistar a adesão do

---

<sup>42</sup> PEREIRA, Égina Glauce Santos. *Retórica e argumentação: os mecanismos que regem a prática do discurso jurídico*. 2006. 112 f. Dissertação (Mestrado em Letras) – Faculdade de Letras, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2006. pg.39

<sup>43</sup> *Ibidem*, pg.46

auditório particular – um público específico - através da persuasão, que nem sempre funda-se em argumentos racionais; por outro lado, a adesão do auditório universal, que se identifica como a comunidade de seres racionais, pressupõe uma argumentação pautada estritamente por critérios racionais. Égina expõe um argumento que torna explícito o enquadramento do Juiz de Direito, ao mesmo tempo, como auditório particular e universal:<sup>44</sup>

Considerando-se, então, a definição de auditório particular como aquele que é dirigido a um público específico, pode-se delimitar, a princípio, que o auditório do texto jurídico cível, por ser dirigido a um Juiz de Direito de 1ª Instância, que deverá presidir a causa e assumir o papel de julgador e mediador, encontra-se diante desse auditório particular, já que a decisão proferida fará lei entre as partes conflitantes naquele caso concreto. Porém, não será apenas esse o efeito da sentença proferida, como se sabe. Aquela decisão também passará a fazer parte do mundo jurídico como uma premissa e, assim, poderá ser utilizada como embasamento para outros litígios, cuja semelhança de situação crie a possibilidade de um condicionamento de convicção do julgador desta outra causa, configurando-se, nesse sentido, a constituição de um auditório universal.

Passa-se agora a analisar duas teorias “padrão” da argumentação jurídica; quais sejam, as de Neil MacCormick e Robert Alexy.

## 1.6 A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick

Também Neil MacCormick, jusfilósofo autor da obra *Legal reasoning and legal theory*, de 1978, compartilha a ideia de rejeição da lógica formal, no sentido de que esta tem seus limites, e não é suficiente para dar conta da argumentação jurídica. Com efeito, durante as últimas décadas a questão da argumentação jurídica tem sido um dos principais campos de interesse da filosofia do direito, com surgimento de diversas teorias a respeito. Dentre todas elas, a de MacCormick, juntamente com a de Robert Alexy – que será apresentada no capítulo seguinte -, é chamada por Manuel Atienza de teoria padrão da argumentação jurídica.<sup>45</sup>

Em que pese a MacCormick ter desenvolvido sua teoria a partir da tradição do common law, e Alexy, de outra parte, ter como paradigma o civil law, é curioso como ambos chegaram a resultados essencialmente semelhantes

<sup>44</sup> PEREIRA, Égina Glauce Santos. *Retórica e argumentação: os mecanismos que regem a prática do discurso jurídico*. 2006. 112 f. Dissertação (Mestrado em Letras) – Faculdade de Letras, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2006. pg.53

<sup>45</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006. p 118

Sobre a teoria de MacCormick, Atienza afirma com propriedade:<sup>46</sup>

Trata-se de uma teoria que exibe uma elegante simplicidade e clareza – que, em absoluto, deve ser confundida com superficialidade – e que se destaca sobretudo por seu esforço integrador. MacCormick trata, de certo modo, de harmonizar a razão prática kantiana com o ceticismo humano; de mostrar que uma teoria da razão prática deve ser completada com uma teoria das paixões; de construir uma teoria que seja tanto descritiva quanto normativa; que dê conta tanto dos aspectos dedutivos da argumentação jurídica quanto dos não dedutivos, dos aspectos formais e dos materiais; e que se situe, em resumo, a meio caminho [...] entre uma teoria ultra-racionalista do Direito (como a de Dworkin, com sua tese da existência de uma única resposta correta para cada caso) e uma irracionalista (como a de Ross: as decisões jurídicas são essencialmente arbitrárias, isto é, são produto da vontade, e não da razão)

Para MacCormick, quer se trate de argumentação prática em geral, quer se trate de argumentação jurídica, ambas cumprem, em essência, uma função de justificação. Ainda que a porventura a função do discurso seja apenas persuadir, é cediço que a persuasão é potencializada em sua eficácia quando os argumentos estão devidamente justificados.

Em se tratando de argumentação jurídica, justificar uma proposição ou uma decisão quer dizer demonstrar que ela está de acordo com a justiça e com o Direito.

Tendo em vista os conceitos de contexto de descoberta e contexto de justificação, pode-se dizer que a teoria da argumentação jurídica proposta por MacCormick situa-se no campo do contexto de justificação.

De fato, MacCormick encontrou um campo propício para o desenvolvimento de sua teoria nos tribunais de justiça britânicos, isso porque nestes cada magistrado redige e expõe sua sentença, o que facilita a percepção da possibilidade de diferentes decisões acerca de cada tema.

No âmbito da argumentação jurídica a justificação de uma decisão faz necessária uma referência às premissas normativas que a embasaram.<sup>47</sup>

Quando se trata dos chamados “*hard cases*”, na maioria das vezes se faz necessária uma ponderação de princípios, em que se confere maior peso a um princípio, em detrimento de outro. MacCormick defende que o que nos faz aderir a um princípio em detrimento de outro não é a

---

<sup>46</sup> Ibidem, p. 119

<sup>47</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006. P 120

apenas a racionalidade, mas também a afetividade, ou seja, há um forte componente subjetivo nessa escolha.

Atienza esclarece<sup>48</sup>:

Mas as premissas normativas últimas não são, na opinião de MacCormick, produto de uma cadeia de raciocínio lógico. Isso não quer dizer, tampouco, que não se possa dar nenhum tipo de razão a favor de um ou outro princípio normativo. Pode-se dar, mas essas não são razões concludentes, são razões que necessariamente implicam uma referência à nossa natureza afetiva e encerram, portanto, uma dimensão subjetiva. Por sua vez, isso impede que se possa falar de uma razão prática, já que tais razões não são puramente ad hoc ou ad hominem, não são razões puramente emocionais, e sim razões que devem ter a qualificação de universalidade.

MacCormick traz um quadro dos principais problemas que podem ser enfrentados quando se depara com um “*hard case*”, são eles problemas de:

- a) Interpretação;
- b) Pertinência;
- c) Prova;
- d) Qualificação.

As letras ‘a’ e ‘b’ dizem respeito à premissa normativa, já as letras ‘c’ e ‘d’ afetam a premissa fática

De forma sintética, é possível colocar da seguinte forma:

Problema de Interpretação: ocorre quando não há qualquer dúvida a respeito da norma aplicável à hipótese, mas, o problema é que a norma admite mais de uma leitura plausível.

Problema de Pertinência: há aqui algo anterior ao problema de interpretação, ocorre quando o problema está na existência, ou não, de norma aplicável ao caso.

Problema de prova: aqui Atienza afirma que “*problemas de prova se referem ao estabelecimento da premissa menor (p). Prova significa estabelecer proposições verdadeiras sobre o presente e, a partir delas, inferir proposições sobre o passado*”<sup>49</sup>

<sup>48</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006. P 120

<sup>49</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 124

Problema de qualificação: ocorre quando os fatos já estão provados, quando a questão fática é incontroversa, mas há dúvida sobre o enquadramento dos fatos, ou seja, há dúvida quanto à subsunção da hipótese fática à norma supostamente aplicável à espécie.

MacCormick estabelece a universalidade do argumento como requisito essencial de validade para a justificação nos casos difíceis. A respeito desse tema, ninguém melhor que Manuel Atienza para esclarecer que:<sup>50</sup>

[...] justificar uma decisão num caso difícil significa, em primeiro lugar, cumprir o requisito de universalidade, e , em segundo lugar, que a decisão em questão tenha sentido em relação ao sistema [...]. De modo semelhante, explicar cientificamente um acontecimento implica não mostrar as suas causas, como também sustentar alguma hipótese de tipo geral que uma as causas ao efeito [...]

Não há que se confundir universalidade com generalidade; determinada norma pode ser mais específica do que outra, e ainda assim ser universal.<sup>51</sup>

A universalidade consiste em um requisito lógico, que passa o largo de questão técnico-jurídica da especificidade de determinada norma em face de outra. Diante disso, tendo em vista que uma decisão equitativa pode implicar em uma exceção à regra geral para se evite um resultado que implicaria em injustiça, poder-se-ia imaginar que nesse caso restaria ofendido o requisito da universalidade. Ledo engano. Não há ofensa ao princípio da universalidade nessa hipótese, desde que, em outro caso, com as mesmas características, a mesma decisão seja aplicada, Atienza esclarece que “a equidade, em resumo, dirige-se contra o caráter geral das regras, não contra o princípio da universalidade”

Maccormick esclarece que no contexto da justificação externa, para que a decisão esteja alinhada ao sistema, é necessário o também o preenchimento dos requisitos de coerência e consistência.

O requisito da consistência seria atendido quando as premissas normativas que embasaram determinada decisão não se contradizem em face de outras normas estabelecidas de modo válido. A consistência é uma questão de propriedade, está presente ou não.

A coerência, de outra parte, pode ser medida em graus. Sobre a coerência, Atienza preconiza:<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Ibidem, p. 126

<sup>51</sup> Ibidem, p. 127

<sup>52</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.P 130

Em primeiro lugar, convém distinguir entre coerência normativa e coerência narrativa. Uma série de normas, ou uma norma, é coerente se pode ser subsumida sob uma série de princípios gerais ou de valores que, por sua vez, sejam aceitáveis, no sentido de que configurem – quando tomadores conjuntamente – uma forma de vida satisfatória. [...] A coerência normativa é um mecanismo de justificação, porque pressupõe a ideia de que o direito é uma empresa racional; porque está de acordo com a noção de universalidade – como componente da racionalidade na vida prática – ao permitir considerar as normas não isoladamente, mas como conjuntos dotados de sentido.

[...]

A coerência narrativa oferece um teste com relação a questões de fato, quando não é possível uma prova direta, por observação imediata, dessas questões. [...] O teste de coerência narrativa justifica assumirmos crenças – e rechaçarmos outras – com relação a fatos do passado, porque consideramos o mundo fenomênico como algo explicável em termos de princípios de tipo racional

Cumpra observar que a coerência diz respeito a uma justificação de caráter formal, e de certa forma relativa; fornece uma justificação com pouca força. Com efeito, é possível em um mesmo caso imaginar-se duas decisões coerentes, mas que, não obstante, seriam contraditórias entre si. Pode-se dizer que a coerência é um requisito que diz respeito à racionalidade, mas nem sempre à verdade.

Para MacCormick, o principal aspecto a ser levado em conta na decisão judicial é a consequência, ou as consequências que podem advir de tal decisão. Nesse sentido, a justificação da decisão judicial deve ser feita sob um prisma consequencialista.

Há que se fazer uma distinção entre o resultado de uma decisão e as consequências advindas dessa decisão. O resultado é a produção de uma norma individual, as consequências são a alteração no estado de fato das coisas, posteriormente ao resultado. Todavia, o estabelecimento do que sejam as consequências é algo extremamente difícil, o que torna os argumentos consequencialistas hipotéticos, e não probabilistas.

MacCormick também se diferencia de outros doutrinadores – como Ronald Dworkin – por não acreditar que para cada “hard case” haja uma única resposta correta. Sobre o pensamento de MacCormick, Atienza conclui:<sup>53</sup>

Um procedimento jurídico desse tipo integra um sistema racionalidade de acordo com valores, no sentido de um sistema de racionalidade de segunda ordem que fornece razões estáveis, as quais excluem atuar, inclusive, segundo objetivos que pareceria racional perseguir no primeiro nível. Mas nenhum tipo de

---

<sup>53</sup> ATIENZA, op. cit., p.138

procedimento jurídico racional pode impedir que se produzam conflitos de diversos tipos (problemas de interpretação, de qualificação etc.) que – como vimos – teriam de ser resolvidos segundo critérios já examinados de universalidade, consistência, coerência e aceitabilidade das consequências. Porém, em algum estágio da argumentação jurídica se chega a escolhas últimas (por exemplo, entre critérios de justiça, de utilidade ou de oportunidade), a favor dos quais se pode, evidentemente, apresentar razões, mas que não são razões concludentes, na medida em que se supõe estarem situadas num nível pré-racional ou extra-racional.

## 1.7 A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy

Alexy preconiza que há decisões jurídicas que não seguem padrões normativos e até mesmo que não são coerentes logicamente, e aponta como principais razões para tanto os seguintes pontos:<sup>54</sup>

1. Vagueza da linguagem jurídica
2. Possibilidade constante de conflitos entre normas
3. Existência de casos em que não há no ordenamento jurídico uma norma adequada para sua resolução.
4. Possibilidade de casos especiais em que se pode decidir contra a literalidade de determinado dispositivo normativo.

Esses problemas são basicamente problemas de metodologia jurídica, para os quais Alexy designa regras e procedimentos no seguinte sentido, conforme indica Rabay:<sup>55</sup>

- a) o advento dos enunciados normativos e dos enunciados empíricos na decisão, seja também admissível quando tal decisão não se seguir de tais regras ou procedimentos;
- b) adicionalmente às formulações que se tem de pressupor como normas vigentes e aos enunciados empíricos que se há de aceitar, se puder obter outros enunciados normativos de tal modo que a decisão se siga logicamente daquelas formulações normativas juntamente com aqueles enunciados empíricos

---

<sup>54</sup> Ibidem, p.138

<sup>55</sup> GUERRA, op. cit. p.13

Alexy reconhece também que em alguns casos não se pode prescindir de utilizar valorações morais, juízos de valor, uma vez que estes seriam necessários para a resolução de determinados casos.

O r. autor trata o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral e divide as regras do discurso em duas partes. A primeira diz respeito às regras que se referem à estrutura do argumento, e a segunda referente às regras do processo do discurso. Rabay, em estudo sobre obra de Alexy, esclarece:<sup>56</sup>

Entre as regras do primeiro grupo, podem ser citadas, entre outras: a exigência de não contradição; de universalidade, em ordem de se ter um uso consistente dos predicados empregados; de clareza lingüística-conceitual; de verdade das premissas empíricas utilizadas; de completude dedutiva do argumento; de consideração das conseqüências; de ponderação; e de análise da formação das convicções morais

(...)

O segundo grupo de regras, dispostas com a finalidade de assegurar a imparcialidade da argumentação prática, são postulações que Alexy recebeu de Jürgen Habermas, das quais podem ser destacadas as seguintes: (i) todo aquele que possa falar pode tomar parte no discurso; (ii) todos podem questionar qualquer afirmação; (iii) todos podem introduzir qualquer afirmação no discurso; (iv) todos podem exteriorizar seus critérios, desejos e necessidades; (v) nenhum falante pode ser impedido de exercer a salvaguarda dos direitos fixados nas regras específicas do discurso, quando dentro ou fora do discurso predomina a força.

Alexy sugere também uma divisão em seis grupamentos de formas e regras do discurso prático geral:

- a) Regras fundamentais, que são pressupostos necessários para qualquer comunicação com pretensões de verdade ou correção.
- b) Regras da razão, as quais tratam das disposições gerais a respeito da racionalidade do discurso. (ex: regra geral de fundamentação)
- c) Regras sobre a carga (ônus) da argumentação
- d) Regras de fundamentação, isto é, do embasamento do discurso
- e) Regras de transição, que tratam da eventual circunstância de se passar de um tipo de discurso para outro.

---

<sup>56</sup> GUERRA, op. cit. p.13

Com efeito, Alexy conclui que as regras não garantem um acordo para cada questão prática posta em debate, e ainda que fosse possível o acordo, nem todos estariam dispostos a segui-lo. Diante disso, novos pontos são levantados:

1. Na prática, nem todas as regras do discurso poderão ser cumpridas a risca.
2. Nem todos os passos do processo argumentativo foram especificamente delineados
3. O discurso parte de convicções (crenças) dos participantes, que são variáveis.
4. Ainda que se chegue a uma dada conclusão tida como “certa”, não há garantias que alguém vá agir nesse sentido.

As citadas regras dividem-se entre as de justificação interna e as de justificação externa.

Rabay traz uma enumeração extremamente didática:<sup>57</sup>

a) Regras de justificação interna:

1. Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve apresentar-se pelo menos uma norma universal;
2. A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto com outras proposições;
3. Sempre que exista dúvida sobre se uma constante .A. de indivíduo é um predicado complexo .T., que representa o pressuposto de fato da norma ou uma característica específica .M., há que arrolar uma regra para decidir a questão;
4. São necessários os passos de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja já discutível;
5. Há que articular o maior número possível de passos de desenvolvimento;

b) Regras de justificação externa

1. Regras de argumentação empírica . as mesmas do discurso geral (.f1.);
2. Regras de interpretação:
  - 2.1. Deve resultar saturada toda forma de argumento que haja de contar entre os cânones da interpretação;
  - 2.2. Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam aduzir-se outros motivos racionais que concedam prioridade aos outros argumentos;
  - 2.3. A determinação do peso de argumento de distintas formas deve ter lugar segundo regras de ponderação;
  - 2.4. Há que tomar em consideração todos os argumentos que seja possível propor e possam incluir-se por sua forma entre os cânones da interpretação;
3. Regras da argumentação dogmática:

---

<sup>57</sup> GUERRA, op. cit. p.15

- 3.1. Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, ao menos, de um argumento prático de tipo geral;
- 3.2. Todo enunciado dogmático deve poder passar por uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito quanto em sentido amplo;
- 3.3. Se são possíveis argumentos dogmáticos, deve-se usá-los.
4. Regras mais gerais do uso dos precedentes:
  - 4.1. Quando for possível citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo;
  - 4.2. Quem queira distanciar-se de um precedente assume o ônus da argumentação.

Os argumentos de fundamentação podem ainda ser divididos em quatro grupos: argumentos linguísticos, argumentos genéticos, argumentos práticos gerais e argumentos sistemáticos.

1. Argumentos linguísticos se apoiam no uso da linguagem e proporcionam um decisório firme. Eles se subdividem em a) argumentos semânticos, que tratam do significado de expressões; e b) argumentos sintáticos, quando se relacionam à estrutura gramatical.
2. Argumentos genéticos, que buscam a vontade do legislador (*mens legislatoris*). Dizem respeito tanto ao significado que o legislador teria dado a determinada expressão quanto ao fim que ele pretendeu.
3. Argumentos sistemáticos visam sempre a unidade e a coerência para com o sistema, e podem ser subdivididos em:
  - a) Argumentos de garantia de consistência
  - b) Argumentos contextuais
  - c) Argumentos conceitualmente sistemáticos
  - d) Argumentos de princípios
  - e) Argumentos jurídicos especiais
  - f) Argumentos prejudiciais
  - g) Argumentos históricos
  - h) Argumentos comparativos
4. Argumentos práticos-gerais, que subdividem-se em argumentos deontológicos e teleológicos. Os primeiros visam o dever-ser, independente das circunstâncias. Já os segundos tem por escopo uma interpretação encerrando uma ideia do que é bom.

São esses alguns aspectos da contribuição de Robert Alexy para o desenvolvimento da racionalidade argumentativa no Direito, com certeza há muito mais o que se falar da obra deste brilhante jusfilósofo, todavia, o escopo limitado do presente trabalho impede que se avance nesse sentido.

No capítulo que se segue veremos o projeto daquele que analisou a fundo cada uma das teorias aqui já expostas e propôs uma de sua própria autoria.

## 1.8 O Modelo de Manuel Atienza

Para Manuel Atienza, uma teoria da argumentação jurídica há que ser vista sob três diferentes prismas: do objeto, do método e da função. Ou seja, deve levar em conta o que a teoria explica, de que forma explica e para que explica – sua finalidade instrumental ou não.

No que diz respeito ao objeto da teoria, Atienza chama atenção para o dado de que a argumentação feita na vida jurídica, na maior parte das vezes, versa sobre fatos. Mesmo sendo assim, as chamadas teorias padrão da argumentação jurídica se preocupam quase que exclusivamente com questões de tipo normativo:<sup>58</sup>

Com isso, contudo, além de não se incluir no âmbito de estudo a maior parte das argumentações produzidas fora dos tribunais superiores – e que é uma argumentação sobre fatos – não se dá suficiente conta da argumentação a propósito de questões normativas, uma vez que, também com relação a esse tipo de problema, surgem discussões sobre fatos que podem vir a ter uma importância até mesmo decisiva.

Com efeito, uma teoria da argumentação jurídica, para dar conta desse aspecto, deve estar em conexão e se aproximar de teorias argumentativas de outras áreas do conhecimento, como a da argumentação científica e a argumentação da vida ordinária:<sup>59</sup>

[...] a teoria da argumentação jurídica não apenas há de se desenvolver em contato próximo com a teoria moral e com o que, normalmente, se chama “teoria do Direito”, como também com a sociologia do Direito, entendida esta como teoria sociológica e como investigações de tipo empírico.

<sup>58</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.p.213

<sup>59</sup> ATIENZA, op. cit.,p.213

De outro lado, a teoria em comento teria de tratar não apenas dos raciocínios construídos na dogmática jurídica e nos processos de exegese e aplicação do Direito, mas também da argumentação que se dá quando da produção do Direito.

Como já foi visto, o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático por estar adstrito à lei e às normas de Direito. De certa forma, a racionalidade na aplicação do Direito está condicionada à racionalidade com que foi pautada a produção da legislação.

Na argumentação produzida na fase legislativa pode-se distinguir os seguintes elementos:

- A) Os redatores
- B) Os destinatários
- C) O sistema jurídico
- D) Os fins e os valores das normas.

Ao olhar por esse espectro, verifica-se que a racionalidade legislativa pode ser dividida em vários níveis, que por sua vez possuem características peculiares. Com masteria, Atienza esclarece:<sup>60</sup>

Teríamos, concretamente: uma racionalidade linguística, entendida no sentido de que o emissor (redator) deve ser capaz de transmitir de se forma inteligível uma mensagem (a lei) ao receptor (o destinatário); uma racionalidade jurídico-formal, pois a nova lei deve se inserir de modo harmonioso num sistema jurídico preexistente; uma racionalidade pragmática, uma vez que a conduta dos destinatários teria de se adequar ao prescrito na lei; uma racionalidade teleológica, pois a lei teria de alcançar os fins sociais perseguidos; e uma racionalidade ética, na medida em que as condutas prescritas e os fins das leis pressupõem valores que precisariam ser suscetíveis de justificação ética.

Já no âmbito de aplicação do Direito, cumpre consignar que as teorias da argumentação jurídica até então existentes levam em conta apenas a “adjudicação” à tese corroborada pela argumentação considerada superior, esquecendo-se quase que por completo que no âmbito jurídico, muitas vezes, a resolução dos problemas se dá por meio de uma negociação, uma composição em que ambas as partes cedem em determinados pontos; isso significa que os problemas levados ao Poder Judiciário não se resolvem apenas com a aplicação de normas, embora estas não deixem de ter um papel fundamental.

---

<sup>60</sup> ATIENZA, op. cit., p. 214

A visam ampla de Manuel Atienza – como deve ser a de um filósofo genuíno – o leva à seguinte conclusão:<sup>61</sup>

Elaborar uma teoria da argumentação jurídica que leve em conta, também, o tipo de raciocínio levado a efeito no contexto desses procedimentos – jurídicos – de resolução de conflitos, não é importante apenas por razões práticas, mas também por razões teóricas. Considerada a questão do ponto de vista de quais são os critérios de correção da argumentação, isso deveria levar a operar com um modelo complexo de racionalidade prática; a racionalidade discursiva teria de se combinar aqui com a racionalidade estratégica, com o que, no final, produz uma aproximação entre a argumentação que ocorre nesse âmbito e a argumentação legislativa.

Em adendo ao que já foi aqui dito, Atienza prescreve a necessidade de que a teoria da argumentação jurídica tenha não só um caráter prescritivo, mas também descritivo; isto é, precisa de critérios que estabeleçam de que maneira uma decisão deve ser justificada, e também um método que permita visualizar como determinada decisão foi de fato justificada.<sup>62</sup>

Uma teoria da argumentação jurídica tem de dispor – como acabei de dizer- de um método que permita representar adequadamente o processo real da argumentação – pelo menos a fundamentação de uma decisão tal como aparece plasmada nas sentenças e em outros documentos jurídicos -, assim como de critérios tão precisos quanto possível, para julgar a correção – ou a maior ou menor correção – dessas argumentações e de seus resultados, as decisões jurídicas.

Atienza reforça a crítica à lógica formal dedutiva como instrumento único para a avaliação dos argumentos que dão no âmbito jurídico. Com efeito, a argumentação jurídica não se apresenta, na maioria das vezes, de forma linear; *“seu aspecto não lembra uma cadeia, e sim a trama de um tecido”*<sup>63</sup>

Para a representação dos argumentos, Atienza propõe o uso de diagramas, os quais permitem uma melhor visualização. Veja-se o exemplo extraído de seu livro:<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> ATIENZA, op. cit., p. 214-215

<sup>62</sup> ATIENZA, op. cit., p. 215

<sup>63</sup> ATIENZA, op. cit., p.216

<sup>64</sup> ATIENZA, op. cit., p. 216

$a \rightarrow b$	: a é um argumento independente a favor de b;
$a \leftarrow b$	: a é um argumento independente contra b;
$\begin{array}{l} a \\ b \end{array} \rightarrow c$	: a e b, conjuntamente, constituem um argumento a favor de c;
$\begin{array}{l} a \\ b \end{array} \rightarrow c$	: a e b (cada um isoladamente) constituem um argumento a favor de c;
$a \rightarrow \begin{array}{l} b \\ \downarrow \\ c \end{array}$	: é um argumento para fundamentar c com a ajuda de b;

Nesse modelo, as letras “a”, “b” e “c” representam o aspecto semântico – sentido - dos enunciados.

No que diz respeito à representação do aspecto pragmático, Atienza propõe o uso das seguintes figuras geométricas:<sup>65</sup>

	proposição de um problema;
	afirmação de um enunciado empírico (universal ou singular);
	adoção de um enunciado normativo que obriga, proíbe ou permite fazer algo;
	formulação de uma pergunta que pode ser feita no curso da argumentação e que pode ter uma ou mais saídas;
	assunção de um juízo de valor;
	estabelecimento de uma definição ou de um postulado de significado;
	adoção de um princípio (que pode ser considerado algo a meio caminho entre um valor e uma norma); etc.

A partir daí pode-se tentar representar como ocorre o processo de argumentação em um chamado “hard case”. Para tanto, é preciso seguir os seguintes passos, identificando, ou não, a existência de determinados problemas:

- A) Problema de pertinência; isto é, quando não se sabe ao certo qual seria a norma aplicável à espécie.

<sup>65</sup> ATIENZA, op. cit., p.217

- B) Problema de interpretação, que diz respeito à melhor exegese da norma ou das normas que incidem no caso em questão.
- C) Problema de prova, quando não é possível ter certeza a respeito da ocorrência de um determinado fato.
- D) Problema de qualificação, que diz respeito à dúvida sobre a subsunção da norma abstratamente prevista à hipótese fática.

Muitas vezes, precisamos argumentar quando a informação contida nas premissas é insuficiente para uma conclusão dedutiva, ou então quando a informação é excessiva, no sentido de ser potencialmente contraditória e permitir várias interpretações diferentes; nesses casos, é necessário estabelecer novas premissas, conforme ensina Atienza:<sup>66</sup>

[...] é preciso construir hipóteses de solução para o problema, isto é, é preciso construir novas premissas, para criar uma nova situação informativa que contenha uma informação necessária e suficiente com relação à conclusão. Se se trata de um problema interpretativo por insuficiência de informação, a nova premissa terá de consistir numa reformulação da norma de que se parte, que dê lugar a uma nova norma suficientemente ampla – ou suficientemente precisa – para abarcar o caso submetido a exame.

Essa nova premissa, evidentemente, precisa ser justificada; ou seja, é necessário que sejam apresentados argumentos convincentes a favor dela.

Por exemplo, um caso recorrente no Direito é o da possibilidade de várias interpretações respeito de uma norma. Ao se defrontar com tal hipótese, deve-se fazer uso do esquema *reductio ad absurdum*, ou redução ao absurdo, que consiste em demonstrar que determinada interpretação implicaria em consequências inaceitáveis – do ponto de vista fático ou jurídico -, e que, portanto, não pode ser aceita como válida.

Ao ensinar sobre a analogia e a redução ao absurdo, Atienza preconiza que ambos podem coexistir no contexto de um processo argumentativo complexo:<sup>67</sup>

[...] os argumentos são enunciados – empíricos, normativos etc. – apresentados a favor de outros enunciados, e, assim, tanto a analogia quanto a redução ao absurdo não são propriamente argumentos, e sim estratégias ou formas de argumentação que, evidentemente, podem aparecer entrelaçadas num processo de argumentação complexo.

<sup>66</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.p.220

<sup>67</sup> ATIENZA, op. cit., p. 221

Distingue-se o método que representa como de fato os argumentos se dão dos critérios que devem ser usados para o julgamento da correção de tais argumentos.

Os critérios estabelecidos nas teorias de MacCormick e Alexy, já vistas nos tópicos anteriores, permitem descartar *in limine* os argumentos e decisões irracionais. Todavia, nos chamados “*hard cases*” é possível que duas soluções diametralmente opostas possuam justificações racionais: aí reside o grande problema.

Atienza sustenta que o fato de tal situação ser recorrente na vida jurídica não significa que uma decisão proferida por um órgão jurisdicional, sem violar os limites da racionalidade, esteja correta. Para resolver tal problema, Atienza propõe tornar as coisas ainda um pouco mais complexas:<sup>68</sup>

[...] precisaríamos ampliar a noção de racionalidade prática, lembrada anteriormente, para que ela abarcasse uma teoria da equidade, da discricionariedade ou da razoabilidade que oferecesse algum tipo de critério para lidar nos casos difíceis, por mais que tais critérios possam ser discutíveis e não tenham a solidez dos outros. Uma tal teoria, por outro lado, não poderia ter um caráter puramente ou essencialmente formal, mas teria necessariamente de incorporar conteúdos de natureza política ou moral.

É incontestável que argumentar constitui-se na atividade principal dos juristas, e que o Direito não está isolado em si mesmo, mas ao revés, dialoga constantemente com a filosofia, a sociologia, a psicologia e outras áreas do conhecimento.

Sendo assim, a função pragmática da argumentação jurídica consistiria em fornecer uma orientação eficaz às tarefas de produção, interpretação e aplicação do Direito.

Outra função relevante que uma teoria da argumentação jurídica deve cumprir, segundo Atienza, é a de ensinar operadores do direito a raciocinarem como juristas:<sup>69</sup>

A outra finalidade prática se refere ao ensino do Direito. Um objetivo central do processo de aprendizagem do Direito teria de ser o de aprender a pensar ou raciocinar “como um jurista”, não se limitando a conhecer os conteúdos de Direito positivo.

A teoria da argumentação jurídica deve ser capaz de oferecer um modelo de análise que permita visualizar como a argumentação se deu de fato em determinado caso; bem como oferecer critérios para que se possa julgar a correção de determinada decisão.

<sup>68</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.p.223

<sup>69</sup> ATIENZA, op. cit., p. 225

## 2. PROVAS NO PROCESSO PENAL

Com o fito de proporcionar o correto entendimento do caso objeto da presente monografia e contextualizar o leitor que não possui formação jurídica, faz-se necessário primeiramente, tecer breves – brevíssimas - considerações a respeito da Prova no Processo Penal.

É importante ressaltar que o Direito Brasileiro adota, como regra, o princípio do livre convencimento motivado, conforme exposto no artigo 155 do Código de Processo Penal. Por este princípio o juiz é livre para apreciar cada elemento de prova e atribuir-lhe o valor que julgar adequado; não se pode dizer, em abstrato, que uma prova tenha mais peso ou mais valor do que outra. Dessa forma, o magistrado é livre para, em tese, condenar alguém com base no depoimento de uma única testemunha, desde que explicita na sentença os motivos que o levaram a tanto.

### 2.1 Conceito de Prova no Processo Penal

Provas são elementos destinados à convicção do magistrado; vale dizer, são elementos trazidos aos autos pelas partes, ou perquiridos de ofício pelo juiz, com o objetivo de elucidar a questão posta em juízo.

Tourinho Filho conceitua a Prova no Processo Penal valendo-se dos seguintes termos:<sup>70</sup>

Que se entende por prova? Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma. Do que se alega. Entendam-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do thema probandum.

Na lição de Eugênio Pacelli Oliveira:<sup>71</sup>

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

<sup>70</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.p, 561.

<sup>71</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16..ed. São Paulo: Atlas. 2012. p.317

As provas são tratadas no Título VII do Código de Processo Penal, que vai do artigo 155 ao 250.

## 2.2 Espécies de provas

Nos itens que se seguem, passa-se à conceituação, de forma sintética, dos mais comuns meios de prova no Processo Penal, trazendo à colação, sempre que oportuno, o entendimento de alguns dos mais conceituados estudiosos do tema no Direito Pátrio.

### 2.2.1 Testemunhas, provas diretas e indiretas.

A prova testemunhal é considerada, quanto ao objeto, uma prova indireta;<sup>72</sup> isto é, as testemunhas relatam aquilo que viram ou sabem. Em contraposição às provas indiretas, as provas diretas são, de certa forma, os elementos probatórios considerados em si mesmos. Em termos concretos, o testemunho de que determinado cidadão estaria portando uma arma de fogo sem autorização seria uma prova indireta. Já a arma de fogo com as impressões digitais desse mesmo cidadão seria uma prova direta.

Fernando Capez, com precisão, define:<sup>73</sup>

[..]testemunha é todo homem, estranho ao feito e equidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre fatos perceptíveis a seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa.

O autor Paulo Rangel<sup>74</sup> diferencia as provas, quanto ao sujeito, em prova pessoal e prova real. A primeira seria “toda afirmativa consciente destinada a mostrar a verdade dos fatos afirmados”, enquanto a segunda é conceituada como “aquela originada dos vestígios deixados pelo crime”.

Tratam das testemunhas os artigos 202 a 225 do Código de Processo Penal.

<sup>72</sup> RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, p. 453.

<sup>73</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 418-419

<sup>74</sup> RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, p. 455.

### 2.2.2 Documentos

Para efeito de prova no Processo Penal, a palavra documento é tomada no seu sentido amplo. Nos dizeres do art. 232 do Código de Processo Penal, de 1940, consideram-se documentos “*quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares*”.

No entanto, Fernando Capez preceitua:<sup>75</sup>

Atualmente, lança-se mão de um conceito mais amplo, segundo o qual os documentos compreendem não só os escritos mas também qualquer forma corporificada de expressão do sentimento ou pensamento humano, tais como a fotografia, a filmagem, a gravação, a pintura, o desenho, o e-mail etc.

Em posicionamento semelhante, Nestor Távora e Rosmar Antonni<sup>76</sup> afirmam que documento é qualquer objeto representativo de um fato ou ato relevante.

Na obra “Direito Processual Penal: Teoria, Práxis e Crítica”, Denilson Feitoza se posiciona sobre a questão da autenticidade e da veracidade dos documentos:<sup>77</sup>

Entendemos que não somente o documento nominativo (possui o nome de quem o produziu) ou, mais amplamente, o documento autêntico (é do autor a quem é atribuído, aja ou não o nome do autor no documento), mas também o documento anônimo é um documento, pois a questão crucial no documento é, geralmente, a veracidade do fato que representa ou comunica, e não, propriamente, sua autenticidade. Assim, uma fotografia ou filme podem ser considerados como verdadeiros quanto ao fato que representam, ainda que não se saiba quem foi o autor.

Cumpra consignar que transcrições de gravações telefônicas são consideradas espécies de documentos<sup>78</sup>.

Dispõe sobre essa espécie de prova os artigos 231 a 238 do Código de Processo Penal.

<sup>75</sup> RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, p p. 438

<sup>76</sup> TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 3.ed. Salvador: Juspodivum. 2009,p.386

<sup>77</sup> FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. Ed. Niterói: Impetus, 2010. P. 799

<sup>78</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Transcrição de gravações. Modalidade de perícia ou documento?. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1777, 13 maio 2008 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11255>>. Acesso em: 24 jul. 2013.

### 2.2.3 Interrogatório

O interrogatório, que se dá somente na fase judicial – no inquérito policial há, quando é o caso, a colheita do depoimento do acusado -, é considerado meio de defesa e meio de prova. É uma oportunidade de exercício da autodefesa pelo réu. O Código de Processo Penal dispõe sobre o interrogatório em seus artigos 185 a 196.

Inquirido pelo juiz, o réu tem a oportunidade de dar a sua versão dos fatos e se defender, bem como de permanecer calado sem que isso lhe implique em qualquer dano. Frise-se que em nenhuma hipótese o silêncio do acusado poderá ser interpretado em seu prejuízo. Já se optar por falar, o teor do seu discurso poderá ser livremente interpretado e valorado pelo magistrado.

Eugênio Pacelli preconiza:<sup>79</sup>

Com efeito, ao permitir-se, como regra legal, o silêncio no curso da ação penal, o sistema impede a utilização, pelo(s) julgador(es), de critérios exclusivamente subjetivos na formação do convencimento judicial. Dessa maneira, procura-se evitar que eventuais hesitações, eventuais contradições, não relevantes, ou, ainda, lapsos de memória ou coisa que o valha, presentes no momento do interrogatório do réu, sirvam de motivação suficiente para o convencimento do juiz ou do tribunal. De outra forma: evita-se o estímulo à cultura do quem cala consente, que não oferece padrões mínimos, seja de ordem psicanalítica, jurídica, espiritual, seja de qualquer outra espécie, para a reprodução de verdade alguma.

Em seu *Manual de Processo Penal*, Tourinho Filho afirma:<sup>80</sup>

Um dos atos mais importantes é, sem dúvida, o interrogatório. A despeito da sua posição topográfica, no capítulo das provas, é meio de defesa. Embora o juiz possa formular ao acusado as perguntas que lhe parecerem apropriadas e úteis, transformando o ato numa oportunidade para a obtenção da prova, o certo é que a Constituição consagrou o direito ao silêncio. Em face do texto constitucional (art. 5º, LXIII), o réu responderá às perguntas a ele dirigidas se quiser. Não se pode dizer, pois, seja o interrogatório meio de prova.

Note-se que o autor supracitado sequer considera o interrogatório como meio de prova, tratando-o unicamente como meio de defesa.

<sup>79</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas. 2012. P. 378-379

<sup>80</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2011, p.583.

### 2.2.4 Perícias

As perícias são exames realizados por profissionais especializados, com o fim de obter uma prova técnica; isto é, uma prova que somente do exame pericial feito por um profissional habilitado pode revelar. Versam sobre as perícias os artigos 158 a 184 do Código de Processo Penal.

Um exemplo clássico de perícia é o exame de corpo de delito, realizado por um perito oficial ou por dois peritos não oficiais portadores de diploma de curso superior, e que deve ser feito sobre todos os objetos envolvidos na cena do crime que se mostrem úteis à solução do caso.

Sobre o tema, doutrinam Nestor Távora e Rosmar Antonni:<sup>81</sup>

É o exame procedido por pessoa que tenha conhecimentos técnicos, científicos, ou domínio específico em determinada área do conhecimento. Afinal, não sendo o magistrado especialista em todas as áreas do saber, vale-se dos peritos para auxiliá-lo. A prova pericial assume papel de destaque na persecução penal, justamente pelo tratamento dado por nossa legislação à figura do perito, estando este sujeito à disciplina judiciária.

É importante ressaltar que de corpo de delito é elemento de prova obrigatório para a eventual condenação de réu em crime que deixe vestígios. Todavia, desaparecidos os vestígios a prova testemunhal poderá suprir a falta do referido exame.

### 2.2.5 Indícios

Indícios são fatos que, por meio de um raciocínio silogístico, permitem concluir pela existência de outros fatos. Não são considerados elementos de convencimento em si mesmos, mas através deles é possível chegar a esses elementos.

No tocante aos indícios, Capez conceitua:<sup>82</sup>

É toda circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante raciocínio lógico, pelo método indutivo, obtém-se a conclusão sobre um outro fato. [...]. Indício é o sinal demonstrativo do crime: *signum demonstrativum delicti*

<sup>81</sup> TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 3.ed. Salvador: Juspodivum. 2009.p. 332

<sup>82</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 422

Com escoro na etimologia das palavras, o Desembargador Paulo Rangel diferencia indício de presunção:<sup>83</sup>

Indício vem do latim *indiciu*, que significa indicar, apontar, sinal, indicação. É todo e qualquer fato, ou circunstância, certo e provado, que tenha conexão com o fato, mais ou menos incerto, que se procura provar.

Presunção vem do latim *praesumptione*, que significa opinião ou juízo baseado nas aparências; suposição ou suspeita.

O Código de Processo Penal faz menção aos indícios no artigo 239.

### 2.2.6 Acareação

Através da acareação são confrontadas pessoas envolvidas no processo que proferiram versões divergentes a respeito de determinado fato. Os acareados são reperguntados a respeito dos pontos divergentes com o objetivo de que seja alcançada – como sempre – a verdade real.

Távora e Antonni esclarecem:<sup>84</sup>

Acareação ou acaroar é por em presença, uma da outra, face a face, pessoas cujas declarações são divergentes. Ocorre entre testemunhas, acusados, ofendidos, objetivando esclarecer a verdade, no intuito de eliminar as contradições. É admitida durante toda a persecução penal, podendo ser determinada de ofício ou por provocação.

Tourinho Filho assevera:<sup>85</sup>

Acareação ou confrontação, consiste em colocar duas ou mais pessoas (réus, vítimas, testemunhas), cujos depoimentos sejam conflitantes, em presença uma da outra – cara a cara- para que expliquem as divergências. A acareação só será possível se a divergência incidir sobre fatos ou circunstâncias relevantes e não se puder chegar à verdade pelas demais provas produzidas.

Vê-se que Tourinho Filho coloca a acareação como um meio de prova subsidiário, utilizável somente ante a ineficácia das demais provas no esclarecimento dos fatos.

Tratam da acareação os artigos 228 a 230 do Código de Processo Penal.

<sup>83</sup> RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, p. 483.

<sup>84</sup> TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 3.ed. Salvador: Juspodivum. 2009.p. 385

<sup>85</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.p, 625.

### 2.2.7 Confissão

A confissão, ato retratável e divisível, é a declaração feita pelo acusado na qual este afirma fato contrário aos seus interesses; mais especificamente, é ato pelo qual o acusado assume o fato criminoso, no todo ou em parte, ainda que com ressalvas.

A respeito da confissão, Denilson Feitoza doutrina:<sup>86</sup>

Confissão, no processo penal, é a aceitação forma da imputação da infração feita por aquele a quem foi atribuída a prática da infração penal.

[...]

Essencial à caracterização da confissão é que verse sobre o fato principal, pois, do contrário, não estará caracterizada a infração penal imputada ao suposto confitente. Os demais critérios legais dizem respeito ao seu valor ou validade, sem perda de vista que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova (arts. 155 e 200, CPP).

As disposições legais sobre a confissão estão contidas nos artigos 197 a 200 do Código de Processo Penal.

### 2.2.8 Busca e Apreensão

A busca e apreensão domiciliar é medida eminentemente cautelar, de caráter excepcional, pois implica em violação a direito do acusado ou de terceiros.

É obrigatoriamente precedida de ordem judicial fundamentada, com a especificação do local e do objeto da busca e deve ser cumprida durante o dia, salvo se o morador consentir com a busca noturna.

Diferenciando a *busca e apreensão* da mera *apreensão*, Tourinho Filho:<sup>87</sup>

A busca e a apreensão constituem diligencia que se realiza objetivando a procura de alguma coisa ou dea Iguem para apreende-la. Muitas vezes pode ocorrer apreensão sem busca. Assim, p. ex., se o próprio acusado entrega à autoridade o

<sup>86</sup> FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. Ed. Niterói: Impetus, 2010. P. 781.

<sup>87</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2011,p,632.

instrumento do crime, determinará ela a lavratura de um auto de apreensão, que receberá o nome de “auto de exibição e apreensão”.

Cumprе consignar que a busca pessoal prescindе de ordem judicial é pode ser realizada pela autoridade policial desde que existam fundadas suspeitas de que a pessoa revistada esteja portando objetos que constituam crimes em si mesmos ou que estejam ligados a crimes.

A busca e apreensão está regulada no Código de Processo Penal pelos artigos 240 a 250.

### **2.2.9 Reconhecimento**

O Reconhecimento pode ter por objeto pessoas ou coisas, é o ato pelo qual alguém confirma a identidade daquilo que lhe foi apresentado. Pode se dar até mesmo sobre objetos imateriais, como ocorre com o reconhecimento da voz do acusado pela vítima.

Segundo o magistério de Távora e Antonni:<sup>88</sup>

Eventualmente pode ser fundamental para o deslinde da causa que algum objeto, ou alguém vinculado direta ou indiretamente ao evento delitivo, seja reconhecido. Nessa logica, a pessoa que tenha tido contato anteriormente com a coisa ou a pessoa a ser reconhecida será chamada a prestar sua contribuição, confirmando se realmente se trata da pessoa ou coisa que se imagina ser.

O reconhecimento de pessoas e coisas é regulado pelos arts. 226 a 228 do Código de Processo Penal.

### **2.2.10 Perguntas ao ofendido**

O ofendido, que, a rigor, não é considerado testemunha, tem o dever de prestar declarações, podendo ser conduzido coercitivamente para tanto, caso necessário.

Sobre o tema, Capez doutrina:<sup>89</sup>

[...] embora não prestando o compromisso de dizer a verdade, pode falseá-la, sem praticar o crime de falso testemunho, respondendo, porém, por denúncia caluniosa se der causa a investigação policial ou processo judicial, imputando a alguém crime de que o sabe inocente. Seu valor probatório é relativo, devendo ser aceito com reservas, salvo em crimes praticados às ocultas, como são os crimes contra os costumes, ou no caso de crimes praticados por pessoas desconhecidas da vítima.

<sup>88</sup> TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 3.ed. Salvador: Juspodivum. 2009.p. 385

<sup>89</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 432.

No que diz respeito ao valor probatório da palavra do ofendido, Tourinho Filho preconiza:<sup>90</sup>

Acusado e ofendido são os sujeitos da relação jurídico-material. Situam-se em polos diferentes. Um pratica a ação criminosa; outro sofre essa mesma ação. Suas palavras, por conseguinte, por si sós, não merecem crédito, dados os interesses em jogo. Grosso modo, ambos procuram narrar os fatos a sua maneira, e assim, suas declarações devem ser aceitas com reservas.

As declarações do ofendido, assim como qualquer outro meio de prova, têm valor relativo. Devem ser sopesadas com cuidado pelo magistrado, uma vez que partem de pessoa diretamente interessada. Trata sobre o ofendido o artigo 201 do Código de Processo Penal.

### 2.3 Validade das provas

O art. 5º, LVI, da Constituição da República prescreve que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Na lição de Eugênio Pacelli:<sup>91</sup>

A vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção.

Também a respeito do tema, e adentrando na questão da admissibilidade das provas ilícitas, Denilson Feitoza afirma:<sup>92</sup>

Somente em situações extremas e excepcionais se pode admitir a utilização de prova ilícita pro societate, pois, do contrário, o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos fundamentais, o que iria frontalmente contra a própria noção de provas ilícitas, que foram originariamente idealizadas e instituídas exatamente para dissuadir o Estado de violar direitos fundamentais. O princípio constitucional da legalidade, por sua vez, também não se prestaria a esse intento, pois sua função precípua de defesa é a de garantir direitos fundamentais em face do Estado e não o contrário.

Nota-se que a vedação das provas ilícitas constitui-se em garantia do cidadão em face do poder persecutório estatal.

<sup>90</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.p, 603.

<sup>91</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16..ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 335

<sup>92</sup> FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. Ed. Niterói: Impetus, 2010.p. 731

### 2.3.1 Provas ilegítimas

Em termos doutrinários e jurisprudenciais – a lei não faz tal distinção, abarcando as ilegítimas dentro do conceito das ilícitas -, as provas ilegítimas são consideradas aquelas produzidas em violação a normas de direito processual. O vício diz respeito à forma com que foram produzidas ou introduzidas no processo.

Vale ressaltar que as provas ilegítimas são inadmissíveis quanto as produzidas em violação a normas de direito material

### 2.3.2 Provas ilícitas

Seguindo a distinção aqui adotada, as provas ilícitas são aquelas produzidas com violação a normas de direito material.

Sobre o tema, Capez elucida:<sup>93</sup>

Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal.

Ante o exposto nos itens anteriores, constata-se que a diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas tem pouca utilidade prática.

#### 2.3.2.1 Proporcionalidade da proibição

A gênese da vedação das provas ilícitas e de diversos outros mecanismos de frenagem da atuação persecutória estatal se encontra na proteção ao réu/investigado, outorgada pela Constituição Federal.

A inadmissibilidade das provas ilícitas é uma conquista e uma garantia do cidadão em face do Estado. Sem esses limites, o réu seria esmagado pelo poder persecutório estatal. Mas não é só.

---

<sup>93</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 348

Em determinadas situações, em face dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, algumas garantias podem e devem ser mitigadas, tendo em vista que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida.

Fernando Capez prescreve:<sup>94</sup>

No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição. Um outro caso seria o de uma organização criminosa que teve ilegalmente seu sigilo telefônico violado e descoberta toda a sua trama ilícita. O que seria mais benéfico para a sociedade: o desbaratamento do grupo ou a preservação do seu “direito à intimidade”?

E continua:<sup>95</sup>

A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição. O juiz, utilizando o seu alto poder de discricionariedade deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos.

O devido processo legal foi erigido ao status de garantia fundamental. Os princípios fundamentais do *due process of law* são aplicáveis a qualquer processo, seja no âmbito trabalhista, civil, administrativo, etc. Adquirem, porém, no processo penal, especial relevo. Isso porque neste estão em jogo os bens mais primordiais ao ser humano; quais sejam, sua dignidade, sua liberdade, e sua própria vida.

As garantias processuais visam proporcionar um processo justo, que alcance um fim justo, sem violar a dignidade da pessoa humana, uma vez que o ser humano é sujeito de direitos face ao estado, e não mero objeto do processo.

Na lição de Leonardo Greco:<sup>96</sup>

As garantias do Processo Penal visam sobretudo a tratar o acusado com dignidade humana, impedindo que ele seja degradado a mero objeto da persecução penal, desenvolvendo assim a confiança do cidadão no Estado de Direito.

E ainda:

Como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade

<sup>94</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 352

<sup>95</sup> *Ibidem*,p. 354

<sup>96</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. p. 1. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 01 de novembro de 2012

humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo.

Nesse diapasão, o juiz deve balizar-se pelas imposições legais e constitucionais, mas não está restrito a elas, devendo, no legítimo exercício de seus poderes, adequar o procedimento, fazendo uso de um juízo de ponderação entre os princípios, orientado pela proporcionalidade, razoabilidade e adequação, de modo a permitir que o processo alcance o resultado almejado, qual seja, a justiça.

Provas como uma escuta telefônica aparentemente realizada sem o cumprimento dos rigores formais podem ser admitidas, desde que seja feito um juízo de ponderação entre os valores em jogo, e após este, constate-se a imprescindibilidade da admissão da prova. Por óbvio, desde que esta admissão não resulte em uma violação de direitos ainda maior.<sup>97</sup>

Com a visão de um Promotor de Justiça ciente das mazelas sociais, dentre elas a impunidade de indivíduos altamente nocivos à sociedade, Fernando Capez preceitua:<sup>98</sup>

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre elas para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva prevalecer.

E arremata:

Em outras palavras, o direito à liberdade (no caso da defesa) e o direito à segurança, à proteção da vida, do patrimônio etc. (no caso da acusação) muitas vezes não podem ser restringidos pela prevalência do direito à intimidade (no caso das interceptações telefônicas e das gravações clandestinas) e pelo princípio da proibição das demais provas ilícitas.

É necessário que o juiz se desprenda de formalismos codificados, quando estes se mostram como obstáculo à efetividade do procedimento e da própria justiça<sup>99</sup>. Nas palavras de

<sup>97</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. p. 39. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 01 de novembro de 2012

<sup>98</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 351

<sup>99</sup> GRECO, op. cit., p. 39

Leonardo Greco, “O importante é que o procedimento seja adequado à necessidade concreta de tutela jurisdicional efetiva”.<sup>100</sup>

O advogado é essencial à administração da justiça e tem o dever de usar todos os meios e argumentos permitidos pelas regras deontológicas da sua profissão para a defesa do acusado<sup>101</sup>. Do mesmo modo, o juiz deve não só analisar, mas também demonstrar que analisou cuidadosamente tanto os argumentos da acusação quanto os da defesa, pois só assim as partes poderão verificar se contraditório foi respeitado e se o juiz efetivamente levou em consideração a atividade desenvolvida pelas partes no intuito de influenciar a decisão.

Nesse diapasão, Greco afirma que a atuação do juiz deve ser de modo que:<sup>102</sup>

[...] o desprenda do racionalismo científico e do procedimentalismo codificado para permanentemente confrontá-lo com as exigências funcionais de efetividade dos seus resultados e com as imposições de impostergáveis valores humanitários que dele fazem o instrumento apropriado de tutela de todos os demais direitos.

Em orientação semelhante, o Procurador da República Eugênio Pacelli:<sup>103</sup>

Impõe-se, portanto, para uma adequada tutela também dos direitos individuais que são atingidos pelas ações criminosas, a adoção de critérios orientados por uma ponderação de cada interesse envolvido no caso concreto, para se saber se toda atuação estatal investigatória estaria contaminada, sempre, por determinada prova ilícita. Pode-se e deve-se recorrer, ainda mais uma vez, ao critério da proporcionalidade, que, ao fim e ao cabo, admite um juízo de adequabilidade da norma de direito ao caso concreto.

Enfrentando a questão das provas ilícitas e da proporcionalidade à luz do enfrentamento às organizações criminosas, Denilson Feitoza preceitua:<sup>104</sup>

[...] os integrantes de organizações criminosas, de “criminalidade organizada” ou de “crime organizado”, na perspectiva dos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, demandam medidas interventivas, sejam investigativas, processuais ou probatórias, mais gravosas em seus direitos fundamentais, em razão de sua desigualdade material, do que decorre com a generalidade dos investigados, indiciados ou réus.

---

<sup>100</sup> GRECO, op. cit., p. 40

<sup>101</sup> GRECO, op. cit., p. 42

<sup>102</sup> GRECO, op. cit., p. 42

<sup>103</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas. 2012. P. 356

<sup>104</sup> FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. Ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 731

Com efeito, a igualdade material prescreve que os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de sua desigualdade.

### 2.3.3 Provas ilícitas por derivação

Versa o art. 157 do Código de Processo Penal:

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. (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.

Aqui adentra-se em um dos pontos mais relevantes para a correta compreensão do caso objeto da análise.

Provinda do direito norte-americano, a teoria dos frutos da árvore envenenada tem ampla aceitação na jurisprudência pátria. Esta teoria prescreve que uma prova, ainda que em si mesma lícita, será considerada ilícita, e portanto inadmissível, se tiver sido obtida em razão de uma prova anterior considerada ilícita.

A analogia funciona da seguinte forma: a prova ilícita inicial – árvore – gera a contaminação das provas dela decorrentes – frutos.

A derivação pressupõe a existência de um nexo de causalidade entre a prova ilícita e nova prova descoberta.

Entendendo a teoria dos frutos da árvore envenenada como um corolário lógico do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, Eugenio Pacelli doutrina:<sup>105</sup>

Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a

<sup>105</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas. 2012.p. 353-354

observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

De forma simples, mas esclarecedora, Nestor Távora e Rosmar Antonni explicam:<sup>106</sup>

A produção de prova ilícita pode ser de extrema prejudicialidade ao processo. Os efeitos da ilicitude podem transcender a prova viciada, contaminando todo o material dela decorrente. Em um juízo de causa e efeito. Tudo que é originário de uma prova ilícita seria imprestável devendo ser desentranhando dos autos.

Todavia, há circunstâncias que excepcionam a aplicação da referida teoria.

Conforme já salientado, para a que a prova possa ser considerada ilícita por derivação, é necessário seja evidenciado o nexo de causalidade entre esta e a prova originariamente ilícita.

Desta feita, a prova obtida de forma totalmente independente da prova ilícita já produzida, é, por óbvio, lícita.

É o que afirmam Távora e Antonni:<sup>107</sup>

A existência de prova ilícita no processo não levará, de forma inexorável, a declaração de nulidade. A prova ilícita, com já visto, não deve sequer ser admitida a entrar nos autos. Caso isso ocorra, deve ser desentranhada e posteriormente destruída, com o acompanhamento facultativo das partes (art. 157, §3). O processo poderá ser aproveitado se existirem outras provas, absolutamente independentes das ilícitas, aptas a certificar a autoria e a materialidade delituosa. Não havendo nexo de causalidade entre a prova ilícita e as demais, o sistema de contaminação não se efetiva.

Da mesma maneira, se evidenciado que pelos trâmites regulares de investigação a autoridade investigativa obteria, de qualquer maneira, a prova considerada ilícita por derivação, está não mais será considerada ilícita, uma vez que não estará configurado, no que tange à nova prova, o proveito real da violação anteriormente praticada. É o que foi consagrado pela doutrina como Teoria da Descoberta Inevitável ou Teoria da Inevitabilidade da Descoberta. Note-se que, diferentemente da Teoria da Fonte Independente, delineada no parágrafo anterior, pode existir eventual nexo de causalidade entre a prova ilícita e nova prova. Todavia, na hipótese de descoberta inevitável, essa relação de causalidade é tida como irrelevante, não afetando, por conseguinte, a licitude da nova prova.

<sup>106</sup> TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 3.ed. Salvador: Juspodivum. 2009.p. 314

<sup>107</sup> TÁVORA, op. cit.,p. 316

Pacelli traz o seguinte exemplo:<sup>108</sup>

Ainda que ilícito o ingresso da autoridade policial em determinada residência, eventual descoberta de um cadáver no local não impedirá que se inicie investigação acerca de homicídio (se houver elementos nesse sentido), devendo-se adotar os meios de prova que rotineiramente são utilizados na investigação de crimes dessa natureza.

Após essa curta exposição sobre o sistema de provas no processo penal brasileiro, no capítulo seguinte passaremos à parte principal da presente monografia; qual seja, a aplicação do modelo de análise lógico-retórico de Manuel Atienza.

---

<sup>108</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16..ed. São Paulo: Atlas. 2012.p. 355.

### **3. OPERANDO O MODELO: DESCRIÇÃO ANALÍTICA E CRÍTICA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO CONJUNTO DO HC 137.349/SP E DO HC 159.159/SP.**

#### **3.1 Breve síntese dos fatos**

Trata-se do julgamento conjunto de dois habeas corpus, impetrados por conta de supostos vícios atinentes aos elementos probatórios utilizados como fundamento para a propositura da Ação Penal nº 2009.61.81.006881-7. A investigação que produziu as provas pretensamente viciadas e que deu ensejo à impetração dos remédios heroicos é a mesma, por isso o julgamento único. A operação que desvelou os crimes e prendeu os acusados foi denominada pela Polícia Federal de “Operação Castelo de Areia”

Agentes da Polícia Federal foram informados, por meio de denúncia anônima, que o indivíduo de nome Kurt Paul Pickel estaria envolvido em crimes contra o sistema financeiro e operações de lavagem de dinheiro.

Diante disso, após levantar algumas informações sobre o investigado, em face da extrema dificuldade que envolve a apuração desse tipo de crime, a Autoridade Policial entendeu necessária a quebra do sigilo de dados telefônicos do investigado, pedido este que foi deferido pelo Poder Judiciário, o qual determinou o fornecimento, por parte de empresas de telefonia, de senhas a agentes de policia federal para que estes tivessem acesso aos dados.

Após a averiguação dos dados, a Polícia Federal apresentou novos pedidos: de interceptação telefônica e telemática, autorização para instalação de escutas ambientais e etc, por meio dos quais restou evidenciada a prática de diversos crimes graves, perpetrados não só pelo indivíduo originalmente investigado, mas por outros indivíduos. Em resumo, através do monitoramento de dados, de conversas telefônicas e etc, feito pela Polícia Federal, foi desbaratada uma quadrilha de alta periculosidade que praticava crimes de “colarinho de branco” envolvendo vultosas quantias.

Por maioria, a turma decidiu anular o recebimento da denúncia nos autos da Ação Penal nº 2009.61.81.006881-7, permitindo o oferecimento de outra peça sem a indicação da prova considerada nula – prova obtida a partir da quebra do sigilo de dados -, e considerando

prejudicadas todas as demais alegações – consequência da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

### 3.2 Descrição e análise crítica dos votos

#### 3.2.1 Ministra Maria Thereza

A Relatora, Ministra Maria Thereza, deixou inicialmente consignado que o problema em questão era o limite, no caso concreto, do direito da coletividade à persecução penal:<sup>109</sup>

O que se está a debater praticamente esgota e desvenda o âmbito de atuação das autoridades públicas, com vistas à proteção da segurança social, em comparação com o leque de normas de proteção da liberdade individual, no qual se encontra, também, o direito à intimidade.

Qual o limite, no caso concreto, do direito da coletividade à persecução penal?

Esse parece ser o ponto candente da discussão heroica.

Nisto acertou, pois, de fato, a questão a ser decidida transcende a mera solução do caso concreto, envolvendo uma questão de direito de alta relevância, a ser, provavelmente, utilizada como paradigma para futuros julgamentos. Em verdade, o problema pode ser definido mais especificamente como: “É possível/legítima a adoção de medidas invasivas de plano, tendo como base apenas a denúncia anônima?”.

Ato contínuo, a Ministra asseverou que a tensão entre direitos fundamentais se resolve pela aplicação do princípio da razoabilidade, efetuando-se um juízo de ponderação em face das circunstâncias concretas. Disse isso, não sem também afirmar que tal juízo deve ser balizado pelo princípio da legalidade:<sup>110</sup>

Se de um lado a pessoa deve ter preservada a sua individualidade, de outro, o Poder Público tem a prerrogativa de fazer prevalecer a ordem, afastando e coibindo, dentro do plano da legalidade, eventuais desestímulos à paz social. E tudo se interpondo no curso da previsão constitucional do devido processo legal.

[...] ao atuar, o agente público deve ter o cuidado de fazê-lo dentro da legalidade, porquanto, mesmo exercendo seu múnus contra possíveis atos desviantes, é-lhe defeso abrigar meios de concreção “absolutamente ilegais”.

<sup>109</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 16

<sup>110</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 16-17

Pode-se dizer que a adoção de tal premissa é ponto pacífico entre os juristas, concordando com ela inclusive o Ministro que proferiu o voto divergente no presente julgamento. No entanto, é importante lembrar que boa parte das leis, e principalmente das normas constitucionais, são polissêmicas; isto é, as palavras ali colocadas, consideradas isoladamente ou em conjunto, comportam diversas interpretações. No que tange a esse aspecto da linguagem, faz-se oportuno colacionar a lição de Irmã Miriam Joseph na obra “Trivium: As Artes Liberais da Lógica, Gramática e Retórica”:<sup>111</sup>

Uma vez que uma palavra é um símbolo, um signo arbitrário sobre o qual é imposto um significado, não pela natureza nem pela semelhança, mas por convenção, é por sua natureza mesma sujeita à ambiguidade; porque, obviamente, mais de um significado pode ser imposto a um dado símbolo.

Mais adiante, a Ministra afirmou que a denúncia anônima, por si só, não pode dar ensejo à persecução penal, e muito menos à imposição de medidas incisivas – como a quebra de sigilo de dados -, que são típicas da investigação formal:<sup>112</sup>

De início, diante das particularidades do caso concreto, tenho que o ferimento da garantia fundamental engloba não só o aspecto da vedação do anonimato, mas, sobretudo, a escolha de medida incisiva, típica da investigação formal, que não poderia ser deferida com base tão-só em denúncia anônima.

[...]

Novamente insisto no ponto de que a denúncia anônima, em grau de proporção, não pode alicerçar medidas coercitivas sem haver um mínimo de outros elementos indiciários, porque a recomendação majoritariamente aceita dá conta de que, primeiro, deve-se colher elementos de confirmação da notícia anônima, para, a partir daí, se embrenhar nos meandros de comprovação do fato alegado.

Aceita tal colocação, encontramos-nos diante de um dilema.

O Estado tem o dever de apurar infrações penais, em especial aquelas que afetam a sociedade como um todo e que geram danos de grande monta.

No entanto, a sofisticação da criminalidade; isto é, os meios que os criminosos utilizam para ocultar seus atos da vista do Poder Público, tornam, muitas vezes, impossível tal apuração –

<sup>111</sup> JOSEPH, Irmã Miriam, O trivium: as artes liberais da lógica, gramática e retórica. 2.ed. São Paulo: É Realizações, 2011.p. 55.

<sup>112</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 25-26

inclusive a descoberta de elementos indiciários mínimos que não a denúncia anônima. A não ser que sejam utilizadas as chamadas medidas invasivas – quebras de sigilo, interceptações, etc.

Então, o que fazer? Permitir que criminosos violentem a sociedade e saiam impunes, praticando “crimes perfeitos” sob o escudo da proteção ao direito constitucional à intimidade?

Ora, é evidente que não. Tal conclusão implica em desrespeito e violação à sociedade, ao direito e à justiça, posto que garante a impunidade daqueles que comprovadamente cometeram crimes e lesaram o bem comum. Todavia, essa foi a conclusão a que chegou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça na ocasião, distorcendo, inclusive, os fatos em questão, ao declarar inexistentes investigações relatadas nos autos; isto é, negaram a própria realidade em benefício das figuras mais odiosas e danosas à sociedade: os bandidos de “colarinho branco”.

É evidente, outrossim, que as medidas invasivas devem ser adotadas com cautela; vale dizer, de forma escalonada, de maneira a afetar o mínimo possível os direitos do cidadão investigado ao mesmo tempo em que permitem a obtenção de provas ou indícios da prática de crimes de alta gravidade.

E isso foi feito na presente hipótese. Primeiramente foi quebrado o sigilo de dados telefônicos, e só depois de confirmada a presença de indícios de atividade delitativa foi deferida a interceptação telefônica. Note-se que somente a segunda medida é verdadeiramente invasiva, posto que as informações obtidas pela primeira medida estavam ao alcance de, por exemplo, meros empregados de operadores de telefonia.

Em outras palavras, diante da possível ocorrência de um crime altamente danoso e de impossível apuração sem o uso de medidas invasivas – é necessária a presença dos dois requisitos -, a pergunta a ser feita é: Qual medida invasiva vai, ao mesmo tempo, implicar em menor violação ao direito do particular e permitir a colheita de provas e indícios?

Mais adiante, não reconhecendo a existência de investigações preliminares ou a sua impossibilidade, afirmou a Ministra que a Polícia Federal tinha plenas condições de desvendar a situação do acusado sem recorrer a medidas invasivas – quebra de sigilo de dados telefônicos -, que, em tese, poderiam afetar um número indeterminado de pessoas:<sup>113</sup>

---

<sup>113</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 27

Como visto, a Polícia Federal tinha acesso aos dados da pessoa investigada, sabendo a sua identidade e, certamente, podia averiguar a sua movimentação diária, já que era acompanhada pelos procedimentos da “inteligência” policial, conforme afirmado nos expedientes endereçados ao Juiz do caso.

Portanto, cabia-lhe desvendar a situação do investigado, o que fazia, de que forma procedia, etc., e não, a partir do fundamento da denúncia anônima, desde logo invadir a intimidade de número indeterminado de pessoas, num procedimento de prospecção e de busca aleatória.

[...]

Na verdade, dessume-se do contexto que o objetivo da investigação preliminar não era a busca de informações sobre o cidadão naturalizado KURT PAUL PICKEL; sobre o que ele fazia; mas identificar, por meio aleatório de acesso aos dados de usuário da telefonia, todas as pessoas que com ele tiveram ou realizaram algum negócio ou mesmo confirmar que determinadas pessoas, desconhecidas para os autos, de fato, mantinham relacionamento com o referido cidadão.

[...]

É, no meu entender, uma busca invasiva absolutamente desproporcional, o que faz prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública, já que não explicitado os verdadeiros motivos da constrição.

Veja-se que a denúncia anônima, segundo a autoridade policial, dava conta de que o referido cidadão era doleiro e atuava no mercado paralelo, fato que poderia ser comprovado por verificação de outros meios que não a quebra do sigilo de dados de todos os usuários da telefonia.

Vê-se que, nesse ponto, a Ministra transcende o mero juízo técnico/jurídico, e demonstra a pretensão de compreender as possibilidades da investigação mais do que a própria Polícia Federal, que dedicou anos à investigação e à colheita das provas que subsidiaram a ação.

A Relatora ignorou que foram realizados levantamentos preliminares nos bancos de dados da Polícia Federal e que, tendo em vista o hermético sistema montado pelo crime organizado, a obtenção de novas provas só seria possível a partir da adoção de medidas invasivas. Isto é, a Polícia Federal efetuou as diligências preliminares que eram possíveis de ser realizadas.

O magistrado deve ter a consciência de suas conclusões, ou mesmo as premissas que adotou para chegar a tais conclusões, possivelmente serão utilizadas como fundamento para decisões outros magistrados ou tribunais. O que significa dizer que as decisões judiciais devem ser também pensadas sob a ótica de suas *consequências*.

A Ministra quer que, na presença de uma denúncia anônima revestida de verossimilhança que aponta para o cometimento de delitos de alta gravidade, a Polícia Federal vá a campo e

obtenha indícios da atividade delitativa, sem se valer, de plano, de medidas invasivas. Também levantamentos de informações em bancos de dados não servem para o atendimento do requisito “investigações preliminares”.

Mas e se, como na espécie, o levantamento de indícios de atividade delitativa por meio de investigações de campo – sem adoção de medidas invasivas - for impossível, dada a sofisticação e a engenhosidade criminosa dos bandidos?

No entender da Ministra, nesses casos, a Polícia deve se dar por satisfeita e parar por aí, mesmo de posse de uma denúncia revestida de verossimilhança que aponta para delitos graves, sob pena de atuar em desconformidade com o Direito.

Ora, ocorre que se a Polícia não for a fundo para investigar crimes graves de difícil apuração, mesmo que para isso seja necessária a adoção de medidas invasivas sem o amparo de indícios de atividade delitativa colhidos em investigações de campo, mas apenas levantamentos de dados, o resultado será a impunidade dos criminosos e a perpetuação da lesão à sociedade; ou seja, a injustiça.

O Direito, entendido como sistema de regras e princípios, não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a realização da justiça. Conforme demonstrado no parágrafo anterior, em aceita a conclusão da Ministra, este objetivo restará violado.

Vê-se, portanto, que sob o ponto de vista consequencialista, o posicionamento adotado pela Relatora implicará na perpetuação da injustiça, o que é inadmissível.

A partir daí, considerando ilícita a prova inicial – que desencadeou todas as outras -, a d. Ministra aplicou a teoria dos frutos da árvore envenenada, descrita no item 2.3.3 da presente monografia, decretando como viciadas as demais provas que daí se seguiram:<sup>114</sup>

A questão como posta, portanto, encaminha a solução do caso para considerar a ilicitude tanto da quebra do sigilo de dados inicialmente deferida, quanto das demais provas diretamente dali decorrentes, uma vez violados, por qualquer prisma considerado, os postulados das garantias constitucionais do processo penal, devendo-se observar, neste passo, que a decisão abrangeu situação indevidamente genérica com poder de atingir indiscriminado número de assinantes da telefonia.

---

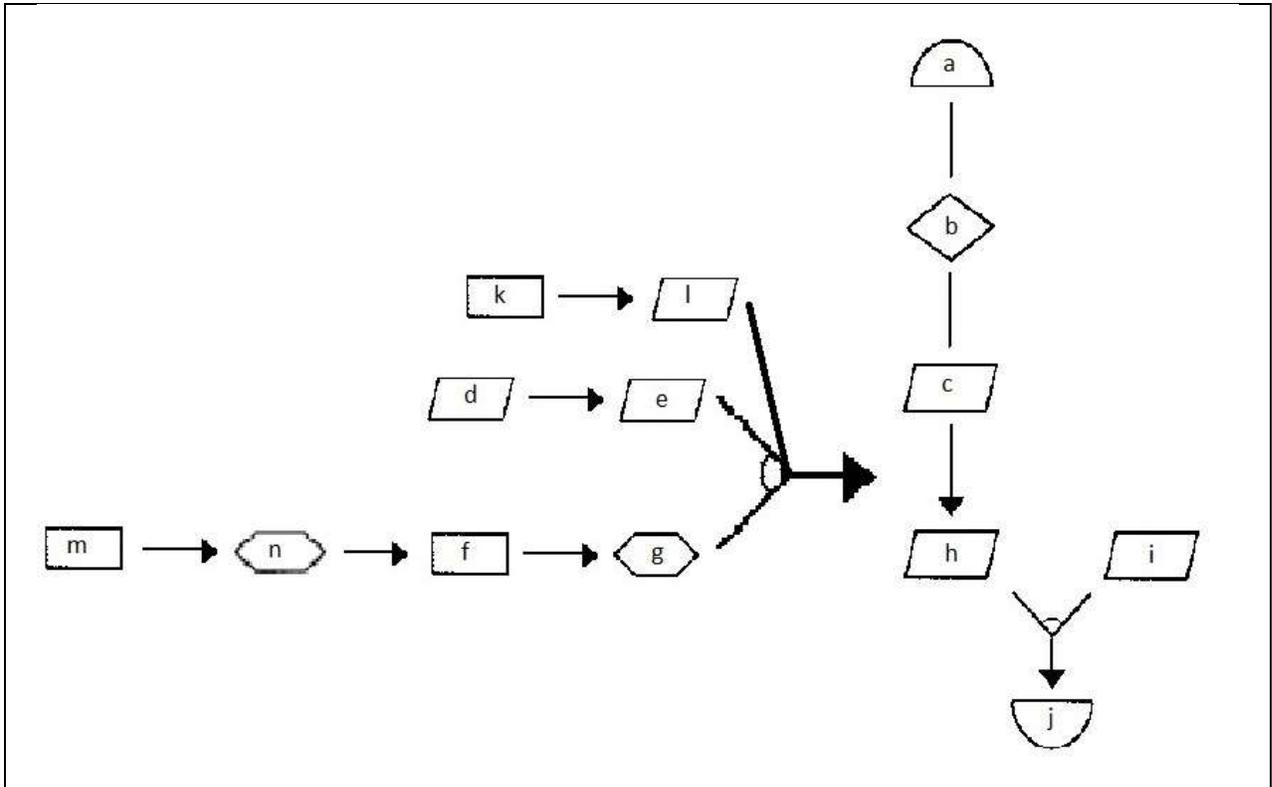
<sup>114</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 28

Por tudo o que restou delineado, não vejo outra saída que não considerar nulo o procedimento de invasão de dados telefônicos autorizado pela decisão de fls. 258/259 dos autos deste writ, devendo ser igualmente anulados os demais procedimentos dali derivados diretamente, nos termos do art. 157 e parágrafos do CPP, cabendo ao Juiz do caso a análise de tal extensão, já que nesta sede de via estreita não se afigura possível averiguá-la.

Já proferido o veredito, teceu também breves considerações sobre informações prestadas por réu colaborador, em outro processo, e que, em tese, poderiam servir de motivação para a instauração do inquérito policial e da quebra do sigilo de dados, mas que não foi explicitada nem na representação da autoridade policial, nem na decisão que deferiu a quebra, *verbis*:<sup>115</sup>

Com efeito, a exigência de motivação das decisões judiciais traz em si a obrigatoriedade ética da comprovação dos dados que eventualmente sustentam determinado provimento, porquanto, no processo dialético-democrático não é crível imaginar que ao juiz seja conferido o poder de decidir por meio de situações ocultas, não verificadas nos autos ou somente apuráveis nas entrelinhas da investigação.

No Modelo de Atienza (cf. item 1.8):



<sup>115</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 29

- (a) É possível/legítima a adoção de medidas invasivas de plano, tendo como base apenas a denúncia anônima?
- (b) Quais normas incidem na hipótese?
- (c) Essencialmente, conflitam o direito à intimidade do investigado (art. 5º, inciso X, da Constituição da República) e o direito da coletividade à segurança (art. 5º, *caput*, da Constituição da República)
- (d) Norma constitucional que veda o anonimato (art. 5º, inciso IV, da Constituição da República).
- (e) Denúncia anônima não pode sequer dar ensejo à instauração de inquérito policial.
- (f) Não existiram investigações preliminares a embasar a adoção de medidas invasivas.
- (g) Desproporcionalidade na aplicação da medida invasiva.
- (h) Prevalência, na hipótese, do direito à intimidade.
- (i) Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada estabelecendo os limites da nulidade; isto é, são nulas todas as provas derivadas da quebra de sigilo de dados.
- (j) A adoção de medidas invasivas tendo como base denúncia anônima não é possível e causa ilicitude da prova obtida, bem como das que dela decorrerem. Isto ocorreu na hipótese, portanto, as provas são ilícitas.
- (k) Delação premiada originária da “Operação Downtown” não foi citada no pedido ou na fundamentação da decisão de deferimento da quebra de sigilo de dados.
- (l) Incidência do art. 93, inciso IX, da Constituição da República, que acoima de nulidade as decisões não fundamentadas. Infringência do dever de fundamentação das decisões.
- (m) Investigação preliminar feita com base em mero levantamento em banco de dados.
- (n) Mero levantamento em banco de dados não é investigação preliminar, esta exige ida a campo, entre outras medidas.

O problema em questão é se é possível/legítima a adoção de medidas invasivas de plano, tendo como base apenas a denúncia anônima. A dúvida é sobre qual direito fundamental deve prevalecer na hipótese, o direito do investigado à intimidade ou o direito da sociedade à segurança.

A d. Ministra entendeu, no caso concreto, pela prevalência do direito da sociedade à segurança, tendo em vista a inexistência de investigação preliminar, uma vez que esta deve consistir em idas a campo, entre outras medidas não adotadas pela Polícia, e que, portanto, sem o esteio da investigação preliminar, a aplicação de medida invasiva configura ato desproporcional.

Salientou ainda que a delação premiada originária da “Operação Downtown”, que poderia, em tese, servir de fundamento para a medida invasiva, não foi citada no pedido ou na fundamentação da decisão de deferimento da quebra de sigilo de dados, o que atrai a incidência do art. 93, inciso IX, da Constituição da República, que acoima de nulidade as decisões não fundamentadas. Entendeu a Relatora que houve, no caso, infringência do dever de fundamentação das decisões.

Em apoio a esses elementos, afirmou que em situações anteriores já havia se posicionado no sentido de que a denúncia anônima não pode sequer dar ensejo à instauração de inquérito policial, por encontrar óbice na norma constitucional que veda o anonimato (art. 5º, inciso IV, da Constituição da República).

Uma vez sacramentada a nulidade da quebra do sigilo de dados, a Ministra se valeu da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada para traçar os limites da referida nulidade, proclamando, desta forma, também nulas todas as provas que da quebra de sigilo de dados decorreram.

O resultado de toda essa construção foi entendimento pela ilicitude das provas que decorreram da quebra do sigilo de dados, com a conseqüente anulação do recebimento da denúncia que nelas se lastreou.

### **3.2.3 Ministro Celso Limongi e demais ministros**

Os demais ministros, à exceção do Ministro Og Fernandes, acompanharam integralmente o voto da relatora.

O Ministro Celso Limongi – então desembargador convocado - enfatizou a inviolabilidade do sigilo de comunicações telefônicas e considerou inexistente a investigação preliminar. Entendeu também inexistentes razoáveis indícios de prática delitiva aptos a ensejarem a adoção de medidas coercitivas; e por fim, fazendo uso do brocardo “*quod non est in actis non est in*

*mundo*” decretou que a delação premiada originária de outro processo não pode ser considerada para fins de validação da quebra de sigilo, uma vez que tal delação não consta da representação feita pela autoridade policial nem tampouco da fundamentação da decisão do magistrado que autorizou a quebra de sigilo.

### 3.2.2 Ministro Og Fernandes

O Ministro Og Fernandes, vencido na ocasião, iniciou seu voto salientando a importância da denúncia anônima no enfrentamento à criminalidade organizada, que impõe severas represálias àqueles que atuam contra seus interesses. O Ministro inferiu, de certa forma, que diante do poder desses grupos a única forma possível de denúncia é a anônima.<sup>116</sup>

[...] o Poder Judiciário não pode fechar os olhos à realidade global do nosso tempo, onde grupos criminosos atuam ora de forma insidiosa, ora de maneira violenta, achacando aqueles que ousam denunciar os delitos por eles praticados. Impõem, assim, uma invisível "Lei do Silêncio" aos que, tementes das funestas consequências de eventuais delações, optam por permanecer inertes, sem colaborar na elucidação de delitos, na identificação dos culpados. A história da criminalidade do século passado e do início deste século apontam exemplos como nos Estados Unidos, na Itália e, mais recentemente, no México.

Este é um enunciado empírico de difícil contestação. Ajudar a dismantelar uma poderosa organização criminosa é uma tarefa nobre. Mas quem está disposto a cumpri-la, quando isso pode custar a própria vida?

O d. Ministro deixou também consignado que é dever da autoridade policial diligenciar e apurar as informações ou indicações obtidas através da denúncia anônima, em especial quando esta se reveste de verossimilhança.<sup>117</sup>

A doutrina pátria, de hoje e de ontem, perfilha a orientação de que não deve a autoridade policial pura e simplesmente desprezar as notícias chegadas através de denúncia anônima. Ao revés, a ela cabe diligenciar em busca de novos elementos, principalmente quando essa delação sem identificação aponte de maneira satisfatória possível prática delitiva.

<sup>116</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 44-45

<sup>117</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 46

Como já apontado na crítica ao voto da Ministra Maria Thereza, o Estado tem o dever de apurar infrações penais; o que vai ao encontro do direito do cidadão à segurança, bem como aos princípios que regem a Administração Pública.

O Ministro, citando diversos julgados anteriores e lições de estudiosos do processo penal, assentou a possibilidade de investigações a partir de uma delação apócrifa, e considerou, ao contrário da Ministra Relatora, que existiram, sim, investigações preliminares anteriores à representação pela quebra do sigilo telefônico:<sup>118</sup>

De todo modo, consta que na hipótese presente existiriam investigações preliminares, efetivadas pela autoridade policial. A propósito, recupero o que consta no primeiro ofício encaminhado ao Juízo do processo, quando se requereu o acesso aos dados cadastrais de K. P. P. (fls. 382):

Recebemos nesta Unidade de Análise e Inteligência (UADIP/DELEFIN/DRCOR/SR/DPF/SP) notícia criminis anônima, dando conta de que uma pessoa de nome K. P. estaria se dedicando à atividade compra e venda de dólares no mercado paralelo, sem qualquer respaldo legal para tanto.

Tratar-se-ia de verdadeiro 'doleiro', atuando no mercado negro de moedas estrangeiras e, como tal, envolvido na prática de delitos contra o Sistema Financeiro Nacional e, provavelmente, de lavagem de dinheiro.

Através de pesquisas em nossos bancos de dados foi possível identificar a pessoa mencionada como K. P. P., nascido na Suíça, detentor do CPF nº ... (sem destaques no original)

e continuou:<sup>119</sup>

A uma, porque a autoridade policial, após o recebimento da denúncia anônima, efetivamente efetuou diligências preliminares, tal qual preceituam a doutrina e a jurisprudência desta Casa e do Supremo Tribunal, identificando, as sociedades comerciais constituídas pelo paciente K. P., além de outros dados vinculados à Receita Federal.

Aqui o Ministro trabalha com a premissa de que existiram investigações preliminares, as quais corroboraram as informações obtidas por meio da denúncia anônima e que, portanto, poderiam autorizar a instauração de inquérito policial e o conseqüente pedido e deferimento de quebra do sigilo de dados telefônicos do investigado.

<sup>118</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 56

<sup>119</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 57

Com o fim de evitar a impunidade de criminosos que buscam o “crime perfeito”, note-se que na crítica ao voto da Ministra Maria Thereza, através de uma construção racional restou demonstrada a possibilidade de adoção de medidas invasivas de menor gravidade logo de início.

Em um segundo momento, tratou o Ministro da necessidade e da licitude das medidas determinadas primeiramente pelo Juízo condutor do feito.

A esse respeito, esclareceu que a medida primeiramente adotada foi a concessão senhas a policiais federais para que estes tivesse acesso a banco de dados das empresas de telefonia, com o fito de obterem dados cadastrais dos usuários. Dados esses, que até pouco tempo atrás podiam ser acessados por meio do serviço telefônico “102”, bem como através dos catálogos telefônicos entregues nos domicílios.

Diante disso, o Ministro pontificou que o caso em questão versa sobre o direito à intimidade, prescrito no inciso X do art. 5º da CF/88, e não sobre o sigilo de comunicações – que não foi atingido em um primeiro momento<sup>120</sup>:

De todo modo, qualquer que seja o princípio constitucional a ser equacionado (X ou XII ambos do art. 5º da CR), não vislumbro, na decisão judicial que originou o acesso aos dados cadastrais, a mácula apontada pelos ilustres defensores.

Com efeito, não se pode negar que a quebra do sigilo de dados cadastrais/registros telefônicos como o das comunicações telefônicas constituem medidas invasivas, que devem ser levadas a efeito em situações excepcionais, somente após uma cautelosa ponderação de valores/interesses envolvidos.

Aderiu ao voto da Ministra Relatora no que tange ao meio de solução dos conflitos entre princípios e direitos fundamentais: a ponderação de valores e interesses em face das circunstâncias do caso concreto. Mais uma vez: assentada essa premissa, é difícil crer que deve ser preservado o direito - de criminosos perigosos - à intimidade em detrimento do bem coletivo.

O douto Ministro citou também lição de Gilmar Mendes, muito adequada ao caso em questão:<sup>121</sup>

O sigilo haverá de ser quebrado em havendo necessidade de preservar um outro valor com status constitucional, que se sobreponha ao interesse na manutenção do sigilo. Além disso, deve estar caracterizada a adequação da medida ao fim pretendido, bem assim a sua efetiva necessidade – i.e., não se antever outro meio

<sup>120</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 63

<sup>121</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 64.

menos construtivo par alcançar o mesmo fim. O pedido de quebra do sigilo bancário ou fiscal deve estar acompanhado de prova da sua utilidade.

Cumpra, portanto, que se demonstre que "a providência requerida é indispensável, que ela conduz a alguma coisa"; vale dizer, que a incursão na privacidade do investigado vence os testes da proporcionalidade por ser adequada e necessária .

(MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo

Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição. São Paulo:

Saraiva. 2008, pág. 386)

Dito isso, o Ministro passou à demonstração da adequação, da necessidade e da proporcionalidade da medida, salientando, em especial, a inexistência de outros meios menos gravosos para a apuração dos crimes em questão; os quais costumam se revestir de um sofisticado aparato para escapar da atuação policial:<sup>122</sup>

Reputo necessária, por entender que não havia outros meios menos gravosos/invasivos de as provas serem eficazmente coletadas. Nessa quadra, basta uma leitura aligeirada da peça acusatória para nos depararmos com toda a sorte de artifícios utilizados sempre e sempre com o objetivo de se furtar ao aparelho estatal.

Trago, a título de exemplo, algumas das práticas utilizadas nesse desiderato:

a) uso de criptografia, "instalada em alguns telefones utilizados, inclusive a partir da aquisição de equipamento israelense" (fls. 103);

b) utilização de códigos com nomes de animais (fls. 106) e de linguagem em idioma alemão (fls. 105);

c) realização de transferências de altos numerários de forma fracionada, com vistas a passar incólume à fiscalização do COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras (fls. 105/106);

d) comunicação através dos sistemas Voip e Skype (fls. 103), além de as conversas acontecerem, preferencialmente, de forma presencial (fls. 104), de modo a evitar que os diálogos fossem possivelmente interceptados;

e) utilização de empresas 'fantasma' e de 'fachada' para viabilizar movimentações financeiras clandestinas (fls. 119/120);

f) intenção, demonstrada por um dos acusados, de trocar o HD – hard disk – de seu computador pessoal, temeroso de que o referido aparelho fosse apreendido pela autoridade policial (fls. 107);

g) preocupação na "destruição dos comprovantes das transações realizadas" (fls. 112).

[...]

<sup>122</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 65-66.

Dada a complexidade e dificuldade de apuração dos fatos, os responsáveis pelas investigações tiveram de lançar mão, até mesmo, das denominadas TEI – Técnicas Especiais de Investigação – incorporadas ao ordenamento jurídico nacional (Lei nº 9.034/95) e usualmente explicitadas em tratados internacionais dedicados à repressão da criminalidade (sofisticadamente) organizada.

Sem dúvida, foi impressionante o trabalho da Polícia Federal ao desvelar esse esquema criminoso tão bem montado e cercado de todos os cuidados para que não fosse descoberto.

Após esforço hercúleo para desbaratar a quadrilha, vem o Poder Judiciário e declara que o direito de tais transgressores à intimidade deve prevalecer ante o bem coletivo, e que por isso tais provas são ilícitas. Infelizmente, uma decisão como essa, além de garantir a impunidade de criminosos “de colarinho branco” que geram prejuízos milionários ao erário, provoca o descrédito do Poder Judiciário ante a sociedade.

Na sequência, o Ministro reafirmou o postulado de que *não há direito absoluto*, e que o direito – no caso, o direito à intimidade – não pode ser usado como escudo para a prática de toda a sorte de crimes.

Trouxe à baila, ainda, a possível atuação delitativa do grupo criminoso no que tange à fraude em licitações públicas, envolvendo quantias de grande vulto.<sup>123</sup>

De um lado, busca-se a preservação da intimidade da vida privada e de seus consectários (inviolabilidade de sigilos de dados e das comunicações telefônicas). De outro lado, temos a segurança da coletividade, o poder-dever do Estado de reprimir a prática delitativa e também a probidade da Administração.

Reporto-me a esse princípio regedor da Administração Pública, pois a partir da leitura dos autos, deparo-me com a acusação de possível atuação delitativa – indicadamente reiterada – em licitações públicas, abrangendo cifras exponenciais.

Diante das supostas condutas, dúvidas não me acorrem quanto à necessidade de se investigar a possível prática de crimes, que teriam causado prejuízo aos cofres públicos.

E ressalta a gravidade dos crimes já devidamente constatados:<sup>124</sup>

[...] as condutas supostamente praticadas transbordariam a seara privada, entrelaçando-se nocivamente no aparelho estatal e contaminando a esperada licitude de procedimentos licitatórios.

<sup>123</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p 72

<sup>124</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p 74

Assim, inegável também a afronta a outros postulados de cariz constitucional tais como a legalidade e a moralidade administrativas.

Faço tais considerações sem olvidar toda a problemática relativa também à suposta prática dos delitos de 'lavagem' de capitais, formação de quadrilha etc.

Quanto a essas infrações, ressalto a acusação de possível transferência de valores a diferentes países (muitos deles considerados 'paraísos fiscais'), evidenciando, em tese, a transnacionalidade dos delitos.

O Ministro conclui essa linha de argumentação inferindo que o não uso dos meios necessários ao combate da criminalidade sofisticada, sob a rubrica de proteção à intimidade dos transgressores, fere a coletividade e implica em estímulo ao chamado “crime perfeito”:

Ao que quero crer, as investigações encetadas na ação penal em epígrafe vão ao encontro da necessidade de resguardo da coletividade, à repressão da criminalidade organizada, desestimulando a busca da prática do "crime perfeito".

Em um terceiro momento, o Ministro tece breves considerações a respeito de um termo de delação premiada que vinha em desfavor dos réus e sobre o qual estes não tiveram acesso inicialmente, sendo este vício, no entanto, sanado tempestivamente, sem prejuízo para as partes:<sup>125</sup>

Destaco que as provas até então conhecidas eram, ao meu sentir, suficientes para o oferecimento/recebimento da denúncia, por demonstrarem lastro probatório mínimo, apto a configurar justa causa para a ação penal. Ou seja, mesmo que excluídas as informações constantes na delação premiada, havia elementos bastantes para se deflagrar a persecutio criminis.

Ao revés, o segundo questionamento há de ser respondido negativamente. Isso porque a intervenção levada a efeito pela Corte Regional foi eficaz e culminou na correção das irregularidades em tempo oportuno.

Por fim, apresentou a síntese dos principais argumentos expostos em seu voto:<sup>126</sup>

Sra. Presidente, Srs. Ministros, em resumo, digo que:

I. paralelamente à denúncia anônima houve diligências, já descritas, produzidas pela autoridade policial, antecedentes à quebra de sigilo telefônico;

II. que a quebra de dados de linhas telefônicas não se confunde com a interceptação de conversas telefônicas;

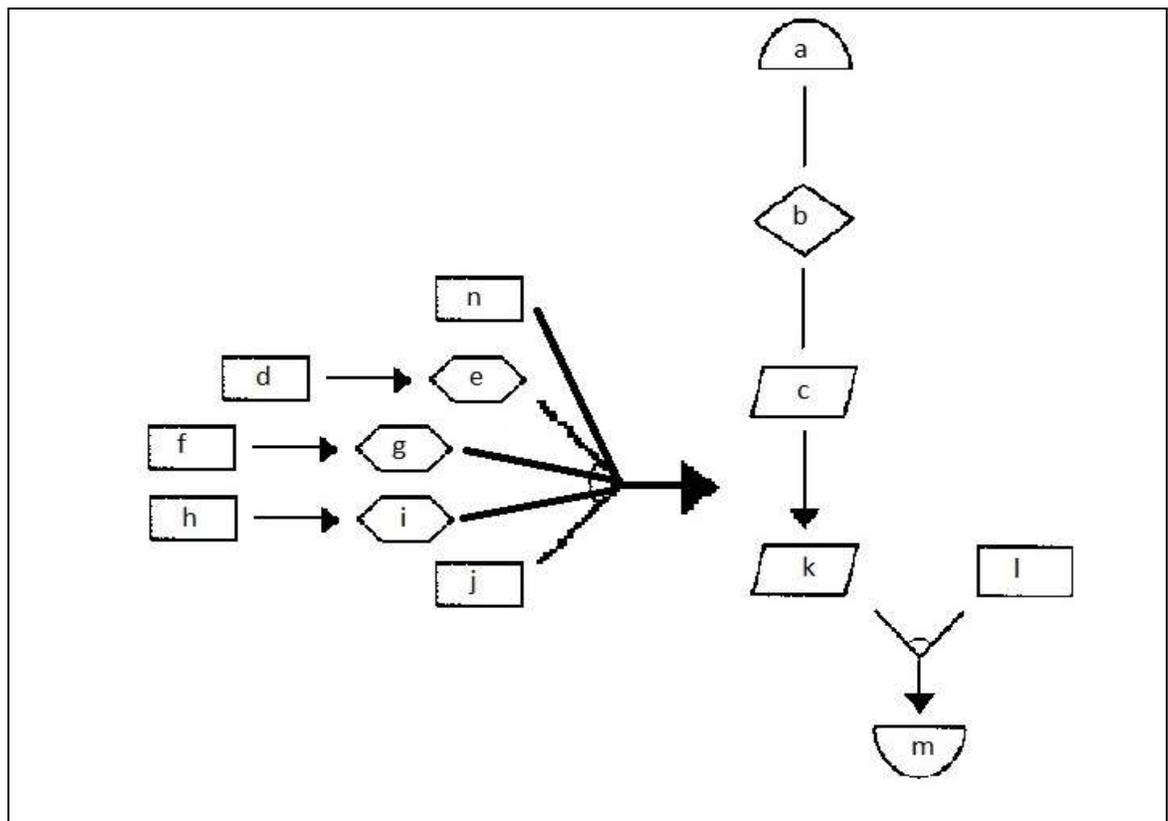
<sup>125</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 84

<sup>126</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 84-85

III. que a quebra de sigilo telefônico, ao instante em que foi produzida, se mostrou indispensável para o deslinde dos fatos, pelo grau de engenhosidade neles verificados;

IV. que a vista aos ilustres defensores da delação premiada, por determinação do Tribunal de origem, de forma tempestiva, assegurando o contraditório e a plena defesa, impediu produzir qualquer prejuízo aos pacientes pela juntada daquela peça nos autos.

No Modelo de Atienza (cf. item 1.8):



- (a) É possível/legítima a adoção de medidas invasivas de plano, tendo como base apenas a denúncia anônima?
- (b) Quais normas incidem na hipótese?
- (c) Essencialmente, conflitam o direito à intimidade do investigado (art. 5º, inciso X, da Constituição da República) e o direito da coletividade à segurança (art. 5º, *caput*, da Constituição da República)
- (d) Extrema sofisticação com que os crimes de colarinho branco são praticados.
- (e) Impossibilidade de apuração do crime sem a adoção de medidas invasivas, em face da sofisticação na atuação criminosa.
- (f) Graves prejuízos que tais crimes geram à sociedade, notadamente ao erário.

- (g) Direito à intimidade que não pode ser usado como escudo para a prática de atos criminosos.
- (h) Lei do silêncio imposta por poderosas organizações criminosas, que punem delatores com a morte.
- (i) Denúncia anônima como única maneira de desvelar poderosas organizações criminosas, uma vez que – quase – ninguém se arriscaria a denunciá-las de outra forma.
- (j) Existência de investigações preliminares, consistentes em pesquisas em bancos de dados, que levantaram informações sobre o acusado.
- (k) Prevalência, na hipótese, do direito à segurança pública.
- (l) Punição que manda uma mensagem às demais organizações criminosas que acreditam estar imunes à atuação repressora do Poder Público e implica em desestímulo ao chamado “crime perfeito”.
- (m) Se a denúncia anônima se seguir de levantamentos preliminares, é possível a adoção de medidas invasivas. Isto ocorreu na hipótese, portanto, as provas são lícitas.
- (n) Compartilhamento das informações obtidas através “Operação Downtown”, a qual continha em seu bojo delação premiada que corroborava a existência das atividades delitivas desveladas pela “Operação Castelo de Areia”.

O problema em questão é se é possível/legítima a adoção de medidas invasivas de plano, tendo como base apenas a denúncia anônima. A dúvida é sobre qual direito fundamental deve prevalecer na hipótese, o direito do investigado à intimidade ou o direito da sociedade à segurança.

O d. Ministro entendeu, no caso concreto, pela prevalência do direito da sociedade à segurança, tendo em vista a extrema sofisticação com que os crimes de colarinho branco são praticados, o que impossibilita a apuração dessa espécie de crime sem a adoção de medidas invasivas, bem como a ideia de que o direito à intimidade não pode ser usado como escudo para a prática de delitos, mormente os altamente danosos à sociedade, e que a “lei do silêncio” imposta por poderosas organizações criminosas, que punem delatores com a morte, tornam a denúncia anônima a única maneira de desvelar poderosas organizações criminosas. Considerou ainda a existência de investigações preliminares, consistentes em levantamentos de informações a respeito do investigado em bancos de dados da Polícia Federal, e também o compartilhamento das informações obtidas através “Operação Downtown”, a qual continha em seu bojo delação premiada que corroborava a existência das atividades delitivas desveladas pela “Operação Castelo de Areia”.

Aliado a isso, teve o Ministro sensibilidade para levar em conta que a punição desse tipo de crime envia uma mensagem a todos os outros criminosos que busquem se aventurar no mesmo caminho – efeito preventivo e simbólico da decisão -, alertando-lhes de que não existe crime perfeito, e que eles serão devidamente investigados, condenados e presos.

O resultado de toda essa construção foi entendimento pela licitude das provas obtidas, com a consequente não anulação do recebimento da denúncia.

## CONCLUSÃO

A nosso ver, o Modelo de Manuel Atienza permite uma visualização clara dos problemas e dos argumentos expostos, facilitando, dessa maneira, o entendimento das razões que conduziram o julgador a determinada conclusão. De posse desse entendimento, torna-se possível a crítica, baseada não só em fundamentos estritamente jurídicos, mas também na lógica, que é um instrumento imprescindível ao jurista.

É preciso identificar e conhecer os tipos de argumentação, diferenciar argumentos válidos de inválidos, para que se possa estabelecer discursos jurídicos justificados racionalmente e, por conseguinte, decisões judiciais justificadas racionalmente.

A decisão só pode ser contestada ou debatida a partir de sua justificação. Como juristas, e não sociólogos ou historiadores, é ela, e somente ela – a justificação - que nos interessa, pois só ela é revelada. O contexto de descoberta é pessoal, oculto e, até certo ponto, insondável. Há uma clara diferenciação entre o modo ou processo pelo qual se chega a uma determinada premissa ou conclusão, e o modo ou processo que diz respeito à justificação dessa premissa ou conclusão.

A dignidade de um discurso depende da qualidade de sua fundamentação. Aí reside a relevância da argumentação e da lógica jurídica, de suas técnicas, esquemas e métodos de análise da justificação do discurso jurídico.

No que diz respeito ao acórdão objeto de análise, é fato que o Estado tem o dever de apurar infrações penais, em especial aquelas que afetam a sociedade como um todo e que geram danos de grande monta.

No entanto, a sofisticação da criminalidade; isto é, os meios que os criminosos utilizam para ocultar seus atos da vista do Poder Público, tornam, muitas vezes, impossível tal apuração – inclusive a descoberta de elementos indiciários mínimos. A não ser que sejam utilizadas as chamadas medidas invasivas – quebras de sigilo, interceptações, etc.

Então, o que fazer? Permitir que poderosas organizações criminosas violentem a sociedade e saiam impunes, praticando “crimes perfeitos” sob o escudo da proteção ao direito constitucional à intimidade?

Ora, é evidente que não. Tal conclusão garante a impunidade daqueles que comprovadamente cometeram crimes e lesaram o bem comum. Todavia, essa foi a conclusão a que chegou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça na ocasião, distorcendo, inclusive, os fatos em questão, ao declarar inexistentes investigações relatadas nos autos; vale dizer, negaram a própria realidade em benefício das figuras mais odiosas e danosas à sociedade: os bandidos de “colarinho branco”.

É evidente, outrossim, que as medidas invasivas devem ser adotadas com cautela; isto é, de forma escalonada, de maneira a afetar o mínimo possível os direitos do cidadão investigado ao mesmo tempo em que permitem a obtenção de provas ou indícios da prática de crimes de altamente danosos à sociedade, conforme exposto no item 2.3.2.1.

Isso ocorreu no caso em análise, uma vez que a primeira medida invasiva foi a quebra do sigilo dos dados telefônicos – acessíveis a um mero empregado de empresa de telefonia -, para só depois serem adotadas medidas mais incisivas, como a interceptação de comunicações telefônicas, colocação de escutas ambientais e etc, conforme a necessidade de apuração da prática dos delitos.

Sem dúvida, foi impressionante o trabalho da Polícia Federal ao desvelar esse esquema criminoso tão bem montado e cercado de todos os cuidados para que não fosse descoberto. Cumpre transcrever, novamente, alguns dos meios utilizados pelos criminosos para ocultar suas atividades:<sup>127</sup>

- a) uso de criptografia, "instalada em alguns telefones utilizados, inclusive a partir da aquisição de equipamento israelense" (fls. 103);
- b) utilização de códigos com nomes de animais (fls. 106) e de linguagem em idioma alemão (fls. 105);
- c) realização de transferências de altos numerários de forma fracionada, com vistas a passar incólume à fiscalização do COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras (fls. 105/106);
- d) comunicação através dos sistemas Voip e Skype (fls. 103), além de as conversas acontecerem, preferencialmente, de forma presencial (fls. 104), de modo a evitar que os diálogos fossem possivelmente interceptados;
- e) utilização de empresas 'fantasma' e de 'fachada' para viabilizar movimentações financeiras clandestinas (fls. 119/120);

---

<sup>127</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011., p. 65-66.

f) intenção, demonstrada por um dos acusados, de trocar o HD – hard disk – de seu computador pessoal, temeroso de que o referido aparelho fosse apreendido pela autoridade policial (fls. 107);

g) preocupação na "destruição dos comprovantes das transações realizadas" (fls. 112).

Após esforço hercúleo para desbaratar a quadrilha, vem o Poder Judiciário e declara que o direito de tais transgressores à intimidade deve prevalecer ante o bem coletivo, e que por isso tais provas são ilícitas. Infelizmente, uma decisão como essa, além de estimular criminosos de “colarinho branco” que geram prejuízos milionários ao erário na certeza da impunidade, provoca o descrédito do Poder Judiciário ante a sociedade, pois esta anseia, em especial, pela punição desse tipo de crime.

A Ministra Relatora - prolatora do voto vitorioso, que foi seguido por todos os ministros à exceção do Min. Og Fernandes - transcendeu o mero juízo técnico/jurídico, e demonstrou a pretensão de compreender as possibilidades da investigação mais do que a própria Polícia Federal, que dedicou anos à investigação e à colheita das provas que subsidiaram a ação.

A referida Ministra ignorou a realização de levantamentos preliminares nos bancos de dados da Polícia Federal, e que, tendo em vista o hermético sistema montado pelo crime organizado, a obtenção de provas só seria possível a partir da adoção de medidas invasivas. Ignorou que a Polícia Federal colheu, antes da adoção das medidas invasivas, as informações possíveis de serem colhidas.

O magistrado deve ter a consciência de que suas conclusões, ou mesmo as premissas que adotou para chegar a tais conclusões, possivelmente serão utilizadas como fundamento para decisões outros magistrados ou tribunais. Isso significa dizer que as decisões judiciais devem ser também pensadas sob a ótica de suas consequências para futuros julgamentos.

Pois bem.

A Ministra quer que, na presença de uma denúncia anônima revestida de verossimilhança que aponta para o cometimento de delitos de alta gravidade, a Polícia Federal vá a campo e obtenha indícios da atividade delitiva, sem se valer, de plano, de medidas invasivas. Também levantamentos de informações em bancos de dados, para ela, não servem ao atendimento do requisito “investigações preliminares”.

Ora, mas e se, como na espécie, o levantamento de indícios de atividade delitiva por meio de investigações de campo – sem adoção de medidas invasivas - for impossível, dada a sofisticação e a engenhosidade criminosa dos bandidos?

No entender da Ministra, nesses casos, a Polícia deve se dar por satisfeita e parar por aí, mesmo de posse de uma denúncia revestida de verossimilhança que aponta para delitos graves e de informações obtidas em bancos de dados, sob pena de atuar em desconformidade com o Direito.

Ocorre que se a Polícia não for a fundo para investigar esse tipo de crime, mesmo que para tanto seja necessária a adoção de medidas invasivas sem o amparo de indícios de atividade delitiva colhidos em investigações de campo, mas com fundamento apenas em denúncia anônima – revestida de verossimilhança - e levantamentos em bancos de dados, o resultado será a impunidade dos criminosos e a perpetuação da lesão à sociedade; ou seja, a injustiça.

O Direito, entendido como sistema de regras e princípios, não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a realização da justiça. Conforme demonstrado no parágrafo anterior, em aceita a conclusão da Ministra, esse objetivo restará violado, como restou no caso concreto.

Vê-se, portanto, que no caso concreto prevaleceu a injustiça, e que sob o ponto de vista consequencialista, o posicionamento adotado pelo STJ implicará na perpetuação da injustiça, o que é inadmissível.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Retórica*. 1.ed. São Paulo: Edipro. 2011

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca ; ALMEIDA, Guilherme Assis de . *Curso de filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Transcrição de gravações. Modalidade de perícia ou documento?. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1777, 13 maio 2008 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11255>>

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COPI, Irving Marmer. *Introdução à lógica*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. Ed. Niterói: Impetus, 2010.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

GUERRA, Gustavo Rabay. *As teses do direito argumentativo (Tópica, Retórica e Discurso Racional Procedimental) como canais para um pós-positivismo jurídico factível*. Disponível na Internet: <[http://www.academia.edu/650227/ODireito\\_RACIONAL\\_and\\_ORetorno\\_AO\\_ARGUMENTO](http://www.academia.edu/650227/ODireito_RACIONAL_and_ORetorno_AO_ARGUMENTO)>.

JOSEPH, Irmã Miriam. *O trivium: as artes liberais da lógica, gramática e retórica*. 2.ed. São Paulo: É Realizações, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas. 2012.

PEREIRA, Égina Glauce Santos. *Retórica e argumentação: os mecanismos que regem a prática do discurso jurídico*. 2006. 112 f. Dissertação (Mestrado em Letras) – Faculdade de Letras, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2006

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010

SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão*. 1.ed. Rio de Janeiro: TopBooks. 2003

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 3.ed. Salvador: Juspodivum. 2009.

TOLEDO, Cláudia. *Teoria da argumentação jurídica*. Disponível em <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23718/teoria-da-argumentacao-juridica>>.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.