



Clínica de Justiça Criminal

Primeira Edição

Grupo 5



Fernanda Honigmann Rodrigues Romero
Ingrid Veloso Soares do Val
João Paulo Alvarenga Brant
Thiago Augusto Vale Lauria
Victor Hugo Rena Pereira



On the Theory of Unitarism of Probable Cause and its Applicability in Brazil



On the Theory of Unitarism of Probable Cause and its Applicability in Brazil

Fernanda Honigmann Rodrigues Romero

Ingrid Veloso Soares do Val

João Paulo Alvarenga Brant

Thiago Augusto Vale Lauria

Victor Hugo Rena Pereira

A quick look at the jurisprudence of the Brazilian Higher Courts is enough to realize that, over the last few years, the special courts have been increasingly called upon to decide questions inherent to the legality of evidence gathered in the course of criminal prosecution by authorities with police powers. In particular, there has been an increase in the insurrection of the technical defenses against any collection of evidence that has been carried out through the relativization of fundamental rights and guarantees. However, that is often the result of balancing values carried out by the legislator himself, whether they are constitutional or infra-constitutional.

For example, take the situation of home searches and seizures carried out by the police without a court order authorizing the search. After revising a jurisprudence consolidated decades ago in the country, according to which the finding of drugs or weapons would validate the intrusion, given the permanent nature of the crimes in question, both the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court started to establish that the legality of the measure would be evaluated based on an analysis of the conditions that revolve around the basis of the police action, not its result. In other words, the focus was shifted from substantive criminal law, namely the permanent nature of the offense committed, to the study of an eminently criminal procedure matter, the existence of reasonable cause for the diligence.

As controversial as this change in jurisprudential orientation may be - even because no legislative change or change in customs has occurred that would justify a revision of this understanding - the fact is that, currently, and beyond the above

example, judging the legality of any precautionary measures submitted to the Judiciary necessarily involves assessing the just cause for granting them (reasoning that also applies to their validation a posteriori). The problem resides, however, in the very conceptualization of just cause since it is an abstract legal concept about which little is discussed or deepened in doctrine. The consequence of this is a scenario of great legal uncertainty, in which the authorities involved in criminal prosecution run the risk that lawful actions and uncontested evidence are unduly considered unlawful simply because there are no objective criteria that limit the discretion or guide the actions of the judging body.

In this sense, Comparative Law emerges as an important tool that can help the Brazilian doctrine to solve this problem. In particular, one can turn to U.S. law, especially since the U.S. Supreme Court is also addressing this issue and there are already interesting doctrinal solutions on the horizon, tending to objectify the concept.

However, before we proceed, it is essential to make two observations. The first involves the possibility of using the lessons of Common Law in Brazilian law, since the structure of the Brazilian legal system is built on different legal bases, derived from the Civil Law system.

In principle, there are no major abstract obstacles to using common law institutes in Brazil. After all, the very conception that Civil Law and Common Law are watertight systems, light years apart, does not correspond to reality. In his North American Criminal Procedure Course, João Alberto Garcez Ramos¹ explains that English law and continental law were united during the Roman Empire. However, due to historical circumstances, mainly linked to the different degrees of canonical influence and feudalization, the English legal structure ended up diverging from the one in force in continental Europe. Therefore, the use of institutes via Comparative Law does not constitute an innovation incompatible with the structure of Brazilian Law but a mere and acceptable rapprochement between the systems.

¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 50.

Clínica de Justiça Criminal

Primeira Edição

In the same vein, René Davi² advocates that, even during the Middle Ages, the contact between the Continental system and English law never ceased to exist. Furthermore, he writes that the differentiation between the systems constitutes a new fact in historical terms, no surprise causing, therefore, the tendency of rapprochement. What English law did not experience was renewal through codification, a characteristic of the French system and the other rights of the Roman-Germanic family. The relative distance between the systems was a mere accident in the long evolution of law in Europe.

In fact, this is so true that the approximation between the Common Law and Civil Law systems is a two-way street. Faced with the phenomenon of a globalized society, more and more countries are seeking legal solutions to their problems in alien models. Not for another reason, the curriculum of North American universities daily increases the number of subjects related to codified law.

However, on the other hand, as a second consideration, the opposite phenomenon should be avoided, that is, the promotion of importing concepts without any criteria, without making adaptations to the institute that is being introduced, in order to make it adequate to the peculiarities of the Brazilian legal system.

To illustrate this, consider the notorious chain of custody, a legislative innovation perpetrated in the Code of Criminal Procedure by the disfigured "Anti-Crime Package". In fact, there is no denying the importance of documenting the chronological history of the traces as a way to give prestige to the constitutional guarantee of ample defense and the state of innocence. On the other hand, the Brazilian legislator failed to pay attention to the peculiarities that guide the chain of custody system in American law, mainly because there it is not up to the authorities responsible for criminal prosecution to prove its legal soundness. In fact, the burden of proof consisting in demonstrating a possible failure in the chain of custody is on the individual subject to criminal prosecution. If he succeeds in proving some flaw in the procedure of chronological documentation of the trace, and only in this case, the State must prove its possible regularity. Only this hypothesis will culminate in recognizing the illicit nature of the

² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 279.

evidence, contrary to what occurs in Brazil, where the legislation has not brought similar regulations, opening the doors to the unmeasured and disproportionate declaration of evidentiary nullities.

A similar situation involves the so-called defensive inquiry, foreseen in the Code of Criminal Procedure Draft. Also inspired by North American Law, the Brazilian legislator aims to introduce this figure in the infra-constitutional legislation without paying attention to the fact that, on this point, there is a chasm between both systems. This is because, in the USA, the party will only have full access to the evidence produced against it by the State during the so-called "disclosure" phase, whereas here in Brazil, even during the extrajudicial stage of prosecution, the technical defense is guaranteed unrestricted access to the entire body of evidence produced by the investigating authority. Therefore, there is no interest in conducting a parallel investigation, so it is unfeasible, for lack of similarity of scenarios, to import this institute, as proposed in the Draft of the Code of Criminal Procedure.

Well then, having made these considerations, we return to the core of the debate now proposed, which is the possibility of using the proposals of objectification of the concept of "probable cause" put forward by the North American doctrine, gathered in the so-called Theory of Unitarity of Probable Cause. Thus, it is feasible to import the institute since there are no ontological differences between the concepts of just cause in Brazil and probable cause in the United States. In fact, these are practically synonymous expressions, so much so that, in the United States, jurisprudence has historically faced the same problem in its daily dealings with this institute as the courts in Brazil, which is the excessive abstraction of this concept.

In fact, within this historical prism, the United States Supreme Court has always tried to conceptualize "probable cause" as something to be assessed in light of the peculiarities of the concrete case, based on a common sense judgment. But unfortunately, this led to different decisions being made for similar cases, with the consequent generation of divergent jurisprudential precedents blatantly damaging the ideal of legal security³.

³ DRIPPS, Donald. Living with Leon. 95 *YALE L.J.* 906, 907 (1986).



Finally, given the legal insecurity that this traditional approach to probable cause generated, American legal scholars began to elaborate and propose objective criteria, called axes, capable of guiding the judge to determine the effective presence of probable cause. Depending on the result of the anamnesis promoted throughout these three stages, the magistrate could conclude that there is reasonable cause to authorize the granting of a precautionary measure restricting a fundamental right in the most objective way possible since the interpretative criteria would be the same for every concrete case. In the words of Professor Andrew Manuel Crespo⁴, the principal exponent of the doctrine of Unitarism of Probable Cause, the questions that should guide the judicial examination of the matter are the following:

1) If the judge assumes that all the facts brought to his analysis are true, how likely is it that the target of the injunction is involved in a criminal action? This is an analysis of the facts that form the basis of the precautionary request, and that must take into account statistical data and the judge's own experience. The greater the probability that the evidence brought to judicial examination induces the commitment of criminal conduct, the greater the probability that the claim will be granted.

2) How reliable is the source of information brought to the judge's attention? This examination falls on the person who provides the information on which the precautionary order is based. It is suggested that the credibility of identified civilian witnesses be held to an exacerbated standard, while apocryphal news reports confer a lower standard of evidentiary reliability. It does not follow, for example, that no injunction can ever be granted based on anonymous news but that the probability of granting claims based on this type of evidence will be greatly reduced.

3) How sure must the judge be to authorize the injunction? Here we have a proportionality judgment applied from the findings extracted from the first two steps. From this axis, it can be seen that the magistrate's level of security need not be the same when authorizing a search and seizure for the purpose of finding a marijuana loofah for use as when authorizing a search for the suspected storage of a bomb that

4 CRESPO, Andrew Manuel. Probable Cause Pluralism (February 27, 2019). 129 Yale L.J. 1276 (2020), *Harvard Public Law Working Paper* No. 19-12. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3342902> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3342902>.

could potentially be used for a terrorist attack. The exacerbated gravity of vaunted conduct may justify the granting, for example, a search and seizure warrant, even if the magistrate's degree of conviction cannot be considered complete as to the possibility of criminal conduct.

Now, as the concept of reasonable cause has an express provision in the infra-constitutional legislation and the Principle of Proportionality can be extracted from the constitutional guarantee of due legal process in the substantive sense, it is concluded by the adequacy of the above postulates to the dictates of the Brazilian legal system. In other words, since both countries face the same problem, both establish very similar preventive measures, and both have no major structural differences, there is no obstacle to using the Theory of Unity of Probable Cause as a criterion to define the concept of just cause.

Therefore, it is proposed that judicial analysis (both by the judging magistrate and the postulating magistrate) should go through an express analysis of these axes so that the party that is dissatisfied with the decision can challenge the grounds of the sentence based on technical criteria and arguments, thus materializing the guarantee of the adversarial process and rational persuasion. This is, without a doubt, a step forward in limiting subjectivism and respecting the guarantee of legal security. Even though the concept of just cause remains somewhat abstract, it will mean the same thing in all cases.

REFERENCES

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 50.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 279.

DRIPPS, Donald. Living with Leon. 95 *YALE L.J.* 906, 907 (1986).

Clínica de Justiça Criminal

Primeira Edição

Da Teoria do Unitarismo da Causa Provável e de Sua Aplicabilidade no Brasil

Fernanda Honigmann Rodrigues Romero

Ingrid Veloso Soares do Val

João Paulo Alvarenga Brant

Thiago Augusto Vale Lauria

Victor Hugo Rena Pereira

Basta uma rápida consulta aos repositórios de jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros para se perceber que, ao longo dos últimos anos, as cortes extraordinárias, cada vez mais, são chamadas a decidir questões inerentes à legalidade da prova colhida ao longo da persecução penal por parte das autoridades imbuídas do poder de polícia. Em especial, nota-se um crescimento das insurreições das defesas técnicas contra qualquer tipo de coleta de provas que tenha sido realizada mediante a relativização de direitos e garantias fundamentais, ainda que, muitas das vezes, tais constituam o resultado de um sopesamento de valores realizado pelo próprio legislador, constitucional ou infraconstitucional.

A título exemplificativo, veja-se a situação das buscas e apreensões domiciliares realizadas pela polícia à míngua da preexistência de uma ordem judicial autorizadora da diligência. Revendo uma jurisprudência há décadas consolidada no país, segundo a qual o encontro de drogas ou armas convalidaria a intrusão, dada a natureza permanente dos delitos em comento, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal passaram a cravar que a legalidade da medida seria avaliada a partir de uma análise das condições que revolveram o fundamento da ação policial, não o seu resultado. Ou seja, mudou-se o foco de uma questão de Direito Penal material, qual seja a natureza permanente do delito cometido, para o estudo de uma matéria eminentemente processual penal, a existência de justa causa para a diligência.

Clínica de Justiça Criminal

Primeira Edição



Por mais controversa que seja essa mudança de orientação jurisprudencial – até porque não ocorreu qualquer mudança legislativa ou de costumes que justificasse uma revisão desse entendimento – fato é que, atualmente, e para além do exemplo acima, o julgamento da legalidade de quaisquer medidas cautelares submetidas ao jugo do Poder Judiciário perpassa, necessariamente, pela aferição da justa causa para a sua concessão (raciocínio também aplicável à sua validação *a posteriori*). O problema reside, todavia, na própria conceituação de justa causa, por se tratar de um conceito jurídico abstrato sobre o qual pouco se discute ou se aprofunda em sede doutrinária. A consequência disso consiste na vivência de um cenário de grande insegurança jurídica, no qual as autoridades envolvidas na persecução penal correm o risco de que atuações lícitas e provas inconcussas sejam indevidamente reputadas ilícitas, simplesmente porque inexistem critérios objetivos que limitem a discricionariedade ou orientem a ação do órgão julgador.

Neste norte, exsurge em importância o Direito Comparado, como ferramenta capaz de auxiliar a doutrina brasileira a resolver o problema ora aviventado. Em especial, pode-se recorrer ao direito estadunidense, mormente porque também a Suprema Corte Norte-Americana está a se debruçar sobre essa problemática e já há interessantes soluções doutrinárias no horizonte, tendentes à objetivação do referido conceito.

Porém, antes de prosseguir, imprescindível que se faça duas ponderações. A primeira delas envolve a possibilidade de se valer das lições da *Common Law* no direito brasileiro, dado que a estrutura do ordenamento pátrio se constrói sob bases jurídicas diversas, oriundas do sistema da *Civil Law*.

A princípio, não se vislumbram maiores óbices abstratos ao aproveitamento de institutos da *Common Law* no Brasil. Afinal, a própria concepção de que a *Civil Law* e a *Common Law* constituem sistemas estanques, afastados por anos luz de distância, não corresponde à realidade. Ao enfrentar a matéria, João Alberto Garcez Ramos⁵, em seu Curso de Processo Penal Norte-Americano, elucida que, durante o Império Romano, o Direito inglês e o Direito continental estavam unidos. Devido a

⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 50.

Clínica de Justiça Criminal

Primeira Edição

circunstâncias históricas, ligadas principalmente ao diferente grau de influência canônica e à feudalização, é que a estrutura jurídica inglesa acabou se afastando daquela vigente na Europa continental. Logo, o aproveitamento de institutos via Direito Comparado não constitui uma inovação incompatível com a estrutura do Direito brasileiro, mas uma mera e aceitável reaproximação entre os sistemas.

Nesta mesma esteira, Renê Davi⁶ advoga que, mesmo durante a Idade Média, o contato entre o sistema continental e o Direito Inglês nunca deixou de existir. Para mais, escreve que a diferenciação operada entre os sistemas é que constitui fato novo em termos históricos, nenhum espanto causando, pois, a tendência de reaproximação. O que o Direito inglês não conheceu foi a renovação pela codificação, característica do sistema francês e dos outros direitos da família romano-germânica. O relativo afastamento entre os sistemas constituiu mero acidente de percurso na longa evolução do direito na Europa.

Aliás, tanto é assim que a aproximação entre os sistemas da *Common Law* e da *Civil Law* é uma via de mão dupla. Ante o fenômeno da sociedade globalizada, cada vez mais os países buscam soluções jurídicas para seus problemas em modelos alienígenas. Não por outra razão, o currículo das universidades norte-americanas aumenta diuturnamente, em sua estrutura, o número de cadeiras ligadas ao direito codificado.

No entanto, por outro lado, como segunda ponderação, deve-se evitar o fenômeno contrário, leia-se, a promoção de importações de conceitos sem qualquer critério, à revelia da promoção de adaptações no instituto que se busca introduzir, capazes de torná-lo adequado às peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro.

Como forma de ilustrar o que se afirma, pense-se na famigerada cadeia de custódia, inovação legislativa perpetrada no Código de Processo Penal pelo desfigurado “Pacote Anticrime”. Não há como negar, de fato, a importância da documentação da histórica cronológica dos vestígios como forma de se prestigiar a garantia constitucional da ampla defesa, além do estado de inocência. Ocorre que, de

⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 279.

Clínica de Justiça Criminal

Primeira Edição



outra banda, o legislador brasileiro deixou de se atentar para as peculiaridades que norteiam a sistemática da cadeia de custódia no direito norte-americano, mormente porque lá não compete às autoridades responsáveis pela persecução penal fazer a prova da sua higidez. Na verdade, o ônus da prova consistente em demonstrar eventual falha na cadeia de custódia recai sobre o particular submetido à persecução penal. Caso ele logre êxito em evidenciar alguma falha no procedimento de documentação cronológica do vestígio, e exclusivamente nesse caso, exsurge para o Estado o imperativo de provar a sua eventual regularidade. Somente essa hipótese culminará com o reconhecimento da ilicitude da prova, ao contrário do que ocorre no Brasil, no qual a legislação não trouxe semelhante regramento, abrindo as portas para a declaração desmedida e desproporcional de nulidades probatórias.

Situação semelhante envolve o chamado inquérito defensivo, previsto no Anteprojeto de Código de Processo Penal. Também inspirado no Direito Norte-Americano, o legislador brasileiro almeja introduzir essa figura na legislação infraconstitucional, sem se atentar para o fato de que, neste ponto, existe um abismo entre ambos os sistemas. Isso porque, nos EUA, a parte somente possuirá acesso integral às provas produzidas contra si pelo Estado durante a fase chamada “*disclosure*”, ao passo que, aqui no Brasil, mesmo durante a etapa extrajudicial da persecução, à defesa técnica se garante acesso irrestrito a todo o arcabouço probatório produzido pela autoridade investigante. Logo, inexistente interesse na condução de uma investigação paralela, de modo que se mostra inviável, por ausência de similitude de cenários, a importação desse instituto, nos moldes propostos no Anteprojeto de Código de Processo Penal.

Pois bem, feitas essas considerações, volta-se ao cerne do debate ora proposto, qual seja a possibilidade de aproveitamento das propostas de objetivação do conceito de “*probable cause*” postas pela doutrina norte-americana, reunidas na chamada Teoria do Unitarismo da Causa Provável. Desta feita, viável se mostra a importação do instituto, uma vez que inexistem diferenças ontológicas entre os conceitos de justa causa, vigente no Brasil, e a “*probable cause*” norte-americana. Na verdade, trata-se de expressões praticamente sinônimas, tanto que, nos Estados Unidos, a jurisprudência historicamente enfrentava o mesmo problema na lida diária

com o referido instituto que os tribunais pátrios, qual seja o excesso de abstração do referido conceito.

Aliás, dentro desse prisma histórico, a Suprema Corte dos Estados Unidos sempre tratou de conceituar a “*probable cause*” como algo a ser aferido diante das peculiaridades do caso concreto, a partir de um juízo de bom senso. Na prática, isso conduzia à tomada de decisões diferentes para casos semelhantes, com a consequência geração de precedentes jurisprudenciais divergentes, em flagrante lesão ao ideal de segurança jurídica⁷.

Enfim, dada a insegurança jurídica que essa abordagem tradicional do instituto da causa provável gerava, a doutrina estadunidense passou a elaborar e propor critérios objetivos, chamados eixos, capazes de orientar o magistrado a perquirir a efetiva presença da “*probable cause*”. A depender do resultado da anamnese promovida ao longo dessas três etapas, poderia o magistrado concluir pela presença de justa causa a autorizar o deferimento de uma medida cautelar restritiva de um direito fundamental da forma mais objetiva possível, posto que os critérios interpretativos seriam os mesmos para todo e qualquer caso concreto. Na dicção do Professor Andrew Manuel Crespo⁸, principal expoente da doutrina do Unitarismo da Causa Provável, são os seguintes as perguntas a balizar o exame judicial da matéria:

1) Se o julgador presumir que todos os fatos que são trazidos à sua análise são verdadeiros, quão provável é que o alvo da cautelar esteja envolvido em uma ação criminosa? Cuida-se de uma análise que recai sobre os fatos que embasam o pedido cautelar e que deve levar em conta dados estatísticos e a experiência do próprio julgador. Quanto maior for a probabilidade de que as provas trazidas ao exame judicial induzam o cometimento de uma conduta criminosa, também maior a probabilidade de deferimento da pretensão.

⁷ DRIPPS, Donald. Living with Leon. 95 YALE L.J. 906, 907 (1986).

⁸ CRESPO, Andrew Manuel. Probable Cause Pluralism (February 27, 2019). 129 Yale L.J. 1276 (2020), *Harvard Public Law Working Paper* No. 19-12, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3342902> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3342902>.

2) Quão segura é a fonte da informação trazida ao conhecimento do julgador? Trata-se de um exame que recai sobre a pessoa que fornece as informações que embasam o pedido cautelar. Sugere-se que a credibilidade de testemunhas civis identificadas seja tida como exacerbada, ao passo que notícias apócrifas conferem um menor padrão de confiabilidade probatória. Disso não se extrai, por exemplo, que nenhuma medida cautelar jamais poderá ser deferida a partir de notícias anônimas, mas que a probabilidade de deferimento de pretensões baseadas nesse tipo de prova será bastante reduzida.

3) Quão seguro o julgador deve estar para autorizar a medida cautelar? Tem-se, aqui, um juízo de proporcionalidade aplicado a partir das constatações extraídas das duas primeiras etapas. Deste eixo se aúfere que o nível de segurança do magistrado não precisa ser o mesmo para autorizar uma busca e apreensão para fins de encontro de uma bucha de maconha para uso e outro para a suspeita de armazenamento de uma bomba que potencialmente será usada para fins de um atentado terrorista. A gravidade exacerbada de uma alardeada conduta pode justificar o deferimento, v.g., de um mandado de busca e apreensão, ainda que o grau de convencimento do magistrado não possa ser reputado integral acerca da possibilidade da ocorrência de uma conduta criminosa.

Ora, como o conceito de justa causa possui previsão expressa na legislação infraconstitucional e o Princípio da Proporcionalidade pode ser extraído da garantia constitucional do devido processo legal em sentido substantivo, conclui-se pela adequação dos postulados acima aos ditames do ordenamento jurídico brasileiro. Dito de outro modo, como ambos os países enfrentam um mesmo problema, consagram institutos bastantes semelhantes em matéria de cautelaridade e não ostentam, neste particular, diferença estruturais de relevo, identifica-se a inexistência de qualquer óbice ao aproveitamento da Teoria do Unitarismo da Causa Provável como critério a dar concretude ao conceito de justa causa.

Por conseguinte, propõe-se que a análise judicial (tanto da magistratura judicante quanto postulante) perpasse por uma análise expressa desses eixos, até para que a parte insatisfeita com a decisão possa se insurgir contra os fundamentos da sentença a partir de critérios e argumentos técnicos, concretizando a garantia do contraditório e da persuasão racional. Trata-se, sem dúvida, de um passo adiante em

Clínica de Justiça Criminal

Primeira Edição

matéria de limitação do subjetivismo e de respeito à garantia da segurança jurídica, pois, ainda que o conceito de justa causa continue um tanto abstrato, ele significará a mesma coisa em todos os casos.

REFERÊNCIAS

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 50.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 279.

DRIPPS, Donald. Living with Leon, 95 *YALE L.J.* 906, 907 (1986).