**INSTITUTO ENSINAR BRASIL**

**FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI - FDG**

**WASHINGTON LUIZ GONÇALVES**

**O SURGIMENTO DA PROVA ILEGAL E A TEORIA DO CAOS APLICADA AO PROCESSO PENAL**

**GUARAPARI**

**2019**

**WASHINGTON LUIZ GONÇALVES**

**FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI - FDG**

**O SURGIMENTO DA PROVA ILEGAL E A TEORIA DO CAOS APLICADA AO PROCESSO PENAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Professor Esp. Fabrício da Mata Corrêa.**

GUARAPARI - ES

2019

**FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: O SURGIMENTO DA PROVA ILEGAL E A TEORIA DO CAOS APLICADA AO PROCESSO PENAL, elaborado pelo aluno Washington Luiz Gonçalves, foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Guarapari, \_\_\_de \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ 2019.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Prof. Esp. Fabrício da Mata Corrêa

Faculdades Doctum de Guarapari

Orientador

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Prof. M.a Kélvia Faria Ferreira

Faculdades Doctum de Guarapari

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Prof. M.e Fábio Pedroto

Faculdades Doctum de Guarapari

*“Embaixo de qualquer pedra onde a Ciência olhe, em qualquer horizonte em que sua vista repousa, lá está o Caos.”*

Ricardo Aronne (2006, p 23. *apud*James Gleick, 1990).

**O SURGIMENTO DA PROVA ILEGAL E A TEORIA DO CAOS APLICADA AO PROCESSO PENAL**

Washington Luiz Gonçalves[[1]](#footnote-1)

Prof. Esp. Fabrício da Mata Corrêa[[2]](#footnote-2)

**RESUMO**

A partir das descobertas matemáticas de Edward Lorenz, que sugere a incidência do caos em praticamente tudo, pode-se apresentar a possibilidade da aplicação da Teoria do Caos no Direito Processual Penal. Considerando então, o sistema jurídico como, complexo, dinâmico, não linear, e sensível às condições iniciais. Estudando os distúrbios causados, em especial, pelo surgimento de provas ilegais e o efeito que podem causar à imparcialidade do julgador, nota-se que a transformação decorrente demonstrada a seguir, carece de medidas para mitigar os efeitos da teoria do caos no processo penal brasileiro. Pode-se dizer que a mudança através da Lei 11.690/08, alterando o artigo 157 do Código de Processo Penal, apresentou uma possível solução para a problemática em questão, no texto do seu parágrafo 4º. Porém o dispositivo foi vetado. Hoje o Projeto de Lei 8045/2010 que apresenta um novo Código de Processo Penal, dentre tantas alterações, traz a figura do Juiz das Garantias. Este conforme o novo texto, terá por função atuar na fase preliminar da persecução penal, controlando a legalidade da investigação e garantindo de forma mais eficiente a imparcialidade dos magistrados atuantes na seara criminal. Sabe-se que o caos sempre estará ali, à espreita, aguardando uma mudança, uma oportunidade para agir nas condições sensíveis de toda a ciência. E para a ciência do direito, sobretudo para o processo penal, proteger a imparcialidade do julgador pode ser a primeira linha de defesa contra a incidência do Caos.

**Palavras-chave**: Processo Penal; Prova Ilegal; Imparcialidade; Teoria do Caos; Juiz das Garantias.

# **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como tema o surgimento da prova proibida e a teoria do caos aplicada ao processo penal. A prima face parece descabido aplicar leis matemáticas num estudo de humanas, pois bem, o Direito traz consigo muito de matemática desde a contagem de prazos, percentuais de honorários, a dosimetria de uma pena, dentre tantos exemplos. A verdade é que em tudo se aplica a matemática e este estudo tem como um de seus objetivos demonstrar a aplicação de uma Teoria renomada de probabilidades (A Teoria do Caos) dentro do que se decidiu chamar de microcosmo do processo penal.

A partir da Constituição Federal de 1988, o tema das provas proibidas, ilícitas e ilegítimas, ganhou mais robustez, alcançando novas dimensões no direito brasileiro. Isso porque, o que antes era somente um apanhado de jurisprudências e excertos doutrinários alcançou a condição de norma constitucional, haja vista que o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente foi, de forma expressa, positivado no texto de nossa Carta Magna, através do seu artigo 5º, inciso LVI.

Com a reforma trazida pela Lei 11.690, de 10 de junho de 2008, o Código de Processo Penal recebeu um novo texto que alterou o seu artigo 157, apresentando mudanças específicas sobre o instituto das provas ilícitas por derivação ou frutos da árvore envenenada, além de uma interessante ferramenta para a descontaminação do julgador, especificamente tratada em seu parágrafo 4º.

Para o presente estudo, entende-se que uma vez contaminado, o julgador pode perder sua imparcialidade, passando a tomar decisões ou aprovar procedimentos que não faria sem a influência da prova ilícita maculando seu íntimo convencimento. Desta feita, o acusado/investigado, acaba por se tornar culpado antes mesmo do trânsito em julgado de sentença condenatória, ferindo de morte o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

A ideia central da Teoria do Caos é que uma pequena mudança no início de um evento, pode trazer consequências enormes e absolutamente desconhecidas. Por isso, tais eventos seriam praticamente imprevisíveis e caóticos. Aplicando a mesma lógica ao processo penal, pode-se afirmar que as consequências de uma atitude tomada por um juiz parcial provavelmente será a diferença entre a absolvição e a condenação, sepultando, de toda forma, as garantias processuais penais já conquistadas.

No que tange à metodologia aplicada, foram utilizadas a pesquisa bibliográfica e a revisão de literatura. O artigo se desenvolve abordando inicialmente o tema das provas ilegais e as diferenças entre provas ilícitas e ilegítimas, assim como as provas delas derivadas, e em seguida a lei 11.690/2008 que alterou o artigo 157 do Código de Processo Penal. No capítulo seguinte tratou-se das peculiaridades que cercam a Teoria do Caos, entendida pela matemática como um comportamento irregular sensível às condições iniciais, ato continuo foi correlacionar de forma coerente a possibilidade da incidência de uma teoria matemática na área de humanas, no caso, o direito processual penal. Os demais capítulos colocam em xeque a imparcialidade do julgador e apresentam a proposta contida no projeto do Novo Código de Processo Penal, o Juiz das Garantias, por fim, tentam solucionar o problema da pesquisa, sobre a possibilidade de mitigar a incidência da Teoria do Caos no processo penal brasileiro.

**2 AS PROVAS PROIBIDAS NO BRASIL**

A doutrina ensina que a prova proibida, defesa, vedada, ou impedida de pleno direito é aquela que não pode ser produzida para ser utilizada no processo, e caso seja, é vedada sua admissão ou valoração no processo.

A vedação da prova proibida é inerente ao Estado Democrático de Direito, haja vista serem produzidas por meios ilícitos e escusos, violando direitos constitucionais e legais conferidos aos cidadãos pelo próprio Estado. Desta feita a busca da verdade processual, ou real, não se sobrepõe aos limites éticos e morais, e de forma alguma pode se pautar em atos que violem ou afrontem princípios que zelam pela dignidade da pessoa humana, atropelando o garantismo com o único intuito de embasar uma condenação.

Pode-se afirmar que os ensinamentos advindos dos países do velho mundo certamente influenciaram, de alguma forma, a legislação pátria, uma vez que a Europa sempre foi uma fonte na qual beberam nossos juristas. Porém o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita no Brasil se desenvolveu de fonte diversa, tendo como modelo, a regra da exclusão norte-americana (*exclusionary rule*).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o tema das provas ilícitas alcançou novas dimensões no direito brasileiro, haja vista que até o momento em questão, a divisão doutrinária sobre sua admissibilidade processual apresentava, como corrente majoritária, a admissibilidade das mesmas. Tal entendimento caiu por terra quando a Carta Magna de 1988, por meio do seu art. 5º, LVI, positivou o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, elevando-o ao status de norma constitucional.

O mencionado dispositivo constitui cláusula pétrea da Carta Magna de 1988, pertinente aos direitos e garantias fundamentais. O art. 5º, LVI, da Constituição Federal, deixa claro que se veda a obtenção da prova por meio ilícito, e não somente a prova ilícita, invalidando assim, depoimentos colhidos sob tortura ou qualquer outro meio degradante, inclusive os obtidos por intermédio de interceptações telefônicas ilegais.

Com o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita expresso no texto constitucional, as correntes doutrinária passaram por uma espécie de inversão de polos, haja vista que, diferente do passado, o entendimento majoritário hoje afirma que não se coaduna com o devido processo legal, nem com limites éticos, a validade de um julgamento fundado em provas ilicitamente obtidas.

Deve-se observar que a vedação constitucional se refere à admissão de tais provas no processo. A proibição de utilização da prova, veda que se deem efeitos úteis à prova ilícita, impedindo que tal elemento probatório faça parte da convicção do julgador não podendo o magistrado utilizá-lo como fundamentação de decisões judiciais. Desta feita, é vedada a juntada aos autos de uma prova obtida por meio ilícito, cabendo ao magistrado a responsabilidade por tal fiscalização.

Sabe-se que, por inúmeros motivos, provas ilícitas ainda acabam sendo admitidas e valoradas equivocadamente, gerando consequências processuais que podem comprometer do andamento ao resultado de uma ação penal. Para tanto cabe ressaltar que a violação de uma norma constitucional implica a nulidade absoluta do ato violador, assim, a utilização de uma prova ilícita acarretará em seu imediato desentranhamento do processo, sendo nula a sentença que apresentar como motivação prova legalmente inadmissível.

**2.1 Prova ilícita x Prova ilegítima**

No estudo sobre as provas proibidas ou vedadas, percebe-se que a maior parte dos autores faz questão de mencionar as diferenças existentes entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas. Em primeiro lugar, a prova ilegal é o gênero, da qual são espécies as outras duas. A prova ilegítima ocorre quando há violação de regra de direito processual no momento da sua produção em juízo e até mesmo antes. A proibição possui natureza exclusivamente processual quando for imposta em razão de interesses concernentes à lógica e à finalidade do processo. Já a prova ilícita é aquela que viola regra de direito material ou constitucional quando da sua coleta, que pode ser anterior ou concomitante ao processo.

Tal diferenciação se faz necessária, haja vista o Código de Processo Penal, no seu artigo 157, acabou por se ocupar apenas das provas ilícitas, tratando exclusivamente das normas legais de direito material. Há ainda, distinção relevante a se considerar, uma vez que, as provas ilícitas não são passíveis de repetição, já que o vício ocorre no momento de sua obtenção, ao passo que para as ilegítimas reside a possibilidade de repetição do ato.

De acordo com Rangel (2009, p. 981), são provas ilícitas, por violar direito material, entre outras, as obtidas com violação ao domicílio, as que contrariem o sigilo das comunicações telefônicas, sem ordem judicial, e as conseguidas mediante tortura ou maus tratos. As ilegítimas, ao seu turno, são as vedadas diretamente pela lei processual, tal como o depoimento prestado pelas pessoas proibidas de depor.

Merece destaque, também, a posição de Oliveira (2010, p. 324):

Ainda segundo a doutrina, as provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação ao direito material, enquanto as provas ilegítimas receberiam tal definição por violarem normas de Direito Processual.

A distinção pode ser pertinente unicamente para facilitar a compreensão do que sejam os momentos de obtenção, introdução e produção e, ainda, de valoração da prova. Quanto às consequências jurídicas, porém, não tem qualquer utilidade.

[...]

Seja como for, uma (prova ilícita) e outra (prova ilegítima) são inadmissíveis no processo.

Observa-se, assim, haver nítida divisão entre a doutrina no que diz respeito à utilidade da distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Nesse contexto, ora se aplica às ilegítimas o sistema das nulidades, ora estão todas sujeitas ao regime da inadmissibilidade.

Alguns doutrinadores defendem que a prova obtida por meios ilícitos, não poderá ser retirada do feito, salvo se a própria lei assim o ordenar. Tal entendimento afirma que para ser afastada, aprova deve ser ao mesmo tempo ilícita e ilegítima. No entender dos doutos doutrinadores a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova não se refere ao modo de como foi obtida, já que nem todas as provas derivadas das ilícitas são inadmissíveis. Como descreve o artigo 157, parágrafo 1º (segunda parte), do Código de Processo Penal:

§ 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.

A segunda corrente defende a teoria da proporcionalidade onde a prova ilegal é totalmente inconstitucional, devendo ser declarada a sua ineficácia para fundamentar uma decisão judicial. Porém, há uma exceção: quando a vedação é amainada para acolher a prova contaminada, excepcionalmente e em casos extremamente graves, se a sua aquisição for a única forma, possível e admissível, para resguardar outros valores fundamentais, considerados mais urgentes no caso concreto. Atualmente aceita de forma moderada pelo Direito Civil.

Já a terceira corrente advoga pela admissibilidade da prova ilícita pro reo, defendendo, em matéria penal, que a prova por meios ilícitos, quando favorável ao acusado, sendo a única forma de defender sua liberdade pode sim ser admitida, haja vista estar exercendo seu direito de defesa, uma vez que se encontra em estado de necessidade, causa de excludente de ilicitude prevista no artigo 24 do Código Penal.

**2.2 A Teoria dos frutos da árvore envenenada / Provas derivadas**

Inspirado no direito norte-americano (*fruits of poisonous tree*), a prova envenenada ou ilícita por derivação, é nada mais que a prova lícita produzida a partir de uma prova ilícita, desta feita está contaminada, devendo também ser considerada ilícita.

A Lei 11.690, de 2008 alterou o Código de Processo Penal, positivando no seu artigo 157, parágrafo 1º (primeira parte), a teoria dos frutos da árvore envenenada, com a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, com a seguinte redação:

§ 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.

Assim, decretada a nulidade de uma prova, todas as outras que dela derivaram também o serão decretadas nulas. Entretanto, como exceção à regra, o próprio dispositivo estabelece que, para que haja a contaminação da prova, é necessário que haja nexo de causalidade entre meio ilícito e a prova obtida dele ou quando a prova produzida através de uma fonte independente. Portanto, para que haja a contaminação da prova é necessário que o meio ilícito tenha sido fundamental para se chegar à prova, pois do contrário, terá plena validade judicial. É o caso da descoberta inevitável e da fonte independente. A primeira tem como base a certeza de uma descoberta futura independente da prova ilícita e a segunda baseia-se na fonte autônoma e concomitante com a prova ilícita, sendo que ambas chegariam ao mesmo fato. Nestes casos, ainda que resida nexo de causalidade entre a prova ilícita e a derivada, esta última será válida, pois foi obtida através de uma fonte independente de informação diversa da prova ilícita.

**2.3 A lei 11.690/2008 e o artigo 157 do Código de Processo Penal**

Como mencionado no item anterior, a partir da reforma trazida pela lei 11.690, de 10 de junho de 2008, o Código de Processo Penal recebeu um novo texto ao seu artigo 157. A renovação deste dispositivo trouxe uma legislação específica sobre as provas ilícitas por derivação ou frutos da árvore envenenada, uma clara influência da teoria “*fruits of the poisonous tree*”*,*ficção jurídica criada pela Suprema Corte norte-americana, e trouxe também uma proposta de importante inovação na temática da prova ilícita, o impedimento/afastamento do juiz que tivesse contato com a prova declarada ilícita, isto é, o texto do seu parágrafo 4º, infelizmente vetado, apresentava uma possibilidade de automática descontaminação do julgado.

Aproximadamente vinte anos após a Carta Magna de 1988 positivar o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a lei infra constitucional apresenta um texto que vem explicar o que realmente deve ser feito quando do surgimento das provas ilícitas no âmbito do processo penal.

O artigo 157 destaca em seu caput o trecho que diz: “assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Uma vez que a Constituição Federal de 1988 apenas se refere às provas ilícitas, se furtando a esclarecer quais, a alteração promovida pela Lei n. 11.690/08 veio a sanar a inobservância constitucional ao indicar que não são apenas as violações à Carta Magna que são capazes de fulminar a admissibilidade de uma prova.

De acordo com o novo texto do artigo 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.

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

§ 4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Vetado)

Ressalta-se que os parágrafos 1º e 2º foram evidenciados de forma simples e auto explicativas no tópico anterior, momento em que foram abordadas as provas ilícitas por derivação. Este capítulo abordará os parágrafos seguintes do dispositivo legal.

De acordo com Oliveira (2010, p. 949), a apreciação da ilicitude da prova e seu desentranhamento devem ocorrer antes da audiência de instrução, ou seja, após a resposta à acusação, se a prova houver sido juntada em momento anterior. Caso seja apresentada em audiência, a questão deve ser apreciada de imediato. Além disso, a inutilização dependerá da existência de possíveis consequências jurídicas a quem produziu a prova, já que, caso esta seja a materialidade de outro ilícito, deverá ser preservada.

O parágrafo 4º foi apresentado com a seguinte redação: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Apresentava-se então uma proposta plausível, eficaz e interessante no intuito de afastar a possibilidade de contaminação do magistrado, criando uma blindagem para que o julgador não fosse tocado pela parcialidade.

Ocorre que depois dos pareceres do Ministério da Justiça e da Advocacia Geral da União, o parágrafo 4º foi vetado pelo Presidente da República. Sob o argumento o dispositivo retardaria a marcha processual, o que ia de encontro aos anseios da reforma trazida pela lei. Colocando assim a celeridade processual acima dos direitos fundamentais tão caros a todos, sobretudo ao acusado.

O veto acabou por desperdiçar uma grande oportunidade de minimizar de forma drástica os abusos ocorridos com a produção ainda desenfreada de provas ilícitas, em nome da celeridade jurisdicional com o discurso da defesa do interesse público. Desta feita restou a cada magistrado, analisar o caso concreto, e segundo sua própria avaliação, se declarar, ou não, suspeito para julgar a causa.

**3 A TEORIA DO CAOS**

Em 1927, o mundo foi apresentado à teoria do princípio da incerteza de Heizenberg, relacionado à mecânica quântica, mas somente na década de 1960, com a proposta apresentada por Edward Lorenz, aquilo que era considerado ruído, sob a perspectiva da busca da ordem determinística da natureza, passou a se tornar o objeto de estudo que norteia o presente artigo.

A teoria do caos ainda é considerada uma disciplina científica em desenvolvimento, focalizada no estudo dos sistemas não-lineares complexos, cujas fronteiras não estão bem definidas. Para um exemplo mais simples do funcionamento de tais sistemas, e assim da teoria do caos, pode-se apontar as variações imprevisíveis na formação de uma pilha de pedras após interferência externa. A inter-relação e a interdependência são vistas com mais facilidade quando se retira uma pedra da base, provocando um desmoronamento da pilha. O desmoronamento nada mais é do que uma reorganização na busca de um novo estado de equilíbrio. Naturalmente, o sistema é dinâmico, ou seja, a cada nova alteração na base, a pilha de pedra se reorganizará e o processo se repetirá na busca da manutenção do equilíbrio ora perturbado.

Presente na essência de quase tudo, a teoria do caos tem como ideia central o fato de que basta uma pequena mudança no início de um evento qualquer para gerar consequências absolutamente desconhecidas, propiciando eventos de resultados caóticos e praticamente imprevisíveis. Trata-se do famoso Efeito Borboleta, que recebeu o nome técnico de Dependência Sensível das Condições Iniciais.

Após anos de estudo, cientistas concluíram que a mesma imprevisibilidade aparecia em quase tudo, do ritmo dos batimentos cardíacos às cotações da Bolsa de Valores. Portanto, a utilização de seus conceitos em outros campos se torna possível quando aceita a premissa de que, por se tratar de uma ciência de natureza global dos sistemas, o caos rompe as fronteiras que separam as disciplinas científicas, sendo capaz de reunir no mesmo estudo pensadores dos mais diversos campos.

**3.1 A teoria do caos e a complexidade da ciência jurídica**

Cientistas de diversas áreas acompanharam o surgimento de uma ciência que não mais se limita a situações simplificadas, idealizadas, mas coloca a todos diante da complexidade do mundo real. Noções como a de caos, desenvolvida por Gleick(1989), tomaram proporções significativas, a ponto de se tornarem objeto de estudo de praticamente todos os campos da ciência, seja da física, economia, administração, dentre outros, inclusive o do Direito. Desta feita, pode-se afirmar que a ciência não se prende mais aos paradigmas de certeza e a exatidão, e mesmo o direito, ciência eminentemente interpretativa, está suscetível às variações do caos, rompendo as relações com o princípio da certeza racional e pragmática na resolução dos casos concretos.

A teoria do caos questiona de forma incisiva a possibilidade de se fazer previsões a longo prazo de qualquer sistema, haja vista defender a ideia de que diferenças mínimas das condições iniciais levam o sistema a gerar resultados diversos, o já mencionado Efeito Borboleta. Isto é, uma cadeia de eventos aparentemente sem importância pode mudar os acontecimentos através do tempo e levar a resultados imprevisíveis mostrando que toda experiência é única e aleatória. O mesmo entendimento pode ser aplicado na tramitação de um processo judicial, quando uma prova ilegal inicia uma cadeia de eventos que podem gerar prejuízos irreparáveis na solidificação da imparcialidade do julgador e consecutivamente à defesa do acusado. Nesta linha de raciocínio, a teoria do caos trata previsões jurídicas de longo alcance como uma possibilidade fadada ao fracasso. Para a teoria do caos, o passado não tem um efeito linear, pois se relaciona com um número infinito e complexo dentro do sistema, assim uma ação ou interferência no início ou decorrer de um evento, no caso em estudo um processo, pode gerar uma quantidade indefinida de resultados imprevisíveis.

Segundo a filosofia do Direito, desde a época pré-socrática o determinismo está no centro do pensamento ocidental, e a ciência jurídica se constituiu baseada na racionalidade, na certeza e na exatidão, haja vista a necessidade de fomentar a segurança jurídica.

Reale (2002, p. 286) explicita essa situação da seguinte forma:

Parece-me, pois, que cabe distinguir entre uma Filosofia Jurídica implícita, que se prolonga, no mundo ocidental, desde os pré-socráticos até Kant, e uma Filosofia Jurídica explícita, consciente da autonomia de seus títulos, por ter intencionalmente cuidado de estabelecer fronteiras se seu objeto próprio nos domínios do discurso filosófico.

Nos dias atuais, uma nova racionalidade passa a nortear as ciências jurídicas, que não mais identifica ciência e certeza, probabilidade e ignorância, tal raciocínio estreita cada vez mais o relacionamento entre a teoria do caos e o direito.

Ao aproximar a teoria do caos ao universo jurídico, percebe-se que não é possível ter certeza de absolutamente nada, nem das motivações que ocasionaram um determinado crime, menos ainda do veredicto de um processo criminal, pois a incerteza está presente em todas as dimensões da vida. Em especial na solução dos casos jurídicos, haja vista as situações iniciais serem únicas e novas, podendo ser alteradas a cada ato processual o que gera um novo evento passível de inúmeros novos resultados.

Ao observar os personagens participantes de uma ação judicial, compreende-se que todo fato jurídico analisado é novo, trazendo consigo suas especificidades, novidades e características próprias. A reconstituição do que já passou ocorre pelas lentes dos atores processuais, defesa, acusação e juízes, enquanto réus, personagens de um enredo não ficcional, trazem consigo a angústia da total falta de certeza do que pode vir a ocorrer no desenrolar das fases processuais e nos possíveis desfechos jurídicos, temendo absurdos surreais no labirinto inesgotável das possibilidades.

**3.2 A teoria do caos aplicada ao microcosmo de um processo penal**

No âmbito do Processo Penal se faz necessária a real superação do sistema inquisitório que ainda encontra resquícios no ordenamento jurídico vigente, assim como, nos fóruns da nação. Caracterizado por não distinguir de forma clara acusador de julgador, no sistema inquisitório, o juiz, é movido por um desejo desenfreado de obter a verdade real, atrofiando a possibilidade de defesa do acusado, se colocando na posição de inquisidor, capaz de tudo para extrair a verdade real dos fatos.

Com o atual sistema acusatório apresentando funções claras para os atores processuais, acusação e defesa, e a delimitação do juiz como um terceiro imparcial. Instaura-se a marcha processual, orientada pelas ações estratégicas de cada lado, validadas pelo julgador quando em conformidade com as normas processuais, proporcionando um equilíbrio na perspectiva do processo penal.

A Teoria do Caos representa a superação do modelo científico iluminista, a superação da certeza caracterizada pelo determinismo da matemática e da física. De acordo com Gleick (1989), o matemático Edward Lorenz identificou o caos nos fenômenos meteorológicos, quando buscava comprovar que o universo era regido pelas leis de Newton. Enquanto simulava condições meteorológicas no computador do seu laboratório, que ao cometer um erro de arredondamento em uma das variáveis obteve resultados consideravelmente divergentes dos esperados. Essa observação veio a destruir a intuição, de que pequenas alterações nos valores das variáveis provocariam pequenas alterações no resultado, dando origem à frase do Efeito Borboleta, que diz: “Uma coisa tão simples, quanto o bater de asas de uma borboleta, pode causar um tufão do outro lado do mundo.”

A partir das experiências seguintes, se descobriu a incidência da Teoria do Caos em praticamente tudo, assim acredita-se que o caos também está no Direito. Como coloca o professor Ricardo Aronne (2010, p. 204):

O sistema jurídico é uma rede móvel, entrópica, aberta e axiologicamente hierarquizável de regras, princípios e valores, positivados no ordenamento de modo implícito ou explícito, teleologicamente orientados na concretização tópica. O sistema é sensível às condições iniciais que lhe são propostas, é não linear, respondendo diferente e não proporcionalmente a *inputs*ou interações diferentes. Decorrência, ainda, de sua abertura, é sua complexidade de arquiteturas e influências à que, necessária e corretamente, se expõe. É indeterminado, porém possui padrões. Em síntese: Caos

As características marcantes da perspectiva da Teoria do Caos estão presentes também no Processo Penal. O caos é percebido no próprio conjunto de normas processuais penais do ordenamento pátrio, haja vista a incidência de constante divergência entre entendimentos sobre situações iguais, ou extremamente semelhantes, proferidas pelos diversos tribunais brasileiros, o que muitos chamam de insegurança jurídica, pode ser classificado como um dos efeitos do caos.

Ao se verificar que, as informações necessárias ao prosseguimento de uma ação penal não se encontram todas disponíveis anteriormente à sua instauração, pois continuam a ser produzidas no decorrer do processo, pode-se presumir que, a complexidade do sistema processual cresce exponencialmente, pois o processo penal é não linear. Segundo Rosa (2014, p. 184) “A dinâmica caótica do processo impede a linearidade”, tendo em vista que os valores das variáveis são constantemente retroalimentados, tornando-o sensível às condições iniciais, um dos pilares que fundamentam a Teoria do Caos.

Na perspectiva dos sistemas caóticos, essa posição é reservada aos atratores. Como coloca Aronne (2006, p. 29):

Os atratores, aqui alicerçados nas regras jurídicas, garantem determinada trajetória ao discurso; o objeto, no paradigma de Newton, em sede de dinâmica, para o observador. As fórmulas para soluções de antinomias de 1º grau e aparentes, atrelam o discurso de conformação do aplicador a um roteiro axiomático, previamente costurado (em fórmulas e equações sociais) pelo legislador, para conduzir a decisão.

A partir do momento, em que se tem o início da persecução penal, Estado e indivíduo encontram-se em posições antagônicas, próprias do sistema acusatório, em um sistema processual, de natureza caótica, sensível às condições iniciais, condições de presunção de inocência do indivíduo, de ônus probatório, e de respeito às garantias fundamentais. Assim, o processo penal é um procedimento de reconstrução dialética de um evento passado, que gira em torno da produção de provas, em contraditório, para a formação do convencimento do julgador, a partir de testemunhas, perícias e outras formas probatórias. É, portanto, eivado de incertezas, caótico, por assim dizer. Desta feita, diante da natureza incerta, caótica, complexa e não-linear dessa perspectiva adotada ao processo penal, o resultado não é determinado e nem determinável à priori, dependendo sempre das condições iniciais, da interação complexa entre os atores processuais.

Talvez uma das mais intrigantes jornadas da história humana seja a busca pela verdade. Um percurso a ser explorado com incontáveis labirintos capazes de conduzir não apenas para uma única luz, e sim uma infinidade de possibilidades do real, apreensíveis e compreensíveis pelo gênio humano como verdades.

O positivismo jurídico enxergava o Direito como um produto da razão acabado, coerente e completo, avesso a qualquer valoração subjetiva pelo intérprete, garantida assim a segurança jurídica do sistema. Em um Estado Democrático de Direito, não há mais espaço para o Estado expressar legitimamente o seu poder de forma tão destrutiva. Porém, restam resquícios do período inquisitivo. Basta verificar que o Código de Processo Penal, em seu artigo 156, confere amplos poderes de gestão probatória ao juiz, poderes estes incompatíveis com a imparcialidade exigida ao magistrado em um sistema acusatório.

Vale ressaltar que, no campo das provas, se torna inerente ao processo toda discussão em torno de fatos passados através de reconstruções históricas, com o condão de resolver questões referentes a informações eivadas de incompletude e obtidas após falsas memórias, induzidas ou criadas pelo interlocutor.

A física quântica, por meio de seus estudiosos, demonstrou que todo o saber científico é superado pelo relativo, pela incerteza, fragilizando os alicerces da ciência clássica. Segundo proclama Ferrajoli (2014, p. 53) *“*a verdade de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa”.

Acompanhando seu entendimento, pode-se afirmar que a verdade processual é uma verdade aproximada, semelhante a atribuída às ciências exatas. Todavia, no processo penal, diferentemente do cientista, o juiz lida com conflitos humanos altamente subjetivos, uma relação entre sujeitos, munidos de seus valores, dramas pessoais e motivações. Fazer uma síntese dos estudos das Ciências Jurídicas com aplicação da Teoria do Caos é uma tarefa desafiadora a qual vem deslumbrando o cenário jurídico-cientifico em níveis internacionais. Nas palavras de Ricardo Aronne (2006, p 23. *apud*James Gleick, 1990), *“Embaixo de qualquer pedra onde a Ciência olhe, em qualquer horizonte em que sua vista repousa, lá está o Caos.”*

A temática é ampla, o tempo alcança a questão fundamental relativa à integração e estabilidade do sistema. A interpretação do Direito é um processo aberto, onde haverá diversas influências que o intérprete esteja expondo, como exemplo, a situação econômica e cultural, preconceitos, e até mesmo pressões diversas da mídia e o surgimento de provas consideradas ilegais capazes de direcionar o juízo, ainda que desentranhadas ou consideradas nulas, uma vez que possuem o poder de macular a imparcialidade do julgador.

O sistema jurídico é sensível às condições iniciais e ao meio, pois, segundo a teoria do caos, nada é linear. Portanto, em certas situações o sistema apenas se esforça para ter linearidade e manter a coerência e unidade material. Assim, percebe-se que o Caos não é determinista. Acredita-se que foi a partir desta consciência que o trânsito jurídico passou a ser guiado pela jurisprudência e pela doutrina mais compreensiva, com novos valores, e nova personalização do direito. Assim, se adequando a interpretação do criminalista, que por sua vez rompe com a ideologia conservadora tradicional, não significando uma perda da racionalidade, mas uma nova racionalidade no modo de interpretar.

**4 O MITO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ**

Muito se discute, sobre a existência ou não do fenômeno da imparcialidade do juiz. Com o passar dos anos, a sociedade se acostumou a tratar os magistrados como pessoas extremamente superiores, uma vez que, devido à tamanha importância, destes membros do poder judiciário, seriam, de certa forma, incorruptíveis ou imaculados, imunes aos erros e falhas humanas. Porém, "endeusar" tal figura acaba por facilitar a aceitação de erros como o vício da parcialidade, e esta, ainda que mínima, pode gerar prejuízos extremos ao exercício dos direitos dos cidadãos, indiferentemente ao fato de serem apenados, acusados ou investigados, pois sem um bom juiz não pode haver uma boa justiça.

Na sociedade contemporânea, espera-se de um magistrado uma atuação imparcial, honesta e digna, promovendo a justiça na verdadeira acepção da palavra. Para tanto não se deve ignorar a necessidade de aceitação da condição humana por parte dos magistrados que, para o presente estudo, atuam na seara de complexidade evidente, o Processo Penal, haja vista, que as sentenças proferidas atingirão de forma incisiva bens valiosíssimos, como a vida e a liberdade de seres humanos. Nesta senda, sobre a imparcialidade do juiz, destaca-se em primeiro lugar que o juiz é nada mais que um homem, um ser social e não abstrato. Logo, enquanto humano, é pouco original, assim, por muitas vezes portador de ideias e decisões que não lhe pertencem de fato, pois são oriundas de uma sociedade na qual convive. Desta feita, apenas por viver em sociedade está contaminado por ideias, ideais, comportamentos, paradigmas, valores, leis dominantes, nesta grande máquina social.

Então, se ultrapassa o limite da ingenuidade ao acreditar na existência de uma imparcialidade nas decisões, uma vez que, se questiona constantemente a forma de pensar de todo ser humano. Portanto, persistir na crença de que alguém, neste caso o juiz, pelo simples fato de ocupar tal cargo, irá se despir de todas as influências sociais para julgar um fato delituoso com imparcialidade, ou o que é pior, com neutralidade, seria afirmar que o magistrado ao ser empossado transcende a condição humana, tornando-se uma máquina, ou pior, como alguns se consideram, um deus.

Neste contexto, e dentro desta ordem, é sabido que possuir um magistrado imparcial, e, portanto, completamente alheio ao litígio é absolutamente impossível. Fato ainda mais evidente no dia a dia do processo penal, pois pode-se observar a interferência do magistrado de maneira bastante parcial, quer na admissibilidade das provas, quer inclusive, o que é mais grave, na busca da produção da prova, o que é lamentável do ponto de vista da dita imparcialidade.

Conforme acontecimentos recentes, se confirmados os fatos, pode-se dizer que mesmo os ministros do Supremo Tribunal Federal, por serem tão humanos e falhos como qualquer um, são passíveis de serem tocados pela parcialidade. Parte significativa dos críticos à postura do Supremo, alega abuso constante de seus poderes, ao interpretar, moldar, e impor seu entendimento da Constituição Federal, em muitos casos, em favor de interesse próprio ou de terceiros próximos. Como exemplo de seus supostos desmandos, destaca-se o fato de recentemente o Presidente do Supremo Tribunal Federal, ter instaurado inquérito de ofício para apurar supostas *fake news* contra membros da Corte Suprema e seus familiares. Nas supostas *fake News*, eram acusados de praticarem atos ilícitos que favoreciam a corrupção e a impunidade. Em ato continuo, o Presidente do Supremo, teria designado de ofício o relator que presidirá o feito. Um flagrante desrespeito ao artigo 75 do Código de Processo Penal que estabelece a fixação de competência, para os casos como o supracitado, por distribuição, isto é, sorteio.

Tamanho desmando ofende os princípios básicos do Estado Democrático, uma vez que, compromete o princípio da imparcialidade do juiz, que defende a separação das funções de investigar e julgar, consagradas pelo sistema acusatório, no intuito de preservar o comprometimento psicológico do julgador. Desta feita, o órgão julgador, não conduz investigações, assim como, segundo o artigo 252 do Código de Processo Penal, não é permitido que o juiz atue em processos que figure como parte ou interessado, estendida tal proibição se na mesma circunstancia se encontrarem o cônjuge, o parente consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau.

Caso toda essa situação reste por certo confirmada, se poderá, então, afirmar que até mesmo a Suprema Corte pode ser tocada pelo vício da parcialidade, já que que viola flagrantemente os princípios de inércia e da imparcialidade ao permitir tamanho disparate.

Neste caso, seria humanamente impossível um cenário em que o mesmo magistrado que admite a prova, ou ajude a construí-la dentro do processo, depois venha julgá-la em momento futuro com imparcialidade. Faz-se, necessário, pois uma separação entre a instrução processual e o seu desfecho, ou melhor, uma separação entre quem instrua o processo, e aquele que julga a lide.

Percebe-se que no campo do direito e de maneira dominante, no processo penal, uma insistência irracional em propagar a ideia de que esta nobre ciência é neutra portanto imparcial. Entende-se aqui que esta falácia precisa encontrar seu fim de forma mais célere possível, pois é preciso ter-se a convicção que todo julgamento, feito por qualquer magistrado, seja ele singular ou não, é tomado por ideologias, porque todo juiz é ideológico.

Sabe-se que todo julgamento tem um cunho político decisório, e por mais que existam magistrados dotados de esforço e abnegação, não é possível superar a parcialidade, porque este processo faz parte da natureza humana. Assim é no processo, onde o juiz ao valorar a prova, opta segundo critérios ideológicos, buscando aquilo que venha corroborar com suas teses, e da mesma forma desprezará tudo aquilo que for contra seus princípios preexistentes.

Vale ressaltar que por simples lógica a própria legislação pátria acaba por se contradizer, haja vista que apresenta incidentes de suspeição e impedimentos nos quais o magistrado, deve ou pode, a depender do caso, se declarar ou ser declarado, inapto para conduzir o julgamento. Desta feita, a imparcialidade do julgador é, em determinados casos, passível de dúvida, o que não condiz com a afirmação de efetividade do princípio da imparcialidade do juiz.

**5 O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Além da efetivação do sistema acusatório no Processo Penal Brasileiro, o projeto de novo CPP traz a previsão do juiz das garantias, que teria como objetivos principais a otimização da atuação jurisdicional em face da especialização da matéria e o distanciamento do juiz do processo em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação. Tal instituto se mostra primordial para a consolidação de um modelo acusatório, assim como para a proteção da intimidade, da privacidade e da honra do acusado.

Torna-se indispensável registrar, que de acordo com o atual projeto de novo Código de Processo Penal, o juiz das garantias, será o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais do investigado, conforme descreve o artigo 14 do Projeto de Lei n.º 8045/2010:

Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;

II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543;

III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;

IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial;

V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;

VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;

VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X – requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação;

XI – decidir sobre os pedidos de:

a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática;

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, §1º;

XIV – arquivar o inquérito policial;

XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, os direitos de que tratam os artigos 11 e 37;

XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será relaxada.

Percebe-se que a atuação do magistrado limita-se ao controle da legalidade da investigação criminal. Fazendo juízo de cognição sumária acerca das medidas investigativas que, possam estar restringindo os direitos fundamentais do suspeito, bem como acompanhará o trabalho investigativo da polícia judiciária.

Nos termos do artigo 15 do projeto, verifica-se que a competência do Juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com a propositura da ação penal. Momento em que as questões pendentes passam a ser decididas pelo juiz do processo, o qual poderá, inclusive, reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

§1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.

§2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

§3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo.

Ressalta-se que a pretensão do projeto do novo Código de Processo Penal é a de dividir, em duas, a função hoje exercida pelo juiz criminal, buscando alcançar, com a máxima eficiência, a imparcialidade do magistrado, indispensável garantia processual do acusado.

Pode-se dizer, com o devido respeito aos entendimentos em contrário, que se torna mais que plausível a contaminação do magistrado, ainda que psicológica, pelos elementos de prova produzidos durante o Inquérito Policial em que o mesmo atuou. Haja vista, que ao decretar uma prisão preventiva ou temporária, em razão das provas ou elementos de informação, produzidos sob sua autorização, o juiz demonstra que já existe um embrião de intimo convencimento acerca da responsabilidade do acusado, desta feita, se mostra desde então a pré-existência de vício por parcialidade do julgador.

De acordo com o que foi anteriormente exposto, entende-se que a separação das funções do juiz criminal durante as fases de investigação e processual, se torna fundamental para a consolidação do modelo acusatório em nosso processo penal, assim como para a manutenção da imparcialidade do juiz que proferirá a sentença.

A implementação do juiz das garantias, vai de encontro ao sistema processual atual, uma vez que o magistrado que atua na fase de inquérito policial, via de regra, torna-se prevento para funcionar na ação penal, desta feita, de acordo com o Código de Processo Penal vigente, em seus artigos 75, parágrafo único, e 83, o mesmo juiz que atua na fase de investigação, seguirá no processo até proferir sua sentença.

DA COMPETÊNCIA POR DISTRIBUIÇÃO

Art. 75. A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.

Parágrafo único. A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal.

DA COMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa.

A instituição do juiz das garantias no novo CPP visa inverter a lógica da competência judicial por prevenção utilizada atualmente, trazendo como forte argumento a manutenção da imparcialidade do juiz.

Nesta senda, o que se pretende é que o juiz que atuar na fase preliminar da investigação, não só deixará de ser prevento, como estará impedido de atuar na ação penal. Desta feita, a implementação do juiz das garantias afasta a possibilidade de que uma contaminação do julgador atinja o processo e inicie eventos que por sua imprevisibilidade possam vir a desencadear os efeitos da teoria do caos sobre o processo penal.

**6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Teoria do Caos, também conhecida como Teoria da Dependência Sensível das Condições Iniciais, e Efeito Borboleta, sugerido por Lorenz em 1963, pode ser aplicada a praticamente tudo, já que defende a possibilidade da imprevisibilidade da repercussão de uma pequena ação nas demais ações da vida. Mesmo se tratando de uma teoria matemática, o caos atinge os ramos do direito, em especial, o Processual Penal. O que sugere uma urgente reestruturação do Código de Processo Penal, adequando o atual projeto para que seja possível a real interação entre o direito e o caos, uma vez que, o caos se demonstra presente no tramite de um processo penal e pode gerar eventos imprevisíveis capazes de influenciar tomadas de decisões, e consequentemente os rumos do processo até a sentença.

Diversas ações podem desencadear o caos. Assim, o surgimento de uma prova proibida pode se tornar o embrião de uma sequência de eventos que, em tese, podem prejudicar a imparcialidade do julgador. Dando início a uma série de possibilidades imprevisíveis. E como praticamente tudo está relacionado a teoria do caos, a incidência de uma prova proibida acaba por se tornar um ponto de partida para eventos incertos, pois o processo penal também é alcançado pela dependência sensível das condições iniciais.

Não é plausível a alegação cega da imparcialidade do julgador, pois antes de tudo ele é um ser humano movido por suas crenças, experiências, e valores. Logo, qualquer fonte de prova ilícita apresentada, traz consigo a possibilidade de afetar sua imparcialidade, ainda que desentranhada dos autos, como determina o artigo 157 do Código de Processo Penal. Assim a teoria do caos começa a manifestar seus efeitos, haja vista que o simples conhecimento da existência da prova poderá vir a gerar grandes prejuízos ao processo.

Como já apresentado, o artigo 157 da Lei 11.690/2008, que modificou o Código de Processo Penal, originalmente possuía um parágrafo 4º, determinando que o magistrado que tivesse contato com a prova ilegal seria imediatamente afastado do processo, já que sua convicção poderia ser formada por um meio de prova inaceitável no ordenamento pátrio. Infelizmente o parágrafo 4º foi vetado, sob a justificativa de prejudicar a celeridade processual. Um ato inoportuno, para não dizer uma grave violação aos direitos e garantias fundamentais. Já que, para o justificar o veto presidencial, os direitos e garantias fundamentais foram considerados inferiores às metas estabelecidas para o julgamento dos processos. Perdeu-se assim, uma excelente oportunidade de mitigar a incidência da teoria do caos no processo penal, utilizando-se de uma maneira eficaz de descontaminação do julgado. Uma vez que, tal procedimento impediria que o juiz que conheceu de prova ilícita julgasse a causa, afastando a condição inicial sensível.

O Projeto de Lei 8045/2010, que ainda tramita com o objetivo de apresentar um novo Código de Processo Penal, dentre suas diversas alterações, apresenta a figura do juiz das garantias. Conforme demonstrado no decorrer deste artigo, a teoria do caos está em tudo, torna-se evidente que somente através da aplicação, dentro do processo penal, de uma diminuição sistemática das interferências, pode-se alcançar uma mitigação razoável de seus efeitos. Nesta senda, após o veto do parágrafo 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal, a instituição do Juiz das Garantias passa a figurar como uma nova oportunidade de se garantir da imparcialidade do juiz. Uma vez que, a exigência da atuação de dois julgadores para cada processo, maior inovação trazida pelo instituto, vem com o intuito de fulminar a possibilidade de contaminação do julgador. E ao blindar o magistrado contra o vício da parcialidade, suas decisões passam a ser despidas de pré-julgamentos e pré-conceitos, que por décadas foram se amoldando de forma sorrateira no íntimo do Judiciário brasileiro, fomentado por uma legislação processual repressiva, obsoleta e retrógrada. Um campo fértil, para a teoria do caos, haja vista que cada abuso, cada erro, ou atitude, pode gerar incontáveis possibilidades de condições iniciais sensíveis.

Verifica-se um caso grave de miopia intelectual, aos que não entendem a diferença de se ter ou não um Juiz das garantias atuante nos dias atuais. O juiz das garantias não é responsável apenas por assegurar os direitos fundamentais do cidadão no transcorrer das investigações, tampouco se limita ao simples aperfeiçoamento dessa fase da persecução penal, sobre seus ombros está a garantia da imparcialidade e isenção do juiz do processo, proporcionando ao acusado um julgamento mais justo. Desta feita, pode-se afirmar que o juiz das garantias não veio para tornar mais efetiva a participação judicial em fase investigativa, mas para assegurar um juiz da causa mais imparcial, pois o mesmo deixará de estar ligado às suas próprias decisões anteriores. Com esse entendimento, conclui-se o presente artigo com a crença de que a institucionalização do cargo do Juiz das Garantias pode ser o avanço necessário para a existência de um Processo Penal com maior respeito às garantias processuais e constitucionais. Criando não só um processo penal mais garantista, mas também uma forte linha de defesa contra o Caos.

**THE RISE OF ILLEGAL PROOF AND THE CHAOS THEORY APPLIED TO THE CRIMINAL PROCESS**

Washington Luiz Gonçalves

Prof. Fabrício da Mata Corrêa

**ABSTRACT**

From the mathematical discoveries of Edward Lorenz, which suggests the incidence of chaos in virtually everything. One can present the possibility of applying Chaos Theory in Criminal Procedural Law. Considering then, the legal system as, complex, dynamic, non-linear, and sensitive to the initial conditions. Studying the disturbances caused, in particular, by the appearance of illegal evidence and the effect they can cause to the impartiality of the judge, it is noticed that the transformation following demonstrated, needs measures to mitigate the effects of chaos theory in the Brazilian criminal procedure . It can be said that the change through Law 11.690 / 08, changing article 157 of the Code of Criminal Procedure, presented a possible solution to the problem in question, in the text of its paragraph 4. But the device was vetoed. Today Bill 8045/2010 that presents a new Code of Criminal Procedure, among many changes, brings the figure of the Judge of Guarantees. According to the new text, it will have to function in the preliminary phase of the criminal prosecution, controlling the legality of the investigation and guaranteeing more efficiently the impartiality of the magistrates acting in the criminal area. It is known that chaos will always be there, lurking, awaiting a change, an opportunity to act in the sensitive conditions of all science. And for the science of law, especially for criminal prosecution, protecting the impartiality of the judge may be the first line of defense against the incidence of Chaos.

Keywords: Criminal Procedure; Illegal Proof; Impartiality; Chaos theory; Judge of Guarantees.

**REFERÊNCIAS**

ARONNE, Ricardo. **Direito civil-constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_\_. **Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios do direito civil-constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 157. Decreto-Lei n 3.689, de 3 de out. de 1941. In: CÉSPEDES, Lívia; ROCHA, Fabiana Dias da (comp.). **Vade Mecum Saraiva**. 25 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

\_\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. In: CÉSPEDES, Lívia; ROCHA, Fabiana Dias da (comp.). **Vade Mecum Saraiva**. 25 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

\_\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de novo Código de Processo Penal (PL 8.045/10)**. Disponível em:https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissões-temporarias/especiais/55ª-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal. Acesso em: 10/01/2019.

\_\_\_\_\_\_. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. **Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências**. Brasília (DF), 2008. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil\_03\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acesso em 05/01/2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GLEICK, James. **Caos:** a criação de uma nova ciência. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

LORENZ, Edward N. **A Essência do Caos**. Brasília: Unb, 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

1. Graduando em Direito. E-mail: washingtondireitomilitar@gmail.com [↑](#footnote-ref-1)
2. Especialista em Direito. E-mail: fabricio.jus@gmail.com [↑](#footnote-ref-2)