

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

DANILO DA CUNHA SOUSA

**A PROVA NO CRIME ORGANIZADO E OS DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS DO ACUSADO**

FRANCA

2017

DANILO DA CUNHA SOUSA

**A PROVA NO CRIME ORGANIZADO E OS DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS DO ACUSADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

**Orientadora: Profa. Dra. Marisa Helena D’Arbo
Alves de Freitas.**

FRANCA

2017

Sousa, Danilo da Cunha.

A prova no crime organizado e os direitos e garantias fundamentais do acusado / Danilo da Cunha Sousa.

– Franca : [s.n.], 2017.

151 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientadora: Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas.

1. Direitos fundamentais. 2. Crime organizado. 3. Prova (Direito). I. Título.

CDD – 341.27

DANILO DA CUNHA SOUSA

**A PROVA NO CRIME ORGANIZADO E OS DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS DO ACUSADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof. Dra. Marisa Helena D’Arbo Alves de Freitas

1º Examinador: _____
Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

2º Examinador: _____
Prof. Dr. Antonio Milton de Barros

Franca, _____, de _____ de 2017.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à Profa. Dra. Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas, minha orientadora, pelos ensinamentos, apontamentos, detalhamentos, acompanhamentos, correções, compartilhamentos, paciência, dedicação e todas as demais palavras que me faltam para descrever a grandeza do magistério que ela representa.

Ao Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesp/Franca durante quase todo o meu curso do mestrado e responsável por duas disciplinas que expandiram os meus conhecimentos sobre os direitos humanos a uma visão crítica, o que me faz tomar como missão a divulgação e a defesa desses direitos na estrada que início agora.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação, em especial, aqueles que eu acompanhei em disciplinas: Profs. Drs. Jete Jane Forati, Carlos Eduardo de Abreu Boucault, David Sánchez Rubio e Antônio Alberto Machado.

Aos amigos e colegas estudantes do mestrado, que, pela diversidade, pelo conhecimento espetacular, pelos debates, pelo companheirismo em congressos, artigos e aulas, engrandeceram o meu aprendizado.

Aos servidores do Programa de Pós-Graduação com destaque ao Sr. Naílton, sempre tão atencioso com minhas inquietações.

Aos Professores da Faculdade de Direito de Franca, onde fiz a Graduação, e, em especial, ao Prof. Dr. Antônio Milton de Barros que semeou o processo penal em meu coração e a dedicação aos estudos acadêmicos na minha razão. Destaco ainda Profa. Jurema Gomes Xavier que, neste ano, somente passou para o outro lado do caminho.

Aos meus pais, Ivo e Ana, cuja missão na vida, iniciada nas lidas de Ibiraci, foi proporcionar-me educação como maior herança.

Ao meu irmão, Ivan, por me levar ao caminho do Direito.

Ao meu amor, Rafaela, coautora desse trabalho, porque coautora da minha vida, dois que éramos somos e seremos um. Enfim, “a medida do amor é amor sem medida” (Santo Agostinho).

Ensino que a vida jamais deveria ser modificada ou esmagada devido à promessa de outro tipo de vida futura. O imortal é esta vida, este momento.

Friedrich Nietzsche

SOUSA, Danilo da Cunha. **A prova no crime organizado e os direitos e garantias fundamentais do acusado**. 2017. 151f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

RESUMO

O modelo de processo penal está intimamente associado à evolução dos regimes políticos ao longo da História. Em períodos totalitários, predomina o modelo inquisitivo-utilitarista, em que o processo é voltado para a obtenção de sentença penal condenatória em favor do Estado. Em Estados democráticos, o processo penal segue o modelo acusatório-garantista, em que se estabelecem direitos e garantias fundamentais em favor do acusado, reconhecido como sujeito hipossuficiente da relação jurídica-processual. A Constituição Federal, ao instituir o Estado Democrático de Direito, adotou modelo de processo penal acusatório-garantista e que deve ser, portanto, seguido pelo legislador ordinário na elaboração das normas e pelo juiz ao aplicá-las. Ocorre que o fenômeno do crime organizado, apesar de não reconhecido como categoria própria por parte da doutrina, coloca em risco bens jurídicos relevantes à sociedade, como a própria democracia e, diante da sua complexidade, os meios tradicionais de prova não são capazes de lhe dar resposta, o que exige a elaboração de meios de prova específicos à sua persecução. No Brasil, atualmente, os meios de prova do crime organizado estão regulamentados na Lei n. 12.850/2013. O objetivo do presente trabalho consiste em analisar a constitucionalidade desses meios de prova, que implicam ampliação das prerrogativas do Estado e relativização dos direitos fundamentais do acusado. O exame se dará na forma com que cada meio de prova foi disciplinado na referida Lei. A metodologia procedimental é bibliográfica e o método de abordagem é o hipotético-dedutivo. Ao se assumir a necessidade de haver legislação específica de combate ao crime organizado, não se deixa de olvidar que meios de prova não podem desconsiderar o sistema processual penal constitucional acusatório-garantista. A proporcionalidade impõe sopesamento ao legislador no momento de elaborar a lei e ponderação ao juiz ao aplicá-la. A conclusão que se chega é que não se pode, de plano, sustentar inconstitucionalidade dos meios de prova do crime organizado, porque ampliam os poderes persecutórios do Estado. Exige-se a análise da forma com que cada um deles foi disciplinado pela lei ordinária para se apontar se houve justificativa constitucional para a restrição de direitos fundamentais do acusado.

Palavras-chave: processo penal constitucional. direitos fundamentais. crime organizado. prova.

SOUSA, Danilo da Cunha. **The evidence in organized crime and the accused fundamental rights and guarantees.** 2017. 151f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

ABSTRACT

The criminal procedure model is intimately associated with the political regimes' evolution throughout history. In totalitarian periods, the inquisitive-utilitarian model is predominant and the process is directed towards obtaining a condemnatory criminal sentence in the State's favor. In democratic states, criminal process follows the accusatory-guaranteeing model, in which fundamental rights and guarantees are established in the accused's favor that is recognized as a disadvantaged subject by the judiciary-procedural relation. The Constituição Federal, by establishing Democratic State of Law, has adopted the accusatory-guaranteeing criminal process model. Therefore, it should be followed by the ordinary legislator in drafting the rules and by the judge in applying those norms. The organized crime phenomenon, although not recognized as a doctrine proper category, jeopardizes most relevant society legal assets, such as democracy itself, and given its complexity, the traditional means of proof are not capable of responding to it, which requires the elaboration of specific evidence for its prosecution. Today in Brazil, the means of proof of organized crime are regulated by the Law n. 12,850/2013. This paper work aims to analyze the constitutionality of these means of proof, which imply an amplification of the State prerogatives and relativization of the accused's fundamental rights. The analysis will take place in the manner in which each means of proof has been disciplined in the above Law. The procedural methodology is bibliographical and the method of approach is the hypothetical-deductive. By assuming the need of having a specific legislation to combat organized crime, it is clear that the means of proof cannot disregard the accusatory-guaranteeing constitutional criminal procedural system. Proportionality imposes the legislator's balancing when drawing up the law and the judge's weighting when applying it. The conclusion reached is that one can not, on the whole, maintain unconstitutionality of the means of proof of organized crime, because they extend the persecutory powers of the State. It is required to analyze the way in which each of them was disciplined by ordinary law to indicate if there was constitutional justification for the restriction of the fundamental rights of the accused.

Keywords: constitutional criminal proceedings. fundamental rights. organized crime. proof.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL.....	12
1.1 Estado Democrático de Direito	13
1.2 Direitos fundamentais e princípios constitucionais.....	18
1.3 O caráter normativo dos princípios constitucionais	27
1.4 A Constituição Federal como fonte do processo penal	34
1.5 Os princípios processuais penais na Constituição Federal.....	41
1.5.1 Devido processo legal	41
1.5.2 Presunção de inocência	43
1.5.3 Contraditório e ampla defesa.....	45
1.5.4 Do Juiz Natural, da imparcialidade do órgão julgador e da necessidade de fundamentação das decisões judiciais	48
CAPÍTULO 2 ASPECTOS GERAIS DA PROVA NO PROCESSO PENAL	
CONSTITUCIONAL	50
2.1 Da prova em geral	50
2.2 A verdade, o ônus da prova, os poderes instrutórios do juiz e os sistemas de apreciação de prova no processo penal	62
2.3 Das limitações constitucionais ao direito de produzir prova.....	74
2.3.1 A presunção de inocência e o <i>nemo tenetur se detegere</i>	74
2.3.2 A tutela da privacidade: busca e apreensão domiciliar e a interceptação telefônica..	76
2.3.2 Da prova ilícita	80
CAPÍTULO 3 DOS MEIOS DE PROVA NO CRIME ORGANIZADO E OS DIREITOS	
E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO	89
3.1 Do crime organizado e das organizações criminosas	89
3.2 O crime organizado e as organizações criminosas na Itália	96
3.3 O crime organizado e as organizações criminosas no Brasil.....	102
3.4 Meios de prova e crime organizado e os direitos e garantias fundamentais do acusado	110
3.4.1 Colaboração premiada	114

3.4.2	Infiltração de agentes.....	122
3.4.3	Interceptação telefônica, captação ambiental e quebra dos sigilos financeiro, bancário e fiscal.....	126
3.4.4	Outros meios de prova na Lei n. 12.850/2013	132
CONCLUSÃO.....		135
REFERÊNCIAS		139

INTRODUÇÃO

O sistema de direitos e garantias processuais penais estabelecido em uma constituição revela o quão o Estado mais se aproxima do totalitarismo ou do regime democrático.

No Estado totalitário, em que o processo penal segue o discurso utilitarista, voltado para a defesa da paz pública, abalada pelo cometimento de um crime, esse sistema de garantias é bastante reduzido.

No Estado Democrático de Direito, concebido a partir dos ideais iluministas, é estabelecido um conjunto de direitos e garantias individuais ao acusado que representa, ao mesmo tempo, limitação aos poderes persecutórios estatais.

O processo penal moderno deve se pautar nas garantias processuais constitucionais, sob pena de faltar legitimidade ao exercício pelo Estado do *jus perseguendi*.

No Brasil, a Constituição Federal¹ vigente instituiu o Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana, de modo que o ser humano é colocado no centro do ordenamento jurídico.

Esse sistema de direitos e garantias fundamentais estabelecido na Constituição Federal rege o chamado processo penal constitucional, marcado por ser acusatório, com nítida separação de funções de julgar e acusar por órgãos estatais diversos, e garantista, porque regido por normas que estabelecem garantias fundamentais ao acusado, considerada a parte hipossuficiente da relação jurídica processual.

O modelo de processo penal acusatório-garantista é relativizado diante de legislações infraconstitucionais que ampliam os poderes persecutórios do Estado e, em consequência, restringem os direitos do acusado.

Isso se evidencia nas normas processuais penais que visam o combate da denominada criminalidade moderna da qual é expressão maior o fenômeno do crime organizado.

Embora respeitosa posição doutrinária negar a possibilidade de haver categorização do fenômeno do crime organizado, outra corrente doutrinária o reconhece como fenômeno que ameaça a democracia e até mesmo o futuro do planeta.

A complexidade do crime organizado exige aparato legal específico para a percussão penal às organizações criminosas.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

No Brasil, o tratamento dispensado às organizações criminosas sempre foi marcado pela ausência de técnica por parte do legislador.

Após a incorporação na ordem jurídica brasileira da Convenção Palermo, cujo objeto é as organizações criminosas internacionais, e sucessão de leis sobre o tema, organização criminosa e os meios de prova para investigação dessa espécie de crime estão definidos, hoje, na Lei n. 12.850/2013².

Os meios de prova admitidos, como a colaboração premiada e a infiltração de agentes, ampliam os poderes de persecução do Estado e relativizam a abrangência dos direitos e garantias fundamentais do acusado, como o postulado da não-autoincriminação, a presunção de inocência, além de outros.

O fundamento jurídico para isso é a mencionada maior capacidade que o crime organizado tem de violar direitos tutelados pela ordem jurídica, tal qual a própria democracia.

O objetivo desse trabalho foi a análise da constitucionalidade desses meios de prova diante do processo penal acusatório-garantista sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade.

A compatibilidade constitucional foi estudada tendo como parâmetro a forma com que a Lei n. 12.850/2013 regulou a matéria, isto é, se o legislador agiu com sopesamento ao limitar direitos fundamentais do acusado em nome da proteção aos bens jurídicos relevantes, colocados em maior situação de vulnerabilidade pelo crime organizado.

No primeiro capítulo, o tema abordado foi o sistema processual penal constitucional. Iniciou-se com considerações sobre o Estado Democrático de Direito, seguiu-se pelo estudo dos princípios fundamentais constitucionais e, por fim, tratou-se, especificamente, dos princípios processuais penais constitucionais.

No segundo capítulo, passou-se à análise da prova sob a ótica do processo penal constitucional, com enfoque nos princípios constitucionais que regem a matéria.

No terceiro capítulo, o estudo se concentrou no crime organizado e nos seus meios de prova. De início, buscou-se a compreensão do crime organizado. Em seguida, analisou-se o fenômeno na Itália, cujo modelo jurídico inspirou o legislador brasileiro, e no Brasil. Por fim, passou-se ao exame dos meios de prova da Lei n. 12.850/2013 e da sua constitucionalidade à luz do princípio da proporcionalidade.

² BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

A metodologia usada foi a bibliográfica e a análise de decisões judiciais tomadas no âmbito da Operação Lava Jato, fruto das inovações trazidas pela Lei n. 12.850/2013.

O método de abordagem foi o hipotético-dedutivo. A hipótese é que os meios de prova do crime organizado ampliam os poderes de persecução do Estado em detrimento de direitos e garantias fundamentais e a análise crítica se isto é constitucional.

CAPÍTULO 1 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL

Qualquer abordagem que se faça sobre o processo penal deve-se iniciar pela incursão no paradigma estatal estabelecido constitucionalmente³.

O sistema de direitos e garantias processuais penais estabelecido em uma constituição revela o quão o Estado mais se aproxima do totalitarismo ou do regime democrático.

Em um Estado totalitário, em que o processo penal segue o discurso utilitarista, voltado para a defesa da paz pública, abalada pelo cometimento de um crime, o sistema de garantias é bastante reduzido. Já o texto constitucional de um Estado Democrático de Direito estabelece um conjunto de direitos e garantias individuais ao acusado que representa, ao mesmo tempo, limitação aos poderes persecutórios estatais.

Essa é a razão de se analisar os elementos do Estado Democrático de Direito com aprofundamento do estudo acerca da democracia, mergulhando-se sobre seus aspectos históricos e ideológicos desde seu surgimento na Grécia Antiga até os dias atuais, sem prejuízo de se criticar os diversos obstáculos que se encontram para a consolidação do regime democrático em relação à maior parte da população das Nações.

Inerente ao Estado Democrático de Direito está a enumeração dos direitos e garantias fundamentais, cuja consolidação histórica, não por acaso, é concomitante com o da democracia moderna.

No estudo de institutos processuais penais do ordenamento jurídico brasileiro, é imprescindível que se faça pesquisa sobre os direitos e garantias fundamentais, pois normas desta natureza, previstas na Constituição Federal, estabelecem o sistema processual penal garantista-acusatório, o qual deve ser seguido pelo legislador infraconstitucional.

No atual estágio do constitucionalismo, não basta que se estabeleça a premissa de que as normas constitucionais, principalmente aquelas que enunciam direitos e garantias fundamentais, estejam em posição de superioridade formal em relação às normas infraconstitucionais.

Isso resulta na necessidade de apontar que as normas constitucionais devem ser dotadas de efetividade.

Com isso, o sistema processual penal constitucional deve ser efetivamente observado pelo legislador ordinário, o qual não pode ficar preso a fórmulas utilitaristas de processo em detrimento dos direitos e garantias do acusado.

³ SOARES JÚNIOR, Dário José. **A crise dogmática do processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 197.

1.1 Estado Democrático de Direito

Estado democrático de direito “[...] significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais.”⁴

O termo “democrático” qualifica o Estado e, com isso, irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e sobre toda a ordem jurídica⁵, motivo pelo qual se faz necessário aprofundar o estudo sobre tais valores.

Tarefa árdua, pois “[...] o processo democrático, que está sempre em movimento, que muda de caráter ao enfrentar novas dificuldades, que enfrenta desafios que ressurgem tão logo superados, é, em suma, uma luta contínua e nunca um fato consumado.”⁶

A democracia surgiu em Atenas, por volta de 507 a.C., em um contexto de guerra, que culminou com o fim do governo de tiranos (governo de um só) para o surgimento do governo do povo.⁷

Os ideais da democracia ateniense, como liberdade, isonomia, maioria na política e na justiça e o vínculo social fundado na razão, são institutos que permanecem na democracia moderna.

A liberdade, caro ao regime democrático e fator que o distingue em relação aos demais regimes, como o oligárquico e o tirânico, pode ser representada pela seguinte expressão: “Em Atenas se podia fazer o elogio da constituição espartana, enquanto em Esparta só a constituição espartana podia ser celebrada.”⁸

Tanto em Atenas, quanto em Esparta, os homens se dizem livres, porque obedecem ao *nómus* (lei e costumes), mas, enquanto na segunda essa obediência decorre do temor, da rígida disciplina e da educação guerreira, na primeira, ela é fruto do debate do contraditório⁹.

No contraditório, surge a igualdade de todos perante a lei, ou seja, a isonomia, que resulta da ação de todos e é a base da democracia:

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 17.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 119.

⁶ DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. Introdução. In: _____.; _____. (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 12.

⁷ HARTOG, François. Os antigos. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Coord.) **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 90.

⁸ *Ibid.*, p. 92.

⁹ BARROS, Gilda Naécia Maciel de. A liberdade democrática na Grécia clássica – Atenas. **International Studies on Law and Education**, São Paulo, n. 18, p. 57-68, set./dez. 2014 Disponível em: <<http://www.hottopos.com/isle18/57-68Gilda.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2016.

[...] através dela [isonomia] chegaríamos ao coração político da cidade grega, concebida como um espaço circular e centrado, organizado pelas noções de simetria, paridade, reversibilidade (o cidadão logo seria definido como aquele que alternadamente comanda e é comandado), publicidade (não há cidade sem espaço público onde não são resolvidas as “questões comuns”, que abarcam ao mesmo tempo as “questões dos deuses e as dos homens”).¹⁰

A isonomia se revela por meio da maioria, sempre manifestada em deliberações públicas, em que se pressupõe o direito de igual expressão a todos, que exercem a democracia diretamente.¹¹

Na democracia grega, a maioria relativa também aparece como inovação do Direito.

Em Oréstia de Ésquilo, representada em 458 a.C., para colocar fim à lei de Talião e romper a maldição de uma vingança interminável, Orestes, vingador de seu pai e assassino de sua mãe, foi julgado pelos melhores cidadãos. Ao fim do julgamento, Atena vota a favor de Orestes e estabelece, ineditamente, que o empate determinaria a sua absolvição, como ao fim ocorreu.¹²

Na democracia grega, as cidades não são fenômenos naturais, porque instituídas pelos homens para viver em comunidade, em que se partilham sentimentos de respeito e justiça. As relações não derivam da violência, mas, da mediação do discurso persuasivo por meio da técnica da política.¹³

Contudo, a democracia grega encontrou os seus limites na concepção de que as cidades em sua formação política não englobavam todas as pessoas, já que excluía as mulheres, os estrangeiros e os escravos.¹⁴

A democracia ateniense perdurou por cerca de duzentos anos, até a invasão dos macedônios, que implementaram a aristocracia, e, em definitivo, sucumbiu à dominação de Roma.

Após a Antiguidade e a Idade Média, marcada pelo regime absolutista, a democracia ressurgiu de forma particular com as revoluções burguesas da Inglaterra, no século XVII.

Em contraposição ao absolutismo, o regime inglês se caracterizou pela limitação do poder do Rei pelo Parlamento.

¹⁰ HARTOG, François. Os antigos. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 94.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Ibid., p. 95.

¹⁴ Ibid.

Na democracia inglesa, o sistema político se compôs de três instituições: a monarquia, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns, as quais corresponderiam às três formas ideais de governo, respectivamente, monarquia, aristocracia e democracia, que, isoladamente, seriam pervertidas em tirania, oligarquia e anarquia¹⁵.

Porém, juntas, “[...] as três forças se contrabalançavam, criando um perfeito equilíbrio no qual podia desabrochar a liberdade.”¹⁶

O regime político britânico, mesmo diante do isolamento insular da Grã-Bretanha, influenciou, notadamente pelo seu caráter libertário, em grande monta os pensadores do Iluminismo do século XVIII e os seus ideais democráticos.

O termo “luzes” passa a ser usado para designar ideias que exprimem novo sistema de valores, em contraposição às ortodoxias do Regime Absolutista. A partir de fundamentos, como “[...] razão, natureza, tolerância, liberdade e felicidade”, delimitam-se os ideais das Revoluções Francesa e Americana e dão sustentação a todos os regimes democráticos que lhes sucederam.¹⁷

No centro do pensamento iluminista, está a liberdade, que se define pelos direitos inalienáveis do homem e, em particular, pelo direito deste de buscar a felicidade¹⁸.

O Iluminismo é a fonte teórica da democracia moderna e dois de seus intelectuais têm especial relevância: Montesquieu e Rousseau, os quais dão base teórica às Revoluções burguesas.

O clássico de Montesquieu “O espírito das leis” é tido pela teoria política como o alicerce da ideia de separação das funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária), dispostas de tal forma que o “poder contenha o poder” e ninguém acumule os três poderes¹⁹.

Mas, foi com Rousseau, em “O contrato social”, que o princípio fundamental da democracia moderna se encontra: a soberania é do povo. Com ele,

[...] a lei passa a ser ao mesmo tempo humana e geral, e os homens, iguais entre eles, “só obedecem a eles mesmos”. Auto-referencial, a vontade geral toma o lugar de toda outra fonte de legitimidade, excluindo em especial o

¹⁵ WOOD, Gordon. O pensamento político na época da Revolução Americana. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 105-106.

¹⁶ Ibid., p. 108.

¹⁷ DARNTON, Robert. A eclosão das luzes. In: _____; DUHAMEL, Olivier (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 21.

¹⁸ BACZOKO, Bronislaw. Uma história. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 35.

¹⁹ PISIER, Évelyne. Montesquieu e Rosseau: dois batedores da democracia. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 112.

privilégio hereditário. Seja qual for o governo de que se dotar, o povo permanece definitivamente soberano.²⁰

O Iluminismo, por si só, não seria suficiente para assegurar o advento da democracia moderna, que, ademais, é processo complexo construído ao longo do tempo, em diversas condições políticas, sociais e culturais.

Entretanto, ele é condição necessária para sua implementação, pois, sem seus ideais, não seriam possíveis as Revoluções Americana e Francesa, bem como os documentos que expressavam os seus valores: a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²¹.

Estas Revoluções têm em comum o conceito de universalismo, marcado pelo fato da soberania estar no povo, da nação ser indivisível, dos homens, que são todos irmãos, terem direito à felicidade e da propriedade ser sacrossanta.²²

O sucesso das Revoluções burguesas na implementação dos ideais iluministas não foi completo.

Nos Estados Unidos da América, a escravidão sobreviveu à Revolução e perdurou até 1865. Outros problemas intoleráveis ao universalismo iluminista persistem ainda hoje, tais como “[...] a discriminação racial, a dominação masculina, as injustiças socioeconômicas que privam os homens de seus direitos, destruindo sua dignidade, sua esperança e ameaçando os fundamentos cívicos dos Estados livres.”²³

Na França, não foi diferente. A própria Revolução Francesa, para se consolidar, valeu-se do terror, com a suspensão do Estado de Direito, e serviu como primícias do Gulag e do bolchevismo stalinista, vale dizer, “da barbárie transformada em princípio de governo”²⁴.

Além das experiências inglesa, norte-americana e francesa, merece destaque o sistema democrático alemão no período pós-Segunda Guerra Mundial.

A unificação da Alemanha foi tardia, ocorrida apenas no século XIX, e se consolidou com a Constituição do Império de 1871, vigente até a promulgação da Constituição de Weimar, em 1919, um dos textos constitucionais mais importantes do século XX, tendo em

²⁰ PISIER, Évelyne. Montesquieu e Rosseau: dois batedores da democracia. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 113.

²¹ BACZOKO, Bronislaw. Uma história. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 35.

²² HIGONNET, Patrice. Uma história. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 47-48.

²³ BAILYN, Bernard. Duas revoluções. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 44.

²⁴ HIGONNET, op. cit., p. 44.

vista o seu carácter social. Este carácter, contudo, jamais foi implementado em razão da tensão Pós-Primeira Guerra Mundial e as condições impostas pelo Tratado de Versalhes²⁵.

Com a ascensão do nazismo, a Constituição de Weimar foi superada pela realidade política com a edição da “lei de autorização” que dava amplos poderes ao Chanceler Adolf Hitler a editar leis sem a intervenção do Parlamento, ainda que em desacordo com a Constituição²⁶.

Depois da derrota na Segunda Guerra Mundial, é promulgada a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha em 1949, com carácter fortemente democrático, em que a enunciação dos direitos fundamentais se dá logo no início de seu texto. No art. 1.º, a dignidade da pessoa humana é considerada inviolável²⁷.

A Lei Fundamental alemã serviu de modelo a outras constituições democráticas, como a do Brasil, promulgada em 1988.

A democracia, apesar de ter surgido na Grécia Antiga há cerca de dois mil e seiscentos anos e de ter sido remodelada pelo Iluminismo no século XVIII, está longe de se consolidar e se afirmar nos diversos Estados do globo.

O fim do socialismo real na década de 80 do século passado, com a queda do muro de Berlim e a aniquilação da União Soviética, ao contrário do que se imaginou como fim da história, não implicou em derrota da tirania, o que se reflete em ditaduras, notadamente na África e na Ásia, em guerras civis, em atentados terroristas em cidades como Nova Iorque, Madri e Paris, fatos que persistem desde então.

Mesmo em Estados em que a democracia parece consolidada, ela sofre reveses, como ocorre na persistente violação de direitos humanos dos refugiados na Europa. Há os casos de xenofobia contra imigrantes nos Estados Unidos da América, não só contra latino-americanos, como ainda contra mulçumanos.

Somam-se crimes contra a humanidade como os ocorridos nas guerras da Bósnia e de Ruanda, ambas na década de 90 do século XX, as persistentes condições de miséria na Ásia, América Latina e África.

Porém, esse cenário pessimista não era muito diferente à época da formulação dos ideais democráticos pelos filósofos iluministas e outros que se seguiram, de modo que “[...] parece viva a frase de Churchill: ‘A democracia é a pior forma de governo imaginável, à

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55-57.

²⁶ *Ibid.*, p. 57.

²⁷ *Ibid.*

exceção de todas as outras que foram experimentadas'. E poderíamos acrescentar: todas que foram até hoje imaginadas.”²⁸

A democracia há de ser repensada a fim de que satisfaça as necessidades de uma população que passa dos sete bilhões de pessoas. Seu alcance deve ir além da forma jurídico-política de governo direto do povo.

Ela também é uma experiência de liberdade compartilhada que se preserva conseguindo manter a dimensão de um projeto, a representação de possibilidades de aperfeiçoamento das condições de vida dos indivíduos, dos grupos ou ainda das gerações futuras.²⁹

Se o conceito de democracia há de ser repensado, o mesmo vale para o Estado que ela adjetiva.

O real alcance do Estado Democrático de Direito não se limita à elaboração de normas constitucionais que enunciem direitos e garantias fundamentais, a separação dos poderes, o respeito ao governo da maioria e demais normas constitucionais de natureza material.

As instituições desse Estado devem conferir efetividade às normas constitucionais, isto é, a Constituição há de ser cumprida com a realização prática dos comandos nela contidos³⁰.

O Estado Democrático de Direito, além de ser regido por normas formal e materialmente constitucionais, exige visão substantiva dessas normas por meio do que se alcançam sua legitimidade e sua justiça, em que o governo não é da maioria, mas para todos, incluídos as minorias, os grupos de menor expressão política e, em muitos países, os pobres³¹.

Cabe a esse Estado Democrático de Direito o respeito aos direitos individuais e a promoção dos direitos sociais para se estabelecer a igualdade material, sem o que não existe vida digna e o desfrute efetivo da liberdade.³²

1.2 Direitos fundamentais e princípios constitucionais

Devido processo legal, contraditório entre as partes, ampla defesa, inadmissibilidade de provas ilícitas, presunção de inocência e outras normas do direito processual penal

²⁸ RORTY, Richard. Repensar a democracia. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 136.

²⁹ BOURETZ, Pierri. Das idéias. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 144.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 247-248.

³¹ *Ibid.*, p. 63.

³² *Ibid.*, p. 64.

constitucional têm natureza de direitos e garantias fundamentais e, por isso, o estudo prévio destes institutos se torna imprescindível.

A Constituição Federal do Brasil, ao confirmar seu caráter democrático, estabeleceu logo no início de seu texto os princípios fundamentais da República – entre os quais estão a cidadania, a dignidade da pessoa, a consagração do princípio democrático (art. 1.º, incisos II e III, e parágrafo único)- e os direitos e garantias fundamentais, enumerados exemplificativamente em setenta e oito incisos do art. 5.º, sem prejuízo do reconhecimento de outros adotados pelo Estado brasileiro em convenções e tratados internacionais.

Foi, pela primeira vez na história brasileira – marcada pela sucessão de diversas Constituições com desapego à democracia e ao constitucionalismo-, que as normas de respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias fundamentais antecederam às de organização do Estado

Isso significa que a Constituição Federal “[...] estava mesmo disposta a acolher o adjetivo *cidadã*, que lhe fora predicado pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte [Deputado Ulysses Guimarães] no discurso da promulgação.”³³

José Afonso da Silva³⁴ afirma que o reconhecimento dos direitos fundamentais não é uma conquista, mas uma reconquista da humanidade, pois, com eles, se busca o interesse democrático existente nas sociedades primitivas, que se perdeu com a divisão social entre proprietários e não proprietários. Com o surgimento da propriedade, o titular passou a impor o seu domínio econômico, político e social, valendo-se do Estado para buscar legitimá-lo.

Em Roma, já aparecem antecedentes dos direitos e garantias fundamentais, como o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*, ação que, remotamente, se assemelha ao *habeas corpus*. Foi, no entanto, na Baixa Idade Média, com a teoria do direito natural e com os princípios do humanismo, que se iniciou a elaboração das chamadas cartas de direitos, que representavam limitação ao poder dos reis, cujo maior exemplo é a Magna Carta inglesa (1215-1225)³⁵.

Esta Carta tem importância histórica, porque representou limitação ao poder real ao garantir direitos aos homens livres, uma pequena elite feudal. Na Inglaterra, para a consolidação dos direitos fundamentais, se destacam a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688), o mais importante deles, já que, enfim, se

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 102.

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 149-150.

³⁵ *Ibid.*, p. 150-151.

implantou a monarquia constitucional naquele País, fundada na soberania popular, que inspirou os movimentos democráticos da Europa e da América³⁶.

Os documentos ingleses tinham, fundamentalmente, a preocupação de limitação de poder do rei, proteger o indivíduo contra arbitrariedades do rei e firmar a supremacia do Parlamento. As Declarações de Direitos da América e da França iam além, pois se preocupavam com a implantação de um sistema de governo democrático, com a limitação dos poderes do Estado, inspirada na crença de existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem³⁷.

A primeira dessas Declarações, datada de 12 de janeiro de 1776, é a Declaração do Bom Povo da Virgínia, uma das treze colônias inglesas na América do Norte. A ela, seguiu a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, elaborada por Thomas Jefferson e que reconheceu a igualdade dos homens, a existência de direitos alienáveis, como a vida, a liberdade e a busca da felicidade, que deveriam ser assegurados pelo governo, nascido este do consentimento dos governados que têm o direito de afastar qualquer governo que se aparte de tais fins³⁸.

A Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, aprovada na Filadélfia, em 17 de setembro de 1789, dependeu da anuência de nove dos treze novos Estados independentes, o que só se obteve com a promessa de emendas, cujo objeto seria o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem. Isto se deu com a incorporação das dez primeiras Emendas à Constituição, aprovadas em 1791, conhecidas como Carta de Direitos, às quais foram acrescentadas, até 1975, outras cinco, com o que se formou o *Bill of Rights* (Declaração de Direitos) do povo americano, que reconhece os direitos fundamentais do homem³⁹.

Também é relevante a Declaração de Direitos do Homem e dos Cidadãos, aprovada na França, em 27 de agosto de 1789. Nela, estão tratados como direitos fundamentais: a. os direitos dos homens de caráter pré-social, sendo eles: a liberdade, a propriedade e a segurança, denominados, atualmente, de liberdades públicas; b. os direitos dos cidadãos, cujos titulares são os indivíduos que participam da sociedade política, como o direito de concorrer à formação da vontade geral, diretamente ou por seus representantes e de ter acesso aos cargos

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 151-153.

³⁷ *Ibid.*, p. 153-154.

³⁸ *Ibid.*, p. 154-155.

³⁹ *Ibid.*, p. 155-156.

públicos. A Declaração possui dezessete artigos, base dos princípios da liberdade, igualdade, propriedade e legalidade⁴⁰.

Essas Declarações tinham como fundamento ideológico os princípios da burguesia, classe dominante economicamente e que passou a controlar, também, a política, a partir das Revoluções Americana e Francesa. São declarações notadamente individualistas, sem preocupação com os direitos sociais.

A publicação do “Manifesto Comunista” de Karl Marx representou o surgimento de um ideal que fazia contraponto ao individualismo capitalista e que influenciou o surgimento de declaração de direitos sociais, tidos igualmente como fundamentais, mesmo no capitalismo, tal como ocorreu na Constituição do México de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919⁴¹.

Mas, foi na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de janeiro de 1918, consequência da Revolução Soviética de 1917, que o reconhecimento de direitos sociais atingiu o ápice com a propositura da eliminação de qualquer estrutura opressora decorrente do sistema capitalista, não se estabelecendo direitos individuais, o que, paradoxalmente, veio a ser fundamental para a implantação do governo tirânico de Stálin na União Soviética. Essa Declaração inspirou a Constituição soviética de 1918, mas não resistiu à de 1938, que traz enunciados sobre direitos individuais dentro das perspectivas do regime comunista⁴².

A partir do século XX, houve a preocupação em se dar vinculação universal aos direitos fundamentais enunciados nas cartas de direitos, já que estas eram proposições de direito interno.

Foi essa busca de universalização dos direitos fundamentais que inspirou a edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Organização das Nações Unidas, em resposta aos horrores da Segunda Guerra Mundial, prevendo direitos e garantias individuais, direitos sociais e deveres da pessoa com a comunidade⁴³. Embora não tenha a força vinculante das convenções internacionais no aspecto formal, tem sua autoridade na própria dimensão política da declaração.⁴⁴

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 157-158.

⁴¹ *Ibid.*, p. 160.

⁴² *Ibid.*, p. 161.

⁴³ *Ibid.*, p. 165.

⁴⁴ ARAGÃO, Eugênio José Guilherme. A Declaração Universal dos Direitos Humanos: mera declaração de propósitos ou norma vinculante de direito internacional? **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Pub_Arag_ao%2001.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

Seguiu-se, na segunda metade do século passado, a formação de sistemas global e regionais de proteção de direitos humanos com a formulação de vários pactos de direitos humanos, esses sim com a força de convenção internacional.

A evolução histórica dos direitos humanos demonstra que o seu conteúdo é estabelecido de acordo com as perspectivas de valor que se tem em determinadas época e sociedade, o que é prenúncio da dificuldade de se conceituar direitos e garantias fundamentais.

São muitos os conceitos de direitos fundamentais encontrados na doutrina. Ao fato de que a expressão “direitos do homem” é muito vaga, somam-se questões ideológicas, o que confere sentido extremamente polêmico à problemática.

É preciso, então, identificar uma característica essencial para se definir o significado de direitos fundamentais.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁴⁵ apontam que é o “[...] princípio da dignidade da pessoa humana que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência de respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança.”

A partir dessa perspectiva, os autores conceituam que “[...] direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade humana.”⁴⁶

Não é diferente a perspectiva positivista de direitos fundamentais, conforme destaca José Afonso da Silva⁴⁷: “[...] a expressão *direitos fundamentais do homem* são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, da igualdade e liberdade da pessoa humana.”

Direitos e garantias fundamentais podem ser conceituados como os valores normativos de tutela da dignidade da pessoa humana, que impõem ao Estado obrigações positivas e negativas de modo a proporcionar a sua efetivação, com o que se possibilita o pleno desenvolvimento da personalidade.

A dignidade da pessoa humana constitui o ponto convergente da conceituação de direitos fundamentais, valor central da humanidade após as barbáries da Segunda Guerra Mundial.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 139.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 43.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 179.

Luís Roberto Barroso⁴⁸ sustenta que o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa tem como elementos: o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia individual e o valor comunitário.

O valor intrínseco se refere ao caráter ontológico da dignidade, associado à especial condição do ser-humano na Terra, distinta das dos demais seres e dos objetos. As coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade, que é valor que não tem preço⁴⁹.

Do valor intrínseco da dignidade da pessoa humana decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano de homem como um fim em si mesmo, e não como um meio de realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário.⁵⁰

Do valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, decorrem vários direitos fundamentais, como o direito à vida, à igualdade, à integridade física e à integridade moral e psíquica⁵¹.

A autonomia é o elemento ético da dignidade da pessoa humana. É a possibilidade do indivíduo decidir os rumos da sua vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. “Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar a sua dignidade.”⁵²

A autonomia tem três dimensões: a autonomia privada, que está na origem dos direitos individuais, relaciona-se com a possibilidade de escolhas existenciais; a autonomia pública, a qual está na origem dos direitos políticos, na soberania popular, na possibilidade e dever das pessoas participar das decisões políticas; autonomia do mínimo existencial que é o núcleo essencial dos direitos sociais, refere-se às necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica⁵³.

Por fim, o valor comunitário é o elemento social da dignidade humana e visa a proteção dos direitos de terceiros, a proteção do indivíduo contra si próprio e a proteção dos valores sociais

A autonomia individual deve ser exercida com o respeito à autonomia das demais pessoas, de seus iguais direitos e liberdades. Da proteção do indivíduo contra si próprio,

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 274.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid., p. 274-275.

⁵¹ Ibid., p. 275.

⁵² Ibid., p. 275-276.

⁵³ Ibid.

decorre a possibilidade de o Estado obrigar a pessoa a usar cinto de segurança, a se vacinar, enfim, a adotar condutas que, a princípio, se inserem na esfera de sua intimidade. Nesse ponto, tem-se a proteção dos valores sociais. Toda sociedade tem seus valores morais compartilhados, os quais podem ser impostos pelos Estados, levando-se em conta a existência ou não de um direito fundamental em questão, a existência de conceito social forte em relação ao tema e a existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas⁵⁴.

A evolução histórica e o conceito de direitos fundamentais centrado na dignidade da pessoa revelam que sua finalidade é colocar o ser-humano no centro do ordenamento jurídico, não o Estado, cujos poderes são limitados e têm como objetivo a efetivação da própria dignidade humana ao possibilitar ao cidadão o desenvolvimento integral de sua personalidade.

Os direitos e garantias fundamentais são direitos de defesa do cidadão perante o Estado, porque, conforme Canotilho⁵⁵, do ponto de vista objetivo, estabelecem normas de competência negativa aos poderes públicos, com a proibição de ingerência destes na esfera jurídica individual, enquanto que, do ponto de vista subjetivo, implica poder de exercer direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Os direitos fundamentais são vistos, assim, sob a perspectiva de duas dimensões: subjetiva e objetiva.

Sob o ponto de vista objetivo, os direitos fundamentais significam princípios básicos da ordem constitucional, são da essência do Estado Democrático de Direito e “[...] transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estrutura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-o para todo o direito positivo.”⁵⁶

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais produz importantes consequências.

Em primeiro lugar, os bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais possuem um valor em si mesmo a ser preservado e fomentado e que vai além dos interesses individuais.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 276-277.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 167.

Com isso, legitima-se a “[...]restrição aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor de seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos.”⁵⁷

Outra consequência da dimensão objetiva é que enseja o dever de o Estado proteger os direitos fundamentais contra atos do próprio Poder Público, provindos de particulares ou de outros Estados. Impõem-se prestações positivas por parte do Estado, seja no plano material, seja no plano jurídico, com o fim de se conferir efetividade aos direitos fundamentais⁵⁸.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais implica sua eficácia irradiante, como diretriz para interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do Direito, inclusive, no âmbito das relações jurídicas privadas (eficácia horizontal)⁵⁹.

Já a dimensão subjetiva está relacionada às suas origens históricas e finalidades mais elementares. Corresponde à possibilidade de exigência de comportamentos positivos ou negativos de outrem, bem como o estabelecimento de competências com o poder de modificação de posições jurídicas.

A Constituição Federal adotou modelo em que há expansão de proteção dos direitos fundamentais, o que gera o problema de haver conflito entre esses direitos e, em consequência, a restrição deles em algumas situações fáticas concretas.

Surge a necessidade de se criar fórmulas de resolução do conflito e de controle das restrições aos direitos fundamentais.

Virgílio Afonso da Silva⁶⁰ traz da dogmática do Direito Privado as teorias internas e externas de resolução de conflitos entre direitos.

Pela teoria interna, “[...] a definição do conteúdo e da existência de cada direito não depende de fatores externos e, sobretudo, de possíveis colisões futuras.”⁶¹ Os direitos possuem limites internos e são determinados por regras. “Ou há o direito subjetivo, ou não há. Se o direito subjetivo existe, então, pode ele ser naturalmente exercido no âmbito dos seus limites.”⁶²

A teoria interna se estrutura, essencialmente, em duas premissas: os direitos possuem limites imanentes e teoria institucional dos direitos fundamentais.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 167.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 168.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 168-169.

⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 127.

⁶¹ *Ibid.*, p. 129.

⁶² *Ibid.*, p. 130.

Pela teoria dos limites imanentes, não há que se falar em restrição de direitos fundamentais, os quais, contudo, não são absolutos, porque possuem limites internos, que se encontram, implícita ou explicitamente, na própria Constituição. A liberdade de expressão não engloba o direito de caluniar por conta de seus limites imanentes, que fazem parte da própria essência dos direitos fundamentais. O alcance desses limites é tarefa da interpretação constitucional.⁶³

Já a teoria institucional compreende que os direitos fundamentais “[...] ganham vida na medida em que façam parte da consciência de um número indeterminado de indivíduos.”⁶⁴ O alcance dos direitos fundamentais é delimitado e regulado pelo direito. A visão institucionalista se enquadra na teoria interna, porque não admite a colisão entre liberdade e direito. A atividade legislativa não restringe direitos, mas delimita seus contornos, o que implica, também, na ampliação das garantias⁶⁵.

De outro lado, a teoria externa parte do pressuposto de que há dois objetos distintos: o direito com seu conteúdo e as restrições a esse direito. Distinção que faz permitir a resolução do conflito de direitos fundamentais pelo sopesamento e pela regra da proporcionalidade.⁶⁶

A teoria externa está intimamente relacionada com a teoria dos princípios. Segundo esta, os direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie*. O “[...] suporte fático dessa norma – que tem estrutura de princípio- é o mais amplo possível. Isso implica, entre outras coisas, que a colisão com outras normas pode exigir uma restrição à realização desse princípio.”⁶⁷

Os direitos fundamentais como princípios, a *prima facie*, seriam ilimitados. Contudo, estariam sujeitos à restrição quando colidentes com outros princípios diante do caso concreto, em que se busca a resolução desse conflito por meio do sopesamento e da aplicação da proporcionalidade, que não se confundem⁶⁸.

O sopesamento, em regra, é tarefa do legislador ordinário, o qual restringe o direito fundamental por meio de regra infraconstitucional. “Esse tipo de restrição [...] ocorre sempre que o legislador, em determinada situação, se vê obrigado a fazer um sopesamento entre dois ou mais princípios, cujo resultado, então, é expresso pela regra infraconstitucional.”⁶⁹

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 131-132.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 136.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*, p. 138.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*, p. 140.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 179.

A proporcionalidade é tarefa do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade da regra infraconstitucional restritiva de direitos fundamentais. Nesse tipo de processo, indaga-se se essa regra é adequada para fomentar seus objetivos (adequação), se não há medida alternativa tão eficiente quanto, mas menos restritiva (necessidade) e, por fim, se há um equilíbrio entre a restrição de um direito e a realização do outro (proporcionalidade em sentido estrito)⁷⁰.

No caso em que não há regra infraconstitucional a resolver o conflito entre princípios constitucionais, o Judiciário se valerá do sopesamento para a sua resolução. Não há que se aplicar a proporcionalidade, porque falta a medida legal a ser testada no caso concreto⁷¹.

As regras para resolução de conflito de princípios constitucionais representam proteção contra limitações arbitrárias ou desarrazoadas e, ao mesmo tempo, contra lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais⁷².

O conteúdo do princípio afastado no caso concreto não é excluído do ordenamento jurídico, mas tem a sua aplicação restringida naquele caso específico.

1.3 O caráter normativo dos princípios constitucionais

Dada a natureza de princípios constitucionais dos direitos e garantias fundamentais, passa-se à análise de sua força normativa sob o enfoque dos métodos de interpretação constitucional.

De acordo com o sistema jurídico de cunho liberal-positivista, a interpretação tem como ênfase a norma geral e abstrata. Cabe ao intérprete, de forma técnica, objetiva e neutra, identificar qual norma aplicável ao problema fático concreto.

Na nova interpretação constitucional, a norma não se encontra na posição de elemento central, pois o seu conteúdo, que não é unívoco, será revelado na resolução do problema fático. O intérprete não se reduz a função meramente técnica, tornando-se “[...] coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valoração de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.”⁷³

⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 179.

⁷¹ Ibid.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 168-169.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 333.

A superação da tradicional interpretação constitucional decorre de três fatores principais, segundo Luís Roberto Barroso⁷⁴.

Em primeiro lugar, tem-se a superação do formalismo jurídico. A solução dos problemas jurídicos não se encontrará pré-pronto no ordenamento normativo. Deve o intérprete buscar elementos externos ao sistema normativo para se encontrar legitimidade moral e política no resultado encontrado.

Outro fator de mudança de paradigma para a interpretação constitucional é o advento de uma cultura jurídica pós-positivista, em que se supera a ideia de que o enunciado normativo é suficiente para a resolução do problema. Para achar a resposta, o intérprete deve-se valer da filosofia moral, da filosofia política, da psicologia, da economia e de outras áreas das ciências sociais aplicadas.

Por fim, os métodos de interpretação tradicionais têm origem no direito privado, predominante no século XIX. No século XX, há ascensão do direito público com a proliferação de normas de ordem pública. E, no final deste século, ocorre a centralização do ordenamento jurídico na Constituição. Toda interpretação jurídica, direta ou indiretamente, é uma interpretação constitucional.

Uma das categorias jurídicas que sustentam a nova interpretação constitucional pós-positivista é o reconhecimento de normatividade dos princípios, que se distinguem das regras.

Ronald Dworkin reconhece que há semelhanças entre princípios e regras, sendo a distinção determinada pelo tipo de diretiva que apresentam⁷⁵.

Assim, as regras se aplicariam de forma disjuntiva. O conflito entre elas será resolvido pelos critérios clássicos de solução de antinomias (hierárquico, especialidade e cronológico).

Por outro lado, os princípios captam os valores morais da comunidade e os tornam elementos próprios do discurso jurídico. O conflito entre eles permite que uns interfiram em outros e a resolução se dá pelo critério do peso de cada um, em que não há critérios de mensuração exatos, mas indaga-se quão importante é um princípio, ou qual o seu peso numa dada situação.

Por sua vez, Robert Alexy, a princípio, considera que tanto “[...] *las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados*

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 333-334.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73-74.

*con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, son la permisión e la prohibición.”*⁷⁶

Há vários critérios para a distinção entre regras e princípios. O mais comum é o que leva em consideração o grau de generalidade da norma. Enquanto, nos princípios, há um nível relativamente alto de generalidade, nas regras, esse nível é baixo⁷⁷.

Nesse ponto, a previsão do devido processo legal (art. 5º, LIV, Constituição Federal) seria considerada princípio em razão do seu alto grau de generalidade. Por outro lado, a norma que estabelece que, na ação controlada, o retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente (art. 8º, § 1º, Lei n. 12.850/2013), face a sua reduzida generalidade, há de ser considerada regra.

Outros tantos critérios existem para a distinção entre regras e princípios, como, por exemplo, a determinação dos casos de aplicação, a gênese normativa, o caráter explícito do conteúdo valorativo, a importância para o ordenamento jurídico, entre outros⁷⁸.

No entanto, para Alexy, o critério fundamental para a distinção entre princípio e regra não é gradual, mas sim qualitativo, que se expressa pelo mandato de otimização, contido nos primeiros e ausente na segunda. Diz o autor que:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandados de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado pelos los principios y reglas opuestos.

*En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.*⁷⁹

Princípios são, nos termos da teoria de Alexy, “[...] normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.”⁸⁰

⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 81.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 83.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*, p. 83-84.

⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46.

O conteúdo do mandado de otimização impõe, a priori, que o princípio seja realizado em seu grau máximo. No entanto, isso dificilmente vai acontecer em decorrência da colisão com outros princípios. A condição jurídica aludida por Alexy é a colisão com outra ou outras normas de igual natureza, o que restringe a realização plena de um princípio⁸¹.

O reconhecimento dos princípios como norma, cujo conteúdo não é predeterminado, é marca importante do pós-positivismo, porque transfere ao intérprete a discricionariedade de determinar o conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, solidariedade e eficiência⁸², bem como devido processo legal, razoável duração do processo, inadmissibilidade de provas ilícitas, contraditório e ampla defesa e outros princípios processuais constitucionais.

No direito constitucional contemporâneo, os princípios deixam de ser meros mecanismos de composição das lacunas jurídicas e passam a ocupar um lugar central na ordem jurídica, dando margem à realização da justiça no caso concreto em face da flexibilidade de seu conteúdo.

Mais do que isso, o pós-positivismo representou a reaproximação entre Direito e Ética e “[...] os princípios constitucionais se transformaram na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico.”⁸³

Os princípios, enquanto normas, se destinam à produção de efeito jurídico, à atuação na realidade jurídica e o seu descumprimento é passível de sanção judicial. Por esse motivo, os princípios são dotados de eficácia, isto é, “capacidade de produzir efeitos”⁸⁴.

No que se refere à eficácia das normas constitucionais, não se pode deixar de mencionar a tradicional classificação adotada por José Afonso da Silva, pela qual as normas seriam de eficácia plena, contida e limitada, deixando claro o doutrinador que qualquer uma delas possui um mínimo de eficácia.

Segundo o autor, as normas de eficácia plena são:

[...] aquelas que, desde a entrada em vigência da Constituição Federal, produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais,

⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 337.

⁸³ *Ibid.*, p. 344.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46.

relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.⁸⁵

Já as normas de eficácia contida são suficientemente regulamentadas pelo legislador constituinte, mas a possibilidade de restrição por parte da atuação discricionária do poder público, “[...] nos termos do que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados.”⁸⁶

Por fim, as normas de eficácia limitada são aquelas cuja produção plena de efeitos depende de ação do legislador ou de outros órgãos estatais⁸⁷.

O sentido, a priori, que se extrai do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, é de que princípios com conteúdo desta natureza seriam normas de eficácia plena.

Porém, há de se fazer distinção entre eficácia e aplicabilidade. Esta se refere à possibilidade de subsunção da norma ao caso concreto, enquanto aquela à possibilidade de produção de efeito jurídico.

Ademais, alguns dos incisos do próprio art. 5º da Constituição Federal admitem a atuação restritiva do legislador e, portanto, têm natureza de norma de eficácia contida, como o postulado da liberdade de profissão, bem como outros, dentre eles as normas programáticas, têm eficácia limitada⁸⁸.

Maria Helena Diniz acrescenta uma quarta modalidade à classificação de José Afonso da Silva, chamada de norma constitucional de eficácia absoluta que estaria em um patamar superior às de eficácia plena, pois aquelas, ao contrário destas, seriam intangíveis, porquanto não poderiam ser sequer objeto de atuação do poder constituinte reformador. Estariam nessa classe as cláusulas pétreas, entre as quais se colocam os direitos e garantias fundamentais⁸⁹.

Há também a classificação estruturada por Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, os quais partem do pressuposto de que todas as normas constitucionais têm eficácia própria em menor ou maior escala. A diferença é que algumas delas (norma de eficácia plena) são idôneas a produzir, por si só, os resultados que lhes são preordenados, enquanto outras não estão aptas a produzir os resultados desejados (norma de eficácia parcial)⁹⁰.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 101.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 103.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 214.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 213.

⁸⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 8.

⁹⁰ SILVA, op. cit., p. 218.

A classificação de Maria Helena Diniz e a de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em que pese importantes, não fogem do parâmetro estabelecido por José Afonso da Silva.

A primeira, porque cria a quarta figura de norma constitucional, não a partir da eficácia, mas usando como critério a imutabilidade formal da norma, enquanto a segunda, parte do princípio de que todas as normas têm eficácia, ainda que mínima, tal como o faz José Afonso da Silva⁹¹.

Virgílio Afonso da Silva⁹², com base nos estudos que fez à luz da teoria dos princípios de Alexy, ao apontar problemas na classificação elaborada por José Afonso da Silva, afirma que não é possível falar-se em eficácia plena de qualquer norma constitucional, ainda que se trate de princípio fundamental, pela simples existência de direitos conflitantes.

Ressalta, porém, que a restrição e a regulamentação de direitos fundamentais só são possíveis em face das condições de cada situação concreta e dependem de uma justificativa constitucional.

E conclui:

Por fim, ao restringir [...] condutas e posições jurídicas, esses direitos fundamentais, se são suscetíveis, de um lado, a restrições e regulamentações, impõem ao legislador ordinário, por outro lado, um ônus argumentativo que está ausente nos modelos que sustentam a plenitude e o “bastar em si” de certas normas constitucionais.⁹³

Em um primeiro momento, o entendimento de que seriam possíveis restrição e regulamentação de norma de eficácia plena representaria diminuição da proteção de direitos fundamentais que teriam tal natureza.

Entretanto, ao contrário, confere-se maior tutela a direitos fundamentais, porque as restrições e regulamentações só seriam compatíveis com o ordenamento jurídico se apresentarem argumentação com fundamento constitucional.

As críticas de Virgílio Afonso da Silva se estendem às normas de eficácia contida. Inicialmente, ele admite que essa espécie normativa tem em comum com sua tese a possibilidade de restrição de direito fundamental.

No entanto, estabelece que a classificação tradicional, ao se contentar com o critério meramente textual “na forma da lei”, confere ampla margem de discricionariedade ao

⁹¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 217-218.

⁹² *Ibid.*, p. 248.

⁹³ *Ibid.*

legislador ordinário, enquanto ele sustenta que “[...] qualquer possibilidade de restrição a direitos fundamentais, autorizada ou não textualmente pela constituição, impõe sérios ônus de fundamentação ao legislador e está sempre submetida ao controle de proporcionalidade.”⁹⁴

No que se refere às normas de eficácia limitada, Virgílio Afonso da Silva defende que a omissão do Poder Legislativo ou do Executivo na concretização de direito social só é possível em caso de fundamentação jurídico-constitucional. Presente esta, no exercício do controle de constitucionalidade por omissão, fica impedida a ingerência do Judiciário em atribuições constitucionais do Executivo e do Legislativo. Por outro lado, inexistente tal fundamentação, o Judiciário fica autorizado a determinar que os outros dois Poderes supram a omissão⁹⁵.

Luís Roberto Barroso⁹⁶ enumera três modalidades de eficácia: direta, interpretativa e negativa.

A eficácia direta implica que o princípio atue como se regra fosse ao operar “[...] no sentido de reger a situação da vida sobre a qual incide, servindo como fundamento para a tutela do bem jurídico abrigado em seu relato.”⁹⁷

Pela eficácia interpretativa, “[...] o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e os fins abrigados nos fins constitucionais.”⁹⁸

E a eficácia negativa implica declaração de inconstitucionalidade de norma ou ato jurídico que contrarie princípio constitucional⁹⁹.

Note-se que, desde a classificação de José Afonso da Silva, o que se tem a observar é que os princípios que enunciam direitos e garantias fundamentais têm força de norma constitucional e, por isso, se não têm eficácia plena, o seu conteúdo deve ser respeitado e efetivado o máximo possível.

Qualquer restrição em matéria de direitos e garantias constitucionais só é admissível com o uso de fundamentação constitucional, vedando-se restrições e regulamentação derivadas de mero juízo de conveniência do legislador ordinário.

⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 249.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 251.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 345.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 346.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

1.4 A Constituição Federal como fonte do processo penal

A Constituição Federal é fonte formal e imediata de processo penal, porque contém vários preceitos alusivos a este ramo do Direito. São normas que constituem os regramentos constitucionais do processo penal, com natureza de direitos individuais e suas correspondentes garantias¹⁰⁰.

Os princípios processuais penais de uma nação são segmentos de sua política estatal em geral. “*Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación nos es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución.*”¹⁰¹

Há dois modelos de processo penal a serem seguidos pelo Estado: o utilitarista e o garantista.

Pelo modelo utilitarista, o processo penal é mero mecanismo útil para que o Estado exerça o *jus puniendi* em face daquele que supostamente cometera um crime. As regras processuais são voltadas para que se chegue a uma pretensa verdade real e, assim, se aplique a pena. O processo é tido como um mecanismo pelo qual o Estado satisfaça a pretensão punitiva. Os interesses do acusado são relegados a um segundo plano.

De outro lado, o modelo garantista parte do pressuposto de que o acusado é sujeito de direitos da relação jurídica processual. Mais do que isso: sujeito hipossuficiente da relação jurídica processual. As regras processuais devem ter como objetivo a efetividade dos direitos e garantias fundamentais do acusado com conseqüente restrição das ingerências estatais sobre o *status libertatis* do cidadão.

O Código de Processo Penal, Decreto-Lei n. 3.689/1941¹⁰², editado durante a vigência da Constituição Federal de 1937, arcabouço jurídico da Ditadura de Vargas, adota o sistema utilitarista.

Essa característica do Código de Processo Penal pode ser encontrada em vários de seus dispositivos ainda em vigor, como, por exemplo, a possibilidade de condução coercitiva do acusado à presença da autoridade, se não atender à intimação (art. 260).

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 acolhe o modelo garantista de processo penal, ao adotar Estado Democrático de Direito, que ressalta valores da cidadania,

¹⁰⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 53

¹⁰¹ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosch: Casa Editorial, 1935. p. 67.

¹⁰² BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais, enumerados em seu art. 5.º, sem prejuízo de outros previstos, explícita ou implicitamente, no texto constitucional e reconhecidos pela República em tratados e convenções internacionais.

Enquanto a Constituição Federal adota sistema amplo de garantias individuais, a começar pela presunção de inocência, o Código de Processo Penal parte do princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente.¹⁰³

A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantias do indivíduo em face do Estado.¹⁰⁴

O processo penal só ganha legitimidade democrática se observados preceitos constitucionais, não só no que tange aos ditames processuais penais especificamente, como também em relação aos objetivos e fundamentos gerais do Estado Democrático fundado em 1988.

A legitimidade do processo penal só será alcançada pela sua instrumentalidade constitucional. “Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente *constituído* a partir da Constituição.”¹⁰⁵

Partindo desse prisma, a liberdade individual do acusado é a regra, decorre do próprio direito à vida e da dignidade da pessoa humana, amplamente assegurados pela Constituição Federal por serem pressupostos do Estado Democrático de Direito. É o direito de punir com a conseqüente limitação da liberdade do acusado que deve buscar legitimidade e justificativa democráticas¹⁰⁶, o que só se obtém através do processo penal justo.

Processo penal justo é o que respeita o contraditório, o juiz natural da causa, a efetiva defesa técnica, capaz de influenciar decisivamente na formação da convicção pelo juízo, que deve ser motivado. Deve-se observar a lei, dever imposto a todos os agentes do Estado, como Autoridades Policial e Judiciária e membros do Ministério Público¹⁰⁷.

A partir do momento em que o Estado monopolizou a prestação jurisdicional ao vetar a vingança pessoal, o processo penal passou a ser indispensável para a aplicação da pena.

¹⁰³ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 8.

¹⁰⁴ Ibid., p. 9.

¹⁰⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70.

¹⁰⁶ Ibid., p. 71.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, op.cit., p. 9.

Ao contrário do Direito Privado, em que a manifestação da vontade gera efeitos jurídicos diretos sem necessidade de intervenção do Estado, a pena, preceito secundário da norma penal incriminadora, só pode ser aplicada e executada depois do devido processo legal. Ocorrido o delito, surge a pretensão punitiva, a qual só se concretiza depois do processo¹⁰⁸.

A instrumentalidade do processo penal surge exatamente por ser imprescindível à aplicação da sanção penal. Nem mesmo se o acusado consentir com a aplicação da pena, pode-se abrir mão do processo.

Isso não significa que o processo penal tem como finalidade única a satisfação da pretensão acusatória.

O objetivo do processo penal vai além, porque ele tem a função de dar máxima efetividade aos direitos e garantias fundamentais do acusado, elementos essenciais do Estado Democrático de Direito.

A instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação de caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao direito penal e à pena, mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias fundamentais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional.¹⁰⁹

O objeto do processo penal constitucional, ao contrário do processo civil, não é o pedido, não é o “bem da vida”, mas a busca de um processo justo, em que os direitos e garantias individuais do acusado sejam respeitados. No processo penal, não se está em jogo ter aquele ou outro bem, mas direitos fundamentais, como a liberdade de locomoção, o devido processo legal, a inadmissibilidade de provas ilícitas, a presunção de inocência, etc.

A estrutura do processo constitucional brasileiro é garantista, marcada pelo estabelecimento de direitos e garantias fundamentais do acusado em detrimento do interesse punitivo estatal.

Como têm natureza de princípios, essas normas constitucionais de processo penal não podem se resumir a mero formalismo a enunciar direitos. O constitucionalismo moderno não se contenta com a simples formulação de princípios, mas com a efetivação do mandado de otimização que lhes é intrínseco.

¹⁰⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 86.

¹⁰⁹ Id. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 67.

A efetivação desses direitos e garantias processuais penais encontra barreiras sólidas no ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional, mesmo em leis ordinárias promulgadas já sob a égide do modelo garantista da Constituição Federal, e na aplicação desse ordenamento pelos operadores do direito.

Essa barreira se inicia pelo discurso de que, em matéria penal, o interesse privado do acusado deve ceder espaço ao interesse público, que seria a imperatividade de aplicação da pena àquele que cometera crime.

Não se sustenta essa visão reducionista acerca de eventual incompatibilidade entre interesse público e privado em matéria processual penal

Isso porque os direitos do acusado têm natureza de direitos e garantias fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal. Werner Goldschmidt¹¹⁰, citado por Aury Lopes Júnior, sustenta que os direitos fundamentais pertencem ao aparato do indivíduo contra o Estado.

A proteção ao indivíduo perante o Estado é característica fundamental da democracia contemporânea, que trouxe “[...] a exigência de que o homem tenha uma dimensão jurídica que o Estado e a coletividade não podem sacrificar *ad nutum*.”¹¹¹

Portanto, se as normas processuais penais têm natureza de direitos e garantias fundamentais, que mitigam a soberania do Estado, a tutela da liberdade individual do acusado é de interesse público, não meramente privado.

Outro aspecto que se coloca é que o sistema penal e processual penal não se encontra apartado da realidade política e social. A violência é um fenômeno complexo para o qual o Estado, invariavelmente, oferece o remédio simplista e amargo de endurecimento da repressão penal. É “a lei e a ordem” a restringir os direitos do acusado em nome do suposto restabelecimento da ordem¹¹².

O processo penal é usado como instrumento de segurança pública, desviando-se da sua função constitucional-garantidora, qual seja sua instrumentalidade que tem “[...] por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual do judiciário.”¹¹³

Os paradigmas do processo penal constitucional são os princípios, fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito, “[...] cujos valores não se compatibilizam nem

¹¹⁰ GOLDSCHIMIDT, Willian apud. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 74.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² LOPES JÚNIOR, op.cit., p. 78.

¹¹³ Ibid., p. 90.

com o emprego discriminado dos procedimentos repressivos, nem com a sua utilização como principal instrumento de segurança pública.”¹¹⁴

A prioridade dos Estados Democráticos é mesmo diminuir o nível de violência do seu próprio aparelho, sobretudo do aparelho repressivo penal, incorporando práticas que efetivamente estejam de acordo com os valores e princípios da democracia, utilizando o processo como verdadeiro instrumento de afirmação das garantias constitucionais e de realização de um mínimo ético no âmbito de sistema de distribuição de justiça.¹¹⁵

Além da classificação em sistema acusatório e utilitarista, historicamente, o processo penal é estruturado em sistema inquisitivo ou acusatório. Mais contemporaneamente, surgiu o sistema misto, que teria características comuns àqueles dois primeiros¹¹⁶.

O critério identificador do sistema seguido pelo ordenamento jurídico é o órgão que tem a gestão da prova e quais são os poderes conferidos a esse órgão¹¹⁷.

No sistema inquisitório, as funções de acusação e julgamento estariam reunidas em um único órgão. Nele, o procedimento se iniciava com o juiz ao receber a *notitia criminis* e seguia de forma verbal e em segredo, sem contraditório e ampla defesa¹¹⁸.

O sistema inquisitório se desenvolveu com o apoio da Igreja e de quem comandava a sociedade economicamente, que exigiam que o poder repressivo fosse centralizado e se manifestasse *ex officio*. O juiz exerce papel protagonista da atividade probatória para se descobrir a verdade do investigado, objeto da relação processual¹¹⁹.

O sistema acusatório se caracteriza pela atribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos. O juiz não dá início ao processo de ofício e depende de provocação pelo órgão de acusação¹²⁰.

Este sistema surgiu “[...] de uma *auténtica motivación* e um *compromiso interno y personal* em (re)construir a estrutura processual sobre alicerces democráticos, nas quais o juiz rejeita a iniciativa probatória e promove o processo entre jogadores (acusação e defesa).”¹²¹

¹¹⁴ MACHADO, Antônio Alberto. **Bases do direito processual penal**: uma sistematização crítica. 2006. 1013f. Tese (Livre – Docência) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2006. p. 885.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 885-886.

¹¹⁶ ROSA, Alexandre Morais da. A superação dos sistemas inquisitório e acusatório como exigência do devido processo legal substancial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (Coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Record, 2014. p. 7.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 8.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

¹¹⁹ ROSA, loc. cit.

¹²⁰ OLIVEIRA, loc. cit.

¹²¹ ROSA, op. cit., p. 10.

No século XIX, pelo *Code d'instruction criminelle* da França, cria-se o que se convencionou classificar de sistema misto, porque o processo se inicia na fase de investigação, presidida por um magistrado – Juiz de Instrução-, como no sistema inquisitivo. A acusação criminal é de incumbência de outro órgão, o Ministério Público, como é típico do sistema acusatório¹²².

Quanto ao modelo brasileiro, há doutrinadores que defendem que o sistema é misto, porque a fase pré-processual seria inquisitiva (inquérito policial) e a fase processual, em que há o contraditório, seria acusatória. Outros defendem que o caráter misto do sistema brasileiro decorre de certos poderes conferidos ao juiz na instrução processual¹²³.

Outra corrente doutrinária sustenta que o sistema brasileiro seria acusatório, porque esse seria o modelo adotado na Constituição Federal, em que as funções de investigar, acusar, defender e julgar estão atribuídos a instituições distintas¹²⁴.

Porém, os próprios defensores dessa corrente encontram dificuldades em sustentar que o sistema processual penal brasileiro seja acusatório, pois reconhecem o caráter evidentemente inquisitivo do Código de Processo Penal em sua redação originária, mas que tem sido alterado ao logo do seu tempo de vigência¹²⁵.

O caráter inquisitivo do Código de Processo Penal não se limita ao seu texto original. Reformas processuais não deixam de lado esse sistema, como a levada a cabo pela Lei n. 11.690/2008, a partir da qual o juiz pode decretar de ofício a produção de provas consideradas urgentes, mesmo antes de iniciada a ação penal (art. 156, I, do Código de Processo Penal).

Esse poder de iniciativa probatória do juiz é completamente incompatível com o sistema acusatório, em que a atividade jurisdicional não deve se preocupar com o conteúdo das provas colhidas, senão apenas com sua licitude. O contato do juiz com a prova se deve dar no momento de prolatar a sentença, sendo que colher prova que demonstre a responsabilidade penal do réu incumbe ao órgão de acusação¹²⁶.

O sistema acusatório brasileiro, de acordo com parte da doutrina, não seria puro, mas sim não-ortodoxo, pois o juiz “não é um espectador estático na persecução”¹²⁷, tem poderes instrutórios, ainda que excepcionalmente, e pode de ofício conceder *habeas corpus*, decretar a prisão preventiva e outras medidas cautelares.

¹²² OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

¹²³ Ibid., p. 13.

¹²⁴ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 41.

¹²⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 10.

¹²⁶ Ibid., p. 12.

¹²⁷ ALENCAR; TÁVORA loc. cit.

Aury Lopes Júnior¹²⁸, em visão crítica, sustenta que, diante dessa expressiva possibilidade de iniciativa probatória do juiz, o sistema processual brasileiro é (neo)inquisitorial, inspirado no sistema francês da Era Napoleônica.

O *Code d'instruction criminelle* de 1808 criou o sistema binário, não misto, em que a investigação preliminar é inquisitiva e o procedimento judicial, acusatório. Deu-se vida a “[...] *monstruo, nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo, que fue el llamado proceso mixto.*”¹²⁹

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquirição do inquirido, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquirido é corroborada com a prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo o exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquirição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.¹³⁰

O sistema misto é inviável sob o ponto de vista da lógica, porque o sistema inquisitivo é incompatível com o acusatório e, ainda, aquele acaba por contaminar este. Se o sistema binário serviu a um tirano, Napoleão, ele é incompatível com o processo penal democrático¹³¹.

Esse discurso falacioso do sistema misto foi incorporado pela legislação processual penal brasileira, mas sequer a segunda parte da persecução penal pode ser tida como acusatória, pois, apesar da separação inicial entre órgãos de acusação (Ministério Público) e de julgamento (Poder Judiciário), permite-se que o juiz decrete a prisão preventiva, reinterrogue o réu a qualquer momento, ouça testemunhas não arroladas pelas partes, determine diligências, tudo de ofício¹³².

O processo penal previsto na Constituição Federal é garantista e acusatório, como apontado alhures, porque este é o sistema compatível com o Estado Democrático de Direito que ela adotou.

A realidade, porém, nos leva a um sistema utilitarista, porque o processo é visto como instrumento do Estado para obter a sentença condenatória e como política de segurança

¹²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 128.

¹²⁹ FERRAJOLI, apud LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 130.

¹³⁰ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 130.

¹³¹ Ibid., p. 131.

¹³² Ibid., p. 132.

pública, e, ao mesmo tempo, inquisitório, pois a cultura do Código de Processo Penal de 1941 ainda influencia o legislador infraconstitucional e o operador do Direito no momento de aplicação da lei.

1.5 Os princípios processuais penais na Constituição Federal

O sistema garantista-acusatório encontra bases em um conjunto de princípios fundamentais estabelecidos, expressa ou tacitamente, na Constituição Federal.

Embora não seja inédita a previsão expressa de princípios processuais em textos constitucionais brasileiros, o fato é que a Constituição em vigência:

[...] não deixa margem de dúvidas quanto à necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, assim, do Direito Processual Penal, à tutela e à realização dos direitos humanos, postos como fundamentos na ordenação constitucional (arts. 5º, 6º e 7º, CF).¹³³

A consulta a diferentes doutrinas aponta dezenas de direitos e garantias fundamentais. Opta-se por comentar aqueles que encontram pertinência com o estudo presente, sendo que os que se referem à prova serão objeto de análise em Capítulo seguinte.

1.5.1 Devido processo legal

O devido processo legal tem origem nos reinados de Henry I e de Henry II e se consolidou no do Rei João Sem Terra¹³⁴, quando da edição da Magna Carta em que se limitou os poderes do Estado em favor dos chamados homens livres, como anotado anteriormente.

A cláusula do *due process of law* se confunde com a própria *common law* e se firmou não só na Inglaterra, como também nos Estados Unidos da América, como instrumento manejável perante o Judiciário, pelo qual se visa evitar arbitrariedades do Estado em prejuízo de direitos fundamentais do cidadão, como a vida, a liberdade e a propriedade¹³⁵.

Do direito anglo-saxônico, o postulado do devido processo legal se tornou universalmente reconhecido e se encontra expresso na Declaração Universal do Homem (art. XI, n. I) e nas Constituições dos Estados que se classificam como Democráticos de Direito.

¹³³ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 35.

¹³⁴ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rio, 2001. p. 235.

¹³⁵ Ibid.

O devido processo legal possui duas dimensões. Na primeira delas, o princípio tem função meramente de controle procedimental. O devido processo legal é respeitado se seguido o procedimento previamente aprovado em lei. Trata-se de concepção reducionista e associada às origens do postulado na Magna Carta e defendida pelo grande federalista e interprete da Constituição dos Estados Unidos da América, Alexander Hamilton, conservador nesse ponto¹³⁶.

Essa visão estreita do *duo process of law* prevaleceu no Judiciário norte-americano até 1850, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos da América passou a adotar a dimensão substantiva do postulado, pela qual a lei

[...] passa a ser encarada pela sua concepção negativista, ou seja, no sentido de que o governo não pode interferir em determinadas áreas sensíveis do direito, notadamente no que concerne aos direitos fundamentais, sem a comprovação prévia, real e concreta, da existência de um sobrepujante interesse público, que o compele, coativamente, a agir, restringindo direitos, sem, contudo, os anular completamente.¹³⁷

No Brasil, a Constituição Federal em vigência, explicitamente, consagrou o princípio do devido processo legal em seu art. 5º, LXIV: “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Acolheu-se a importância do devido processo legal como uma das mais amplas e relevantes garantias constitucionais, a ser aplicada nas relações de caráter processual e nas de caráter material, embora se reconheça que, no primeiro aspecto, o princípio ganha relevância, porque traduz uma série de garantias, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, ao juiz natural, a ser processado e condenado somente com fundamento em prova lícita e de não ser preso senão pela autoridade competente e na forma estabelecida na ordem constitucional¹³⁸.

O sistema processual penal constitucional centra-se no direito fundamental ao devido processo legal, tido como estatuto constitucional de defesa do acusado e fonte de limitação do poder persecutório do Estado¹³⁹.

O *duo process law* é estatuto constitucional de defesa do acusado, porque dele irradiam todos os demais princípios constitucionais processuais penais, como o contraditório, a ampla defesa e a vedação de provas ilícitas.

¹³⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rio, 2001. p. 241.

¹³⁷ Ibid., p. 245.

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 544.

¹³⁹ AgR/HC n. 111.567/AM. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJe de 30-10-2014 (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília DF, 2016/2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 2016/2017).

Em sua dimensão substantiva, o devido processo legal exige que, mais do que a simples subsunção ao procedimento previsto em lei, tal procedimento deve conferir efetividade aos seus corolários princípios.

1.5.2 Presunção de inocência

O princípio de presunção de inocência tem sua origem remota na Roma Antiga. Na Idade Média, em que houve hegemonia do procedimento inquisitivo, tal postulado não gozou de qualquer prestígio. Ao contrário, como era possível condenar apenas com o boato e um depoimento, é forçoso concluir que, naquele período, vigia o princípio de presunção de culpabilidade¹⁴⁰.

Com as Revoluções Burguesas e a conseqüente limitação do poder estatal, a presunção de inocência ressurgiu e é consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o que não impediu que fosse novamente atacada e desprestigiada pelos regimes totalitários, notadamente os fascistas¹⁴¹.

Com a derrota dos regimes totalitários na Segunda Guerra Mundial, a garantia foi reafirmada no sistema internacional de proteção de direitos humanos, porquanto consta expressamente do art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948.

No sistema americano, esse postulado também é assegurado pelo art. 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como garantia judicial.

No ordenamento jurídico brasileiro, além das obrigações convencionais assumidas pelo Estado brasileiro, a presunção de inocência é constitucionalmente assegurada (art. 5º, LVII).

Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁴² sustenta que o estado de inocência impõe ao Estado duas regras específicas em relação ao acusado: a. de tratamento: ao longo do procedimento, a ele não se pode impor restrições fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação; b. de fundo probatório: o ônus da prova de fato e de autoria recai exclusivamente sobre a acusação.

No primeiro aspecto, tem-se que a prisão cautelar, em qualquer uma de suas modalidades, é constitucional e não desrespeita o princípio de presunção de inocência, desde

¹⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 235.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 235.

¹⁴² OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48.

que a ordem judicial seja devidamente fundamentada em razões de extrema necessidade para a efetividade do processo e/ou realização da Justiça Penal¹⁴³.

O estado de inocência proíbe a antecipação do resultado final do processo¹⁴⁴, ou seja, torna defeso que a prisão cautelar represente antecipação de cumprimento de pena.

Era esse o posicionamento majoritário no Supremo Tribunal Federal, modificado pelo Plenário, que, em julgamento liminar, admitiu a execução provisória de pena, se esgotados os recursos em Segundo Grau de Jurisdição. Ainda que pendentes recursos extraordinários aos Tribunais Superiores, permite a nova orientação que se inicie a execução provisória de pena, se a tais recursos não se conferir efeito suspensivo¹⁴⁵.

Esse novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal representa violento ataque ao núcleo da presunção de inocência, conceito que é dotado de historicidade e que não pode ser restringido por tribunal, qualquer que seja ele. A decisão em comento permite tratar como culpado aquele cuja culpa ainda não está formada em definitivo, o que ocorre somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória¹⁴⁶.

O outro aspecto do princípio de presunção de inocência se refere ao ônus probatório, que recai completamente sobre a acusação, responsável no processo por comprovar a materialidade e a autoria do fato criminoso.

Ao acusado incumbe o ônus de comprovar o que alega nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, mas a sua inércia não favorece de imediato e em consequência a acusação que não se livra da incumbência de comprovar a autoria e a materialidade delitivas;

Ao discorrer sobre a produção de prova pela defesa, afirma Aury Lopes Júnior:

Não há uma carga para a defesa exatamente porque não se lhe atribui um prejuízo imediato e tampouco possui ela um dever de liberação. A questão desloca-se para a dimensão da produção do risco pela perda de uma chance de obter a captura psíquica do juiz. O réu que cala assume o risco decorrente da perda da chance de obter o convencimento do juiz da veracidade de uma tese.¹⁴⁷

¹⁴³ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ STF - ADCs n. 43 e 44/DF. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Data da publicação 19 jun. 2017.

¹⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Presunção de inocência entre Renans, Garotinhos e linchamentos. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-09/limite-penal-presuncao-inocencia-entre-renans-garotinhos-linchamentos>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

¹⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 549.

Como se trata de um direito do acusado a produção de prova em seu favor, quando se queda inerte, ele não se desincumbe de um ônus probatório, mas assume risco de perder uma chance de influir na formação de convicção pelo Juiz¹⁴⁸.

Por fim, o Juiz, como sujeito imparcial da relação jurídica processual penal, não deve auxiliar a acusação na desconstrução da presunção de inocência do acusado, devendo acolher a tese acusatória somente se estiver provada. Do contrário, provada a inocência do réu ou, ainda que não provada esta, sendo inconclusiva a culpa (*in dubio pro reo*), deve prolatar sentença absolutória.¹⁴⁹

1.5.3 Contraditório e ampla defesa

Tradicionalmente, o contraditório é visto como garantia de participação no processo para a formação da convicção do Juiz. No entanto, trata-se de concepção reducionista. No processo penal moderno, o contraditório é tido também como meio de se garantir a paridade de armas entre as partes¹⁵⁰.

Sob o ponto de vista de participação no processo, o contraditório garante o direito à informação sobre qualquer fato ou alegação contrária e a consequente reação a ambos. Já sob a ótica da paridade de armas, ele exige a participação simétrica das partes, que a resposta seja possibilitada na mesma intensidade e extensão¹⁵¹.

No processo penal democrático, não se concebe decisão jurídica construída sem que se leve em consideração as argumentações das partes interessadas e que serão afetadas por tal decisão. O contraditório se manifesta pela controversa¹⁵².

Ao se possibilitar ouvir o outro lado,

[...] instaura o acolhimento da diferença não para que esta venha a sucumbir a uma igualdade totalitária ou ditatorial, mas para que os conteúdos teóricos encaminhados processualmente possam concorrer livremente na busca da prevalência (corroboração).¹⁵³

¹⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 550.

¹⁴⁹ Ibid., p. 549.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 43.

¹⁵¹ Ibid., p. 43.

¹⁵² SOARES JÚNIOR, Dário José. **A crise dogmática do processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 209.

¹⁵³ Ibid., p. 215.

É o postulado do contraditório que distingue o julgamento feito por Tribunais nazistas ou na época da França revolucionária ou, até mesmo, pelo Tribunal de Nuremberg, em que a vida é sacrificada em nome de um suposto bem maior¹⁵⁴, do processo penal democrático, em que as hipóteses contrapostas possam morrer no lugar dos homens¹⁵⁵.

Decisão judicial que não leve em consideração os argumentos e contra-argumentos, as provas e contraprovas, produzidos pelas partes ao longo da persecução criminal, aproximaria do modelo inquisitivo de processo¹⁵⁶.

Em razão disso, não são compatíveis com o sistema acusatório constitucional o art. 385 do Código de Processo Penal, que permite que o Juiz prolate sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha manifestado pela improcedência da ação, e o art. 156, inciso I, do mesmo Código, que permite ao Juiz determinar a produção de provas de ofício¹⁵⁷.

O contraditório deve ser pleno, porque se exige sua observância durante todo o procedimento, até o seu encerramento, e efetivo, porque “[...] não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los.”¹⁵⁸

A ampla defesa não se confunde com o contraditório, embora seja por meio dela que este se torne efetivo.

A ampla defesa abrange a defesa técnica e a defesa pessoal ou autodefesa.

A defesa técnica decorre de exigência de equilíbrio funcional entre defesa e acusação e da presunção de hipossuficiência do sujeito passivo da relação processual penal, que não tem conhecimentos necessários para resistir à pretensão estatal, em iguais condições técnicas à Polícia Judiciária e ao Ministério Público, e, por vezes, ao próprio Juiz¹⁵⁹.

O exercício da defesa técnica não é de interesse individual do acusado apenas. Ela também atende ao interesse coletivo na correta apuração do fato e justa aplicação da lei¹⁶⁰.

Tem-se que essa modalidade de defesa é indisponível e sua ausência e, mesmo deficiência, são casos de nulidade absoluta.

¹⁵⁴ SOARES JÚNIOR, Dário José. **A crise dogmática do processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 213.

¹⁵⁵ Ibid., p. 215.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ FERNANDES, Antônio Scaranse. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 61.

¹⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 243.

¹⁶⁰ Ibid., p. 244.

Em razão disso, Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁶¹ defende que é caso de nulidade o pedido de defesa que somente postula a condenação no mínimo legal; a ausência de alegações finais ainda que o defensor seja constituído pelo próprio acusado; possibilidade de instrução acerca de fatos e provas alegados pelo réu em sede de interrogatório, ainda que o momento para tanto seja o de dez dias após a citação.

A ampla defesa, também, se compõe pela defesa pessoal ou autodefesa, em que o próprio acusado resiste pessoalmente à pretensão estatal, fazendo valer seu critério individual e seu interesse privado. A autodefesa se manifesta de diversas formas, mas é no interrogatório extrajudicial ou judicial que tem o momento de maior relevância¹⁶².

A autodefesa pode ser classificada pela maneira com que se manifesta exteriormente, como uma atividade positiva ou negativa.

Por exemplo, no interrogatório, é a oportunidade do acusado atuar positivamente, de forma comissiva, expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou materialidade do fato que lhe é imputado. Tem-se a autodefesa positiva¹⁶³.

No mesmo ato processual, é possível a completa omissão do acusado, quando ele se nega a declarar ou dar a mínima contribuição para a atividade probatório da acusação. É a defesa pessoal negativa, em que o sujeito da relação jurídica processual abre mão de se autodefender.¹⁶⁴

Se o contraditório ao impor a paridade de armas está vinculado à igualdade (isonomia), a ampla defesa se relaciona com outro postulado caro ao Estado moderno: a liberdade.

Muito embora haja normas que estabeleçam procedimentos formados por atos racionalmente concatenados, cada processo possui sua singularidade, provocada, justamente, pela ampla defesa, por meio da qual o acusado, pessoalmente e por meio de defensor, se vale da argumentação na defesa da liberdade¹⁶⁵.

A efetividade da ampla defesa dá legitimidade democrática ao processo penal, porque, pela argumentação da linguagem nela usada, se chega a conclusões que devem ser avaliadas

¹⁶¹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 45-47.

¹⁶² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 246.

¹⁶³ Ibid., p. 247.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ SOARES JÚNIOR, Dário José. **A crise dogmática do processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 221-223.

segundo critérios de validade e invalidez¹⁶⁶, aferidos pela devida fundamentação das decisões judiciais.

1.5.4 Do Juiz Natural, da imparcialidade do órgão julgador e da necessidade de fundamentação das decisões judiciais

O direito ao juiz natural tem origem no Direito anglo-saxão e se referia, a princípio, à vedação de se instituir ou de se constituir um órgão julgador exclusivamente ou casuisticamente para o julgamento de determinada infração penal (juízo *ad hoc* ou de exceção). Em um segundo momento, o direito norte-americano passou a exigir também que os critérios para fixação de competência fossem previamente determinados em lei¹⁶⁷.

Jorge de Figueiredo Dias assevera que o juiz natural se assenta em três postulados:

[...] (a) somente são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; (b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; (c) entre os juízos pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competência que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.¹⁶⁸

A Constituição Federal adotou o critério material para a fixação da competência mínima do Tribunal do Júri (crimes dolosos contra a vida) ou para a fixação da competência da Justiça Federal.

Outro critério utilizado é o da relevância das funções públicas ocupadas pelo acusado (foro por prerrogativa de função, como o Supremo Tribunal Federal para o julgamento do Presidente da República).

Além da Constituição Federal, as Constituições Estaduais, o próprio Código de Processo Penal e outras leis ordinárias de natureza processual penal cuidam de competência, notadamente, a territorial.

Outro aspecto do Juiz Natural é necessidade de imparcialidade do órgão julgador, isto é, sua relação de neutralidade e distância em relação às partes¹⁶⁹.

A Constituição Federal estabelece garantias (vitaliciedade, inamovibilidade, e irredutibilidade de subsídio) ao juiz para que tenha independência funcional em relação ao

¹⁶⁶ SOARES JÚNIOR, Dário José. **A crise dogmática do processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 221.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 37.

¹⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 478.

¹⁶⁹ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 479.

Poder Judiciário e aos demais Poderes, como ainda para se ver livre de pressões externas¹⁷⁰, para que se preserve sua imparcialidade.

O Código de Processo Penal enumera causas de suspeição (caráter subjetivo) e impedimento (caráter objetivo), que, de alguma maneira, possam afetar a imparcialidade do julgador no caso concreto¹⁷¹.

Sem prejuízo de a parte poder manejar exceções processuais para impugnar a falta de isenção, o juiz pode declarar de ofício que é impedido ou suspeito para o julgamento da causa. Trata-se de iniciativa de honestidade, inerente ao caráter que se espera de um juiz¹⁷².

Além da necessidade de imparcialidade, ao juiz se impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição Federal).

A motivação das decisões judiciais tem função interna ao processo, porque visa persuadir as partes, notadamente, a sucumbente, quanto a questões fáticas e jurídicas que levaram o juiz decidir.

Além disso, a fundamentação da decisão judicial é um dever funcional de justificação do comportamento profissional dos agentes do Poder Judiciário. Nesse ponto, ela é forma de controle político da prestação jurisdicional, “[...] meio por que os sujeitos investidos desse poder, membros do aparato instrumental da vontade popular, prestam conta da própria atuação à fonte de que deriva a investidura”, o próprio povo¹⁷³.

Esse controle feito pela comunidade sobre a qualidade da prestação jurisdicional se dá pelo princípio da publicidade, também, corolário do “[...] *duo process of law*, que tem a finalidade de se garantir o contraditório e ampla defesa, como ainda é forma de controle da eficiência da prestação jurisdicional por todos os membros da comunidade.”¹⁷⁴

¹⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 947.

¹⁷¹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 297.

¹⁷² ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 57.

¹⁷³ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 197.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 182.

CAPÍTULO 2 ASPECTOS GERAIS DA PROVA NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

2.1 Da prova em geral

Antes de ingressar nos meios de prova do crime organizado, é preciso tecer considerações sobre a prova em geral no processo penal sob o enfoque do sistema constitucional acusatório e garantista.

O processo é o instrumento por meio do qual o Estado, detentor do monopólio da distribuição da Justiça, concretiza e pode exercer o poder-dever punitivo, condicionado e condicionante da atuação estatal, conforme estrutura previamente estabelecida na ordem jurídica, com separação entre órgão de acusação e órgão julgador, este responsável, também, por assegurar os direitos e garantias fundamentais do acusado.

O processo avança através de um conjunto de atos concatenados, cuja finalidade é a reconstrução aproximada de fatos ocorridos no passado, o que se faz por meio da produção de provas durante a instrução processual, presidida pelo juiz, parte imparcial da relação jurídica processual.

O vocábulo “prova” tem origem no latim e “[...] pretende significar aquilo que é certo, verdadeiro, ou, por assim, dizer o que é probó.”¹

Pelas provas, busca-se a reconstrução histórica dos fatos com a tarefa do juiz de verificação das hipóteses. Têm elas a função persuasiva de convencer o órgão jurisdicional².

A produção de prova é direito das partes inerente ao devido processo legal e, portanto, é corolário da garantia constitucional de acesso à Justiça, tido este não só como o direito de ação e de defesa, como também o de comprovar os fatos levados a juízo pelos meios de prova admitidos no ordenamento jurídico³.

A prova é direito subjetivo, porque se trata “[...] de uma faculdade ou um verdadeiro direito-poder que decorre claramente dos princípios da ampla defesa e do contraditório, consagrados em norma constitucional.”⁴

¹ MACHADO, Antônio Alberto. **Bases do direito processual penal**: uma sistematização crítica. 2006. 1013f. Tese (Livre – Docência) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2006. p. 615.

² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 537.

³ FERNANDES, Antônio Scaranse. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 71.

⁴ MACHADO, op. cit., p. 624.

No processo penal, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira⁵ o direito à prova pertence ao réu. Em relação à acusação, ele é inerente ao seu exercício.

Não se poderia falar em contraditório ou ampla defesa, se não se pudesse reconhecer ao acusado o direito de produzir prova em seu próprio benefício⁶.

Apesar de ser disciplinada pelas leis processuais penais, a natureza jurídica do direito à prova é material, pois está relacionado aos direitos ou garantias constitucionais acima citados⁷. Em consequência, deve-se seguir, na matéria, as regras de direito material. Assim, nem sempre se aplica o princípio do *tempus regit actum*, previsto no art. 2º do Código de Processo Penal, mormente se a disposição sobre a prova tornar mais gravosa a situação do réu no processo. Da mesma forma, a interpretação extensiva e a integração da norma por meio da analogia e dos princípios gerais do direito são admissíveis apenas em matéria de prova processual penal se em benefício do réu⁸.

O direito à prova envolve pelo menos quatro fases durante a persecução penal: propositura, admissão, produção e valoração, identificadas no curso da persecução penal e que devem seguir o princípio constitucional do devido processo legal⁹.

O momento de postulação da prova é de acordo com o rito procedimental. À acusação, cabe requerer as provas, em regra, na peça inicial, enquanto à defesa, na resposta à acusação.

O segundo momento é o de direito de admissão de provas, cujo crivo é feito pelo juiz que pode indeferir provas ilícitas e irrelevantes para o julgamento da causa. Essa deliberação judicial ocorre ao se designar audiência de instrução e julgamento.

O terceiro momento é o de produção de provas, que ocorre na audiência de instrução e julgamento, em que há, caso necessário e admitido, tomada de declaração do ofendido, inquirição de testemunhas de acusação, acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e do esclarecimento de perícias, juntada de documentos e o interrogatório do réu.

E, por fim, cabe a valoração da prova pelo juiz, expressada na motivação da sentença, da qual acusação e defesa poderão tirar razões de seu eventual inconformismo e requerer correção da decisão em sede de recurso por *error in iudicando*¹⁰.

⁵ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 341-342.

⁶ MACHADO, Antônio Alberto. **Bases do direito processual penal: uma sistematização crítica**. 2006. 1013f. Tese (Livre – Docência) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2006. p. 624.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 144.

¹⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 342.

O direito à prova está sujeito a limitações. De acordo com Antônio Alberto Machado¹¹, está condicionado à admissibilidade. Não se admitem as provas ilícitas, obtidas contra os ditames da lei ou em confronto com as liberdades públicas. Além disso, há o direito à prova está limitado à pertinência com o *thema probandum*. Não se tem o direito de produzir prova que não seja útil para o objetivo final do processo, que é, a princípio, o descobrimento da verdade. Por fim, a prova deve ter relevância jurídico-penal para o perfeito deslinde da causa, o seja, não se permite a prova irrelevante acerca do fato principal ou da circunstância que não tenha qualquer reflexo na configuração jurídica desse fato.

No que se refere à fase processual, o direito à prova pode ser exercido a qualquer tempo, inclusive, na fase recursal, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, salvo no que se refere ao Tribunal do Júri, em que se impõe a antecedência mínima de três dias do julgamento pelo Plenário para a juntada de prova documental.

Ainda de acordo com Antônio Alberto Machado, professor da Universidade Estadual Paulista, há, pelo menos, três princípios que informam a prova penal: legalidade, comunhão das provas e liberdade de produção¹².

Pelo princípio da legalidade, a prova e seu meio de produção não podem contrariar a lei. A prova é um direito e por isso não pode configurar abuso desse direito ou infringência à Constituição Federal e à lei.

Carnelutti sustenta que a legalidade tem como escopo garantir o resultado eficaz do processo. A produção de provas “[...] não pode ficar à livre atividade dos homens, mas, ao contrário, que seja regulada pelo direito a fim de garantir, do melhor modo possível, os resultados.”¹³

Já o princípio da comunhão de provas estabelece que elas integram um conjunto comum, destinado ao juiz e que, uma vez produzidas, podem ser utilizadas indistintamente por quaisquer das partes.

Por último, o princípio da liberdade de produção de provas assegura que, além das provas admitidas expressamente em lei, se pode produzir provas outras desde que não sejam defesas pela ordem jurídica.

¹¹ MACHADO, Antonio Alberto. **Bases do direito processual penal**: uma sistematização crítica. 2006. 1013f. Tese (Livre – Docência) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2006. p. 625.

¹² *Ibid.*, p. 626.

¹³ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 140.

A instrução probatória visa fornecer elementos para a convicção do juiz acerca da veracidade dos fatos alegados pelas partes. Provar é uma ação que visa o efeito de gerar o convencimento do órgão julgador¹⁴.

A prova também tem como finalidade formar o convencimento das partes da relação jurídica processual, o que poderá levar à composição do litígio, bem como favorecer a definitiva pacificação do conflito¹⁵.

Se não se chegar à pacificação, a valoração das provas pela parte tem a finalidade de que ela impugne, por meio de recurso, à decisão do juiz que lhe é desfavorável¹⁶.

Nas palavras de Couture¹⁷: “*Probar es establecer a existencia de la verdad; y las probas son los diversos medios por los cuales la inteligencia llega al descubrimiento de la verdad.*”

Para Júlio Fabbrini Mirabete:

[...] “provar” é produzir um resultado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou solução de um processo.¹⁸

O instrumento processual que usa para provar também é um fato (*factum probans*) por meio do qual se comprova o fato levado ao conhecimento do juiz (*factum probandum*). Em matéria processual, portanto, o fato é compreendido em sentido amplo, englobando acontecimentos, coisas, lugares, pessoas e documentos¹⁹.

O *factum probandum* é o fato criminoso, enquanto que o *factum probans* é o meio por qual se comprova o crime. O primeiro é o homicídio. O segundo é a testemunha do homicídio.

Deltan Martinazzo Dallagnol²⁰ sustenta que a moderna teoria sobre a prova busca, por maior correção linguística, o uso do termo hipótese, não fato, tanto para designar o *factum probandum*, quanto o *factum probans*.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.1. p. 456.

¹⁵ MACHADO, Antônio Alberto. **Bases do direito processual penal**: uma sistematização crítica. 2006. 1013f. Tese (Livre – Docência) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2006. p. 413.

¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 626.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 456.

¹⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 249.

¹⁹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 26-27.

²⁰ Ibid., p. 28.

No que se refere ao *factum probandum*, denominá-lo de fato seria “[...] colocar a carruagem à frente dos bois, tornando-se comprovado aquilo que se quer comprovar, numa petição de princípios.”²¹

Além disso, o uso do termo hipótese é reconhecimento de que a reconstrução histórica do passado está sujeita a erros²².

No que tange ao *factum probans*, trata-se de hipótese em que se confia a ponto de colocá-la como base para inferência de outra hipótese (*factum probandum*). A prova testemunhal não é fato, pois o narrado pela testemunha pode decorrer de engano ou alucinação, mas pode ser considerado um ponto de partida seguro para se demonstrar o *factum probandum*, se somado a outras evidências²³.

O mesmo autor leciona ainda que, sob o ponto de vista epistemológico, em matéria probatória, não se trata de fatos, mas de proposições²⁴.

O *factum probandum* são proposições, porque os fatos passados são únicos e não repetíveis. O objeto da prova não seria o fato passado, mas os argumentos que levam à concluir que tal fato ocorreu²⁵.

Na lição de Antônio Magalhães Gomes Filho,

[...] não é exato dizer que a prova destina-se a obter o conhecimento sobre um fato, pois, antes disso, o que se apura no processo é a verdade ou a falsidade de uma afirmação sobre um fato. [...] o *thema probandum* é determinado pelas proposições representativas do fato juridicamente relevantes, e colocadas pelas partes como base da acusação e da defesa, ou mesmo como fundamento de eventual pesquisa judicial.²⁶

Da mesma forma, o *factum probans* é uma proposição, pois é uma crença justificadora que confirma outra crença, o *factum probandum*. A faca ensanguentada apresentada ao Tribunal do Júri gera várias proposições possíveis, umas falsas, outras verdadeiras, entre as quais a de que foi o instrumento do crime, o que, somado às outras evidências, leva à crença de que seu possuidor foi o autor do homicídio²⁷.

²¹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 28.

²² Ibid., p. 29.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid., p. 30.

²⁵ Ibid.

²⁶ GOMES FILHO apud DALLAGNOL, op. cit., p. 30-31.

²⁷ DALLAGNOL, op. cit., p. 31-32.

A relação probatória, portanto, seria uma relação de proposições: um enunciando a evidência (*factum probans*) e outra enunciando o objeto da prova (*factum probandum*)²⁸.

Essa designação de *factum probandum* e *factum probans* como proposições das quais se extraem hipóteses é importante para se demonstrar, como se fará no item seguinte, que a verdade real, tida por parte da doutrina como valor irrenunciável em matéria processual penal, é um dogma inalcançável.

No entanto, conforme faz o próprio Deltan Martinazzo Dallagnol²⁹ em seu livro, para evitar confusões, utilizar-se-á a palavra “fato” de acordo a doutrina majoritária, para a designação de hipóteses e proposições da relação probatória.

A prova tem um objeto, o *thema probandum*, que é o fato da causa. No dizer de Rogério Lauria Tucci, “[...] o objeto da prova consiste nos fatos cuja evidenciação se torne imprescindível, no processo, para o juiz convencer-se de sua veracidade.”³⁰

No processo penal, o objeto da prova é o que se pretende comprovar e abrange o fato criminoso, a autoria e todas as circunstâncias penalmente relevantes para se apurar a responsabilidade penal do agente e a aplicação da pena³¹.

Com relação ao seu objeto, as provas podem ser classificadas em diretas e indiretas. As primeiras são aquelas que por si demonstram os fatos, como o as testemunhas ou documentos que dão certeza sobre eles. Já as provas indiretas se referem a um acontecimento comprovado que leva ao fato objeto do processo, tal como, na apresentação de alibi, em que, provado que o acusado estava em local diverso do crime, infere-se que ele não é autor do fato³².

A crítica que se faz a essa classificação é que não existe diferença ontológica ou lógica entre a prova direta e a indireta. A diferença que há entre elas é circunstancial, não essencial. A prova direta não prevalece sobre a indireta, pois a força da prova depende da força do argumento e é sempre determinável no caso concreto³³.

Como visto anteriormente, não se podem produzir provas que sejam impertinentes ou que não sejam úteis ao deslinde da causa, motivo pelo qual há fatos que não necessitam de instrução probatória.

São os casos da verdade sabida, do fato notório, da verdade axiomática e das presunções legais.

²⁸ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 33.

²⁹ Ibid., p. 34.

³⁰ TUCCI, Rogério Lauria apud BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 141.

³¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 249.

³² Ibid., p. 34.

³³ DALLAGNOL, op. cit., p. 209.

A verdade sabida tem origem no Direito Administrativo, que permitia a aplicação da sanção de forma sumária, sem produção de prova, considerando que o fato ilícito seria de conhecimento pessoal e direto da autoridade hierarquicamente superior.

Com a Constituição Federal, em qualquer processo administrativo ou judicial, são imprescindíveis o contraditório e a ampla defesa, não se permitindo a sanção sumária.

Também se dispensa a produção de prova no caso de fatos notórios que, segundo Chiovenda, são aqueles que “[...] pelo conhecimento geral, são tidos como certos e indiscutíveis, porque pertencem à História ou às leis naturais, ou aos fatos sociais e políticos que interessam à vida pública atual (notoriedade ampla).”³⁴

Não é fato notório aquele divulgado pela imprensa ou por outros meios de comunicação de massa. No caso, notória é a publicação do fato, não este em si³⁵.

Há dispensa de produção de prova, também, no caso de fatos axiomáticos, que são aqueles evidentes por si mesmos e passa a ser indutivo, ou seja, é a verdade incidente sobre si mesma. É o que se tem por evidência, aquilo que é claro, manifesto, incontestável, etc. Não se precisa comprovar que o orifício estrelado e maior que o projétil representa um disparo feito em contato com o corpo atingido³⁶.

Igualmente, dispensa a produção de prova as presunções legais. A presunção consiste em tomar como verdadeiro um fato, independentemente de prova, levando-se em conta aquilo que geralmente acontece³⁷.

A presunção pode ser legal, em que o legislador formula a ilação tirada do fato provado ou conhecido, ou *hominis*, na qual o juiz tira suas conclusões de ordem normal das coisas, no que se tem como regras da experiência³⁸.

A presunção também pode ser classificada em absoluta ou *jure et de jure* e relativa *juris tantum*. Na primeira, na esteira de José Frederico Marques³⁹, a lei impõe força probatória até que se prove em contrário, enquanto, na segunda, confere-lhe valor tal que impõe fé, ainda que haja prova em sentido contrário.

Esses fatos que dispensam a produção de prova não implicam, direta e necessariamente, aplicação da sanção penal, notadamente se o conhecimento sobre eles recai

³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe apud DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 308.

³⁵ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 50.

³⁶ Ibid.

³⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 251.

³⁸ DEMERCIAN; MALULY, op. cit., p. 309.

³⁹ Ibid., p. 309.

sobre dado isolado do evento. Devem ser valorados em conjunto com os demais elementos de prova colhidos durante instrução⁴⁰.

Dada a peculiaridade dos interesses em litígio no processo penal, ao contrário do que ocorre no processo civil, não se dispensa a produção de prova do fato incontroverso, como ocorre no caso de confissão⁴¹. Esta, por si só, não desincumbe a acusação de produzir outras provas, que devem corroborar a existência do fato confessado.

Da mesma forma, no processo penal, é indispensável à produção de provas dos fatos descritos na inicial, ainda que não impugnados pelo réu. A revelia não tem como efeito a presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte autora⁴² e, com isso, mesmo revel o denunciado, a acusação tem o ônus de comprovar os fatos alegados.

No processo penal, se o réu citado pessoalmente deixar de comparecer a juízo, o processo segue sem a sua presença e ele não será intimado dos atos processuais futuros, exceto da sentença.

Se citado por edital, o processo e o prazo prescricional são suspensos, não se produzindo provas sem a presença do acusado, salvo se demonstrada a necessidade de produção antecipada.

Como apontado, uma das finalidades da prova é a formação da convicção do juiz, o que se dá “[...] segundo os meios ou instrumentos reconhecidos pelo direito como idôneos, isto é, conforme as provas juridicamente admissíveis.”⁴³

Tem-se por meio de prova tudo o que pode ser utilizado, em conformidade com o ordenamento jurídico, para comprovação dos fatos relevantes ao deslinde da causa.

O Código de Processo Penal enumera alguns meios de prova e a forma procedimental de produzi-los. O primeiro meio de prova regido pelo Código de Processo Penal são o exame de corpo de delito e as perícias em geral.

Dadas a complexidade das causas levadas a Juízo e a ausência de conhecimento enciclopédico dos juízes, alguns fatos devem ser elucidados em exames periciais elaborados por pessoas com conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos sobre tal fato⁴⁴.

⁴⁰ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 50-51.

⁴¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 250.

⁴² MACHADO, Antônio Alberto. **Bases do direito processual penal**: uma sistematização crítica. 2006. 1013f. Tese (Livre – Docência) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2006. p. 413.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 v.1. p. 465.

⁴⁴ MIRABETE, op. cit., p. 261.

A perícia goza de “[...] elevado nível de credibilidade, proporcional à credibilidade de que desfrutam a própria ciência e a técnica.”⁴⁵ A perícia não é um simples meio de prova e sua relevância se constata, porque o perito é órgão auxiliar da Justiça e sobre ele recai a disciplina judiciária da imparcialidade⁴⁶.

O juiz, mesmo diante dessa credibilidade da perícia não está vinculado à conclusão a que chegou o *expert* e, por isso, pode aceitá-lo ou recusá-lo no todo ou em parte ao cortejá-lo com os demais elementos de provas produzidos na instrução.⁴⁷

A mais relevante perícia em matéria processual penal é o exame de corpo de delito, imprescindível em caso de crimes que deixam vestígios, como o homicídio e o falso em adulteração material de documento. Tem como objeto a colheita de todos os vestígios materiais do fato criminoso e de todas as suas circunstâncias relevantes⁴⁸.

O exame de corpo de delito pode ser classificado em direto, em que o perito examina os existentes vestígios do crime, e indireto, em que, desaparecidos tais vestígios, o laudo pericial é elaborado a partir de testemunhos ou outros meios, como vídeo, fotos ou outro meio que supra a falta dos vestígios⁴⁹.

O Código de Processo Penal regulamenta, na sequência, o interrogatório do acusado como um meio de prova. Trata-se do conjunto de perguntas que a autoridade faz ao acusado e que tem como objeto, essencialmente, a autoria e a materialidade delitivas⁵⁰.

Pela sistemática do Código de 1941, com forte inquisitiva, o interrogatório era tido, essencialmente, como meio de obtenção de prova sobre o fato delituoso, tal como a prova testemunhal⁵¹.

A concepção de processo penal democrático implica reconhecer, no entanto, o interrogatório como meio de defesa, sem prejuízo de considerá-lo meio de prova, porque, de um lado, consiste na oportunidade para o acusado exercer a autodefesa e, de outro, é fonte de informação para o juiz formar sua convicção⁵².

⁴⁵ MACHADO, Antônio Alberto. **Bases do direito processual penal**: uma sistematização crítica. 2006. 1013f. Tese (Livre – Docência) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2006. p. 641.

⁴⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 261.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 265.

⁴⁸ MACHADO, *op. cit.*, p. 641.

⁴⁹ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 229-231.

⁵⁰ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 327.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 635.

O interrogatório deve ser feito de forma espontânea, em que se asseguram a presença do defensor, a comunicação verbal dos fatos relevantes penalmente descritos na denúncia, proibição de qualquer pressão direta ou indireta para induzir o réu ao arrependimento ou colaborar com as investigações e o livre exercício do direito ao silêncio⁵³.

É no interrogatório em que, geralmente, ocorre a confissão que é o reconhecimento feito pelo réu a respeito da veracidade dos fatos que lhe são imputados e capazes de lhe ocasionar consequências jurídicas favoráveis⁵⁴.

Deve-se abandonar a concepção da confissão como “rainha das provas”, associada ao sistema inquisitivo do processo penal e com raízes na visão judaico-cristã de culpa, em que o réu deve confessar e mostrar arrependimento para conseguir a remissão dos pecados (ou, conforme a legislação brasileira, ter a direito à atenuante genérica de pena – art. 65, III, *d*, do Código Penal)⁵⁵.

A confissão feita na fase de inquérito policial é elemento de prova para o Ministério Público formar convicção para dar início à ação penal, mas deve ser repetida em Juízo para ter força probatória para a condenação. Não tem ela valor absoluto e deve ser confrontada com os demais elementos de prova “[...] diante do risco, sempre presente, sobretudo nos crimes societários, de autoacusação falsa, para proteger o verdadeiro autor.”⁵⁶

Além disso, em observância aos ditames processuais penais estabelecidos na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos, a confissão só pode ser valorada se feita com a plena liberdade e autonomia do réu, que este tenha sido informado os seus direitos constitucionais e que ele tenha compreendido substancialmente esses direitos, que ela tenha ocorrido em Juízo e que o acusado tenha sido assistido por defensor⁵⁷.

A confissão pode ser acompanhada da chamada de corréu, em que o interrogando não só confessa a prática do crime, como ainda imputa a outrem a coautoria ou participação no fato criminoso⁵⁸.

Essa chamada de corréu pode ser qualificada pela realização de negócio jurídico celebrado entre investigado ou acusado e a autoridade competente, em que o primeiro confessa a prática da infração penal e informa a responsabilidade de terceiros ou outro fato

⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 326-327.

⁵⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 286.

⁵⁵ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 645.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 411.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 646.

⁵⁸ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 268-269.

penalmente relevante em troca de benefício penal, como a extinção de punibilidade ou a redução de pena⁵⁹.

A chamada de corrêu está intimamente relacionada à delação ou colaboração premiada, prevista na Lei de Crime Organizado, cujo estudo se dará no Capítulo seguinte.

O meio de prova mais utilizado no processo é o testemunhal. O depoimento de uma testemunha é manifestação sobre o conhecimento acerca de determinado fato. Trata-se da verdade do homem ou a verdade da razão, sempre relativa, porque a testemunha expressa a representação que firmou sobre o fato, considerando-se as suas inúmeras potencialidade e muitas vulnerabilidades⁶⁰.

Na redação original do Código de Processo Penal, adotava-se o sistema presidencialista, no qual as perguntas eram feitas diretamente pelo próprio juiz. Com as reformas processuais penais em 2008, a oitiva de testemunha passou a adotar o sistema do *cross-examination*, pois o juiz preside a audiência, exerce o controle sobre a atuação das partes, mas não é protagonista da colheita da prova. Cabe às partes fazer as perguntas diretamente, enquanto o juiz tem função meramente complementar ou supletiva⁶¹.

No processo penal, qualquer pessoa pode depor como testemunha, inclusive, os incapazes, os quais ficam desobrigados do compromisso de dizer a verdade. Essa capacidade de depor não se confunde com o valor da prova. Cabe ao juiz valorar a pertinência e a idoneidade de cada testemunho, sempre, em consonância com os demais meios de prova⁶².

É dever da testemunha comparecer em Juízo e dizer a verdade, sob pena de se responder pelo crime de falso testemunho, excepcionadas as hipóteses de dispensa do dever e de proibição de depor, quando então o depoente passa a ser qualificado como declarante⁶³.

O ofendido também pode ser ouvido durante a persecução penal, mas não é considerado como testemunha e, portanto, está dispensado do compromisso de dizer verdade e não está incluído no número máximo de testemunhas a ser arroladas pelas partes⁶⁴.

O depoimento da vítima deve ser valorado com maior prudência, porque está contaminado sob o aspecto material (tem interesse no deslinde da causa, pois pode beneficiar

⁵⁹ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 269.

⁶⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 412.

⁶¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 652.

⁶² OLIVEIRA, op. cit., p. 413.

⁶³ Ibid., p. 413-414.

⁶⁴ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 648.

o réu por medo ou prejudicá-lo por vingança) e sob o aspecto processual, já que dispensada de prestar compromisso de dizer a verdade⁶⁵.

Diante disso, a palavra do ofendido não é suficiente para a condenação do acusado sem corroboração por outros meios de prova. Admite a jurisprudência valor especial a tal meio de prova, se for ela harmônica, coerente e sem ausência de motivos para incriminar o réu, em crimes contra o patrimônio e a dignidade sexual, porque cometidos, muitas vezes, às escondidas⁶⁶.

É possível que acusado, testemunha e ofendido dêem visões diferentes sobre os fatos, o que pode levar o Juiz a ouvi-los novamente em acareação⁶⁷.

Eugênio Pacelli de Oliveira sustenta que não é possível a acareação que envolva o acusado, pois este não tem o compromisso com a verdade, ao contrário da testemunha, que pode vir a responder pelos crimes de falso testemunho. Assim, entende o autor a acareação deve só ocorrer entre testemunhas, entre testemunha e ofendido e entre ofendidos⁶⁸.

Outro meio de prova admitido no processo penal é o reconhecimento de pessoa ou coisa que consiste no ato de verificação e indicação de pessoa ou coisa por outrem, apontando se tem relação com o crime⁶⁹.

O procedimento para o reconhecimento de pessoas e coisas está descrito na lei e deve ser seguido, sob pena de nulidade, apesar de a jurisprudência admitir o reconhecimento por meio de fotografia, como prova inominada, mas que, em verdade, consiste em variação ilícita desse procedimento estabelecido em lei⁷⁰.

O Código de Processo Penal permite a juntada de documentos em qualquer fase procedimental, exceto no Tribunal do Júri, em que o ato deve ser realizado até três dias antes do julgamento no Plenário.

O valor probatório do documento também decorre do exercício do contraditório e da ampla defesa e pode ter a sua autenticidade material e ideológica impugnada.

No art. 239, o Código de Processo Penal trata dos indícios através dos quais se afirma “[...] a existência do conhecimento de uma circunstância do fato delituoso, por meio de um processo dedutivo cujo objeto é a prova da existência de outro fato.”⁷¹

⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 651.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 652.

⁶⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 311.

⁶⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 436.

⁶⁹ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 311.

⁷⁰ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 683.

⁷¹ *Ibid.*, p. 438.

Aury Lopes Júnior⁷² sustenta que ninguém pode ser condenado com fundamento apenas em indícios, pois o afastamento da presunção constitucional de inocência só é possível por meio de prova robusta de autoria e materialidade delitivas.

Por fim, o Código de Processo Penal prevê a busca e apreensão como meio de prova. Contudo, trata-se medida cautelar que busca preservar o material probatório⁷³. A busca pode ser pessoal ou domiciliar e, em ambos os casos, há relativização do direito constitucional à intimidade, embora apenas a segunda dependa de autorização judicial, conforme art. 5º, XI, Constituição Federal).

O Código de Processo Penal não encerra *numerus clausus* de meios de prova, pois há outros em legislação extravagante, como ocorre na própria Lei n. 12.850/2013 e, acima de tudo, porque os meios de prova não precisam estar especificados na lei. O limite estabelecido consiste na licitude de sua produção.

Embora prevaleça o princípio da liberdade da prova a contemplar as chamadas provas inominadas, ou seja, aquelas que não tenham previsão expressa em lei, são inadmissíveis as provas que “[...] sejam incompatíveis com os princípios de respeito de direito de defesa e à dignidade humana, os meios cuja utilização se opõem às normas reguladoras do direito que, com caráter geral, regem a vida social de um povo.”⁷⁴

A inadmissibilidade de provas ilícitas é uma garantia constitucional do acusado e consiste em limitação aos poderes de persecução do Estado.

2.2 A verdade, o ônus da prova, os poderes instrutórios do juiz e os sistemas de apreciação de prova no processo penal

A instrução probatória busca a verdade, uma das maiores angústias do ser-humano.

Com a teoria da relatividade, de Albert Einstein, passou-se “[...] a ver na ciência apenas um conjunto de respostas prováveis, ou seja, um complexo tão somente de verdades possíveis.”⁷⁵

Na filosofia, não se alcançou definição do que seria a verdade enquanto valor absoluto, admitindo-se, porém, que existem juízos qualificados como verdadeiros, definidos

⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 700.

⁷³ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 440.

⁷⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 253.

⁷⁵ MACHADO, Antônio Alberto. **Bases do direito processual penal: uma sistematização crítica**. 2006. 1013f. Tese (Livre – Docência) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2006. p. 615.

como aqueles que “[...] guardam uma perfeita relação de correspondência entre realidade percebida e a exata percepção que o homem tem dela.”⁷⁶

Direito e verdade se complementam, porque o primeiro estabelece regras que visam alcançar a segunda. O Direito visa e persegue atingir a verdade. Não se alcança a justiça, objeto supremo do processo, se este se fincar na mentira, no falso.⁷⁷

Contudo, a dificuldade humana de se buscar conceito absoluto de verdade reflete no Direito e, em consequência, no processo penal, cujo tema probatório é constituído de um paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: o juiz julga no presente (hoje) o fato ocorrido no passado remoto (anteontem) com base em provas colhidas mais recentemente (ontem) para se chegar à pena, um efeito futuro (amanhã)⁷⁸.

O fato reproduzido jamais seria o real, pois o ser-humano é um ser histórico e aquele que cometeu o crime não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá a pena⁷⁹.

Apesar disso, a doutrina consagrou o princípio da verdade real, também denominada material ou substancial, como um dos valores do processo penal.

Júlio Fabbrini Mirabete⁸⁰, Fernando da Costa Tourinho Filho⁸¹ e outros autores colocam a verdade real como princípio vetor do processo penal.

A verdade material significa que toda sentença para ter validade exige que o juízo extraído das provas produzidas ao longo da persecução penal deve guardar conformidade com o esclarecimento pleno da verdade⁸².

A busca à verdade substancial seria inerente ao processo penal diante da relevância dos interesses por ele tratado.

A relevância da matéria penal justificaria busca ampla da verdade, ao contrário do que ocorreria em matéria processual civil, que se sustentaria com a chamada verdade formal, cujo enunciado máximo é a presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor na inicial que não sejam impugnados pelo réu⁸³.

⁷⁶ MACHADO, Antônio Alberto. **Bases do direito processual penal**: uma sistematização crítica. 2006. 1013f. Tese (Livre – Docência) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2006. p. 616.

⁷⁷ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 29.

⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 535.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 44.

⁸¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004 v. 1. p. 37.

⁸² BARROS, op. cit., p. 33.

⁸³ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 331.

Bettioli, segundo Luiz Francisco Torquato Avolio⁸⁴, preconizava a verdade material como princípio fundamental do direito processual penal, visando a os fatos fossem provados em sua substância histórica, sem distorções e obstáculos.

Em consequência, o legislador teria que eliminar do código toda limitação à prova para que o juiz fique livre na formação de seu próprio convencimento.

No entanto, a verdade real não se sustenta diante dos preceitos constitucionais do processo penal contemporâneo.

A verdade material como princípio culminou na imagem do processo penal voltado, exclusivamente, para satisfação da pretensão punitiva, expressão de Estados totalitários⁸⁵, longe dos postulados do Estado Democrático, previstos na Constituição Federal.

A verdade real está intimamente associada ao modelo inquisitivo de processo penal, tal como o adotado pelo Código de Processo Penal ainda em vigência, o qual permite intensa atividade probatória do Juiz, não raramente em substituição ao Ministério Público⁸⁶.

Reconhece-se que esse princípio é de difícil conformação com o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal, que exige a separação vital entre órgão acusador e órgão julgador, que se deve manter imparcial.

Além disso, o princípio da verdade real não passa de um dogma ou utopia.

O princípio da verdade material, substancial ou real, embora corresponda a juízo de valor extraído das provas produzidas no processo, está mais próximo de um simbolismo inatingível, de um idealismo utópico, não científico⁸⁷.

O termo “verdade material”, ou “real”, ou “substancial”, se restringe ao campo da filosofia, em cuja sede se requer a reconstituição absoluta do fato, enquanto que, na seara processual penal, apesar de em casos isolados possa ser alcançada, é mesmo rara⁸⁸.

A dicotomia entre verdade substancial, associada ao processo penal, e verdade formal, relacionada ao processo civil, não se sustenta.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco,

[...] a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem segurança de se atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se

⁸⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 45.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 46.

⁸⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 330-331.

⁸⁷ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 40.

⁸⁸ *Ibid.*

confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos).⁸⁹

Assim, falar-se em verdade em qualquer processo é necessidade em nome da segurança jurídica decorrente da coisa julgada.

Jamais se consegue a verdade material (certeza) e o máximo que se obtém ao final do processo, segundo ainda a doutrina de Dinamarco, é “[...] um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção desses nas categorias adequadas.”⁹⁰

A verdade judicial é sempre uma verdade processual, porque produzida pela instrução no curso do processo e, sobretudo, por se tratar de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica⁹¹.

Cândido Rangel Dinamarco⁹² buscou suas lições, nesse ponto, em Francesco Carnelutti, segundo o qual a verdade está no todo, que o homem não pode alcançar, senão em uma ou algumas partes. Na falta da verdade, o processualista italiano propõe que no processo, no lugar dela, passe a investigar e buscar a certeza.

De acordo com Luigi Ferrajoli, citado por Aury Lopes Júnior⁹³, “[...] a verdade processual não pretende ser verdade”, porque não pode ser obtida pela indagação de fatos alheios ao objeto processual e é condicionada ao respeito pelas formas procedimentais e pelo direito de defesa.

A verdade processual é aquela que está amparada implicitamente no postulado do devido processo legal, mais especificamente, do contraditório e da ampla defesa, e, assim, é constitucionalmente acolhida pelo ordenamento jurídico contemporâneo⁹⁴.

Pelo contraditório e ampla defesa, instauram-se a estrutura dialética do processo e o diálogo entre acusação e defesa, por meio do que o juiz forma o seu convencimento e prolata a sentença em que se expressa o resultado final do processo: a verdade processual⁹⁵.

Constrói-se a verdade processual pelo exercício do contraditório, por meio do qual se apresentam argumentos e contra-argumentos e produzem-se provas e contraprovas.

⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel apud AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 46.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 46.

⁹¹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 331.

⁹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, ano 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi apud LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 567.

⁹⁴ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 42.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 43.

A produção de provas é ônus processual à parte que interessa comprovar fato em seu favor. A parte tem a faculdade de produzir prova e, se se mantiver omissa, vê preclusa a oportunidade de fazer valer a sua pretensão⁹⁶.

O Código de Processo Penal, no art. 156, estabelece que “[...] a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.”

Interpretação desse dispositivo, sem considerar o sistema acusatório e garantista constitucionalmente estabelecido, leva à conclusão de que há divisão igual entre acusação e defesa quanto ao ônus da prova.

A acusação teria o ônus de comprovar a autoria, a materialidade e demais circunstâncias relevantes penalmente, como agravantes e causas de aumento, enquanto à defesa incumbiria comprovar causas excludentes de ilicitude, culpabilidade e circunstâncias que possam diminuir a pena⁹⁷.

Entretanto, no processo penal constitucional, a presunção de inocência é um valor fundante do sistema de provas⁹⁸. Com isso, qualquer interpretação de instituto relacionado à prova no processo penal deve partir desse princípio constitucional.

Para parte da doutrina, a influência da presunção de inocência se restringe à absolvição em favor do acusado em caso de dúvida (*in dubio pro reo*) e, com isso, mesmo em caso de defesa ineficiente, com pífia atividade probatória a não comprovar fato em favor do acusado, como excludente de antijuricidade, deve o juiz prolatar sentença absolutória⁹⁹.

O ônus da prova quanto a fato em favor do réu é da defesa, mas o juiz deve absolver o acusado em caso de dúvida. É a isso, de acordo com esse posicionamento doutrinário, que se restringe o impacto da presunção constitucional de inocência na distribuição do ônus probatório no processo penal.

No entanto, o processo penal constitucional, fundado no reconhecimento de que todo acusado é sujeito hipossuficiente da relação jurídica processual, impõe à ampliação dos efeitos da presunção de inocência sobre o ônus da prova.

No que tange à distribuição do ônus da prova, este postulado torna explícita a autonomia do processo penal em relação ao processo civil, porque não há distribuição igualitária de tal incumbência.

⁹⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 394.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 333.

⁹⁹ ALENCAR; TÁVORA, op. cit., p. 394.

O estado de inocência implica que a carga probatória recaia exclusivamente sobre a acusação, que deve comprovar a presença de todos os elementos do crime: tipicidade, antijuricidade e culpabilidade.

A ação penal se inicia com uma imensa carga probatória ao acusador, “[...] constituída não apenas pelo ônus de provar o alegado (autoria de um crime), mas também pela necessidade de derrubar a presunção de inocência instituída pela Constituição.”¹⁰⁰

Se o réu, por exemplo, alega em sua defesa excludente de ilicitude, incumbe ao autor da ação penal provar que o fato é ilícito e que a causa alegada não existe¹⁰¹.

Não há que se falar que sobre o acusado recaia ônus probatório, pois, de sua inatividade, não lhe resulta qualquer prejuízo processual. Exemplo típico disso é o exercício do direito ao silêncio¹⁰².

Para Luigi Ferrajoli¹⁰³, a acusação tem o encargo de produzir provas de autoria e materialidade delitivas, enquanto a defesa tem o direito (não o dever) de produzir contraprovas.

A inatividade probatória da defesa, ainda que para provar fatos excludentes da responsabilidade penal do acusado representa assunção de riscos inerente à perda de uma chance.

Assume-se o risco de sentença desfavorável, que não advém de sanção processual, mas decorre dos elementos de prova colhidos na instrução processual, entre os quais não está a prova que o réu não produziu, porque assumiu o risco¹⁰⁴.

No que se refere à produção de prova de ofício pelo órgão jurisdicional, Antônio Scaranse Fernandes¹⁰⁵ sustenta que o juiz tem importante papel na produção de provas. Para obtenção de decisão justa, ele deve presidir a instrução de modo a permitir às partes o pleno exercício do direito de produzir provas, como ainda deve determinar de ofício a produção de prova relevante.

O Código de Processo Penal prevê que o juiz pode determinar de ofício a produção de provas, tal como ocorre nos arts. 156 e 209.

¹⁰⁰ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 552.

¹⁰¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 552.

¹⁰² *Ibid.*, p. 550.

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi apud LOPES JÚNIOR, p. 549.

¹⁰⁴ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 549-550.

¹⁰⁵ FERNANDES, Antônio Scaranse. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 72.

Conforme julgado do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁶, a iniciativa do juiz de ouvir testemunha de ofício, não arrolada anteriormente pelas partes, nos termos art. 209, do Código de Processo Penal, não ofende o contraditório e ampla defesa, porque se busca a verdade real em matéria processual penal.

Contudo, conforme já exposto anteriormente, o princípio da verdade real, como vetor do processo penal, é de difícil conformidade com o modelo acusatório-garantista adotado pela Constituição Federal, além de se ter demonstrado que se trata de um mito ou dogma.

Na tentativa de se conciliar a iniciativa probatória do juiz com o modelo acusatório, há doutrinadores que sustentam que o juiz apenas pode complementar a atividade probatória da acusação com o objetivo de esclarecer dúvida essencial à demonstração da verdade¹⁰⁷.

Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁰⁸ afirma que há inconstitucionalidade se houver o que chama de “iniciativa acusatória do juiz penal”, quando ele exerceria atividade supletiva ou substitutiva do órgão de acusação, que se queda inerte ou produz prova deficientemente.

Por outro lado, referido doutrinador defende a constitucionalidade da iniciativa probatória pelo órgão julgador para produzir prova em favor do acusado ou para suprir dúvida que recaia sobre as provas já produzidas, ainda que em favor da acusação.

Entretanto, apesar do posicionamento de Scaranse, Pacelli e de outros tantos, o modelo processual penal constitucional não permite que o juiz determine a produção de provas de ofício, seja na fase policial, seja na fase judicial.

No que se refere à possibilidade de produção de provas de ofício pelo juiz na fase de inquérito policial, prevista no art. 156, I, do Código de Processo Penal a “inconstitucionalidade é patente”, segundo o próprio Pacelli¹⁰⁹.

Nessa fase, sequer há jurisdição criminal, que se inicia com a apreciação de recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa-crime. A função do juiz na fase de inquérito policial não é de tutelar a investigação, mas de garantir as liberdades públicas, como ocorre na autorização de interceptação telefônica ou na decretação de prisão cautelar.

Na fase judicial, a iniciativa probatória por parte do juiz representa adoção do sistema inquisitivo, porque, indiscutivelmente, passa a atuar como órgão julgador e órgão de acusação¹¹⁰.

¹⁰⁶ STF. ARE n. 666.424 AgR/SC. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJe de 04-03-2015.

¹⁰⁷ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 397.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 335-337.

¹⁰⁹ Ibid., p. 334-335.

¹¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 579.

No sistema acusatório, o juiz deve ser ignorante sobre os fatos descritos na inicial acusatória, cuja reconstrução aproximada vai se dar por meio das provas produzidas pelas partes. Trata-se de atividade recognoscitiva do juiz a partir da qual produzirá o seu convencimento externado na sentença¹¹¹.

[...] a gestão das provas está vinculada à noção de gestão do fato histórico e, portanto, deve estar nas mãos das partes. Do contrário, atribuindo-se ao juiz, estamos incorrendo no erro psicológico da inquisição de permitir-lhe (re)construir a história do crime da forma que lhe aprouver para justificar a decisão já tomada.¹¹²

Como o próprio Eugênio Pacelli de Oliveira¹¹³ expõe, a imparcialidade se dá tanto em decorrência de fatos externos ao processo, como nas hipóteses de impedimento e suspeição, quanto em relação à atuação concreta do juiz no processo.

Na linha de Aury Lopes Júnior¹¹⁴, qualquer que seja a atividade judicial para a produção de provas de ofício, seja para suprir provas não produzidas pelas partes, seja para aclarar dúvidas, torna o juiz um inquisidor.

E conclui este autor: “Permitir que o juiz seja o gestor do fato histórico é incorrer no mais grave dos erros: aderir ao núcleo imantador do sistema inquisitivo.”¹¹⁵

Nem mesmo em favor do réu o juiz deve produzir provas *ex officio*, porque em caso de dúvidas o caminho é absolvição¹¹⁶, uma vez que as provas não foram suficientes para afastar a presunção constitucional de inocência, aplicando-se o seu corolário *in dubio pro reo*.

O papel do juiz não é a qualquer custo, como um inquisidor, buscar a verdade material, mas sim de ser garantidor da Constituição Federal e da máxima efetividade dos direitos e garantias do réu a ele submetido¹¹⁷.

Produzida a prova pelas partes, passa-se ao momento de valoração do conjunto probatório pelo juiz.

No procedimento comum ordinário, a iniciativa de prova é das partes e o juiz é chamado a atuar em três outros momentos: juízo de admissibilidade das provas requeridas,

¹¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012p. 536.

¹¹² Ibid., p. 579.

¹¹³ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 335-336.

¹¹⁴ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 579.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid., p. 580.

¹¹⁷ Ibid.

colheita das provas deferidas e apreciação das provas produzidas. Esse labor do juiz desagua na formação de seu convencimento, objetivo final das provas¹¹⁸.

O sistema de apreciação ou valoração da prova e da conseqüente formação do convencimento do juiz é correlato ao modelo de processo penal, inquisitivo ou acusatório.

No sistema grego antigo e na Roma republicana, o processo adotava o sistema acusatório, dialético, com debates e julgamentos públicos, em que a produção e a valoração das provas eram racionais¹¹⁹.

A partir do império romano e, principalmente, das invasões bárbaras, passou-se a adotar o direito visigodo, marcado pela força do costume, em que se privilegiava a “santidade do juramento”, na qual o acusado, em seu interrogatório, prestava o juramento de dizer a verdade. Se houvesse confissão, não havia mais necessidade de se produzir prova. Se não houvesse admissão de culpa, a produção de provas ficava a cargo exclusivo do acusado, o qual tinha o dever de demonstrar a falsidade das acusações¹²⁰.

Em face dos abusos desse sistema, permitiu-se que, pelo menos entre os nobres, se instituíssem os “duelos jurídicos”, que se davam entre acusador e acusado. Fundava-se na crença de que Deus, infinitamente justo, não permitiria que o acusado inocente fosse vencido¹²¹.

Além disso, os povos primitivos se valiam do sistema de “juízos de Deus” ou ordálias, que perdurou na Europa durante séculos e que foi sinônimo de injustiças e sofrimento. Por esse sistema, o acusado era submetido a tratamento cruel e desumano, e se saísse ileso ou vivo era tido como inocente, porque se acreditava que houve a intervenção divina em seu favor. Do contrário, havia presunção *et de juri* de sua culpa¹²².

Entre as provas cruéis desse período, estavam: “prova pelo fogo”, em que o acusado era obrigado a caminhar com os pés nus sobre barras de ferro incandescentes; “prova d’água fria”, em que se amarrava a mão direita do acusado ao seu pé esquerdo e ele era jogado na água e geralmente se afogava; “prova do cadáver”, em que o acusado era obrigado a tocar no corpo da vítima e, se nesse contato, saísse gota de sangue do cadáver, ele era considerado culpado¹²³.

¹¹⁸ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 337.

¹¹⁹ MACHADO, Antônio Alberto. **Bases do direito processual penal: uma sistematização crítica**. 2006. 1013f. Tese (Livre – Docência) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2006. p. 620.

¹²⁰ BARROS, op. cit., p. 338.

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid., p. 338-340.

¹²³ Ibid., p. 339.

As ordálias foram duramente criticadas pela Igreja Católica e, com o aumento do poder eclesiástico sobre o Estado, elas foram abolidas em 1215, no Concílio de Trento, quando surgiu o sistema da íntima convicção, caracterizado, contudo, por ser irracional e autoritário, porque o julgador não precisava externar os motivos de sua decisão. Tal sistema é compatível com o modelo inquisitivo de processo penal, qualificado pelo sigilo das apurações e pelo absolutismo do juiz¹²⁴.

A íntima convicção é adotada no processo penal brasileiro no rito do Tribunal do Júri, no qual os jurados, juízes do fato levado a julgamento, pessoas do povo, muitas vezes leigas, não precisam externar as suas motivações, o que pode abrir espaço para decisões contrárias à prova dos autos, condenando-se o réu em razão de cor, orientação sexual, entre outros aspectos¹²⁵. Esta injustiça poderia ser corrigida mediante recurso de apelação, o qual em matéria de Júri tem pressupostos restritivos para sua interposição (art. 593, III, do Código de Processo Penal).

Diante do caráter arbitrário do sistema da íntima convicção, foi ele sucedido pelo sistema tarifário ou da prova legal, implantado pela *Ordennance sur la procédure criminelle*, editado em 1670, no reinado de Luís XIV, na França.

Por esse sistema, a lei previamente estabelecia o valor de cada meio de prova admitido, classificando-os e hierarquizando-os. Foi nesse sistema que se atribuiu o valor máximo à confissão (rainha das provas), enquanto que se previa que uma única testemunha não era suficiente para comprovar o fato (“*unus testis, nullus testis*”)¹²⁶.

Se o sistema da íntima convicção cedia espaço para o arbítrio do juiz, o sistema de prova tarifada restringia a dedução das provas a uma tabela com valores previamente fixados pelo legislador¹²⁷.

Ambos os sistemas deram origem a inúmeras injustiças e, por isso, foram superados por um novo método de julgamento denominado persuasão racional ou livre convencimento motivado.

O surgimento da persuasão racional é concomitante com o colapso do sistema inquisitivo no processo penal, decorrente do pensamento libertário dos iluministas que desaguou na Revolução Francesa¹²⁸.

¹²⁴ MACHADO, Antônio Alberto. **Bases do direito processual penal**: uma sistematização crítica. 2006. 1013f. Tese (Livre – Docência) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2006. p. 620.

¹²⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 562.

¹²⁶ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 341.

¹²⁷ Ibid., p. 341-342.

¹²⁸ Ibid., p. 342.

Pelo sistema do livre convencimento motivado, o juiz é livre na formação de seu convencimento, livre de qualquer valoração prévia da prova, mas a sua razão de decidir deve ser explicitada¹²⁹.

Trata-se de sistema intermediário em relação ao radicalismo dos sistemas da prova tarifária e da íntima convicção. Não há, como no primeiro, limites e regras abstratas de valoração, porém, tampouco há, como no segundo, possibilidade formular convicção sem fundamentação¹³⁰.

A liberdade do julgador se relaciona com a independência funcional do órgão jurisdicional, seja no que se refere aos demais membros do Poder Judiciário, seja em relação a pressões externas, como interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria¹³¹.

Essa liberdade do julgador é expressão do regime democrático, não em seu aspecto meramente formal, senão substancial, que “[...] o legitima enquanto guardião do sistema de garantias da Constituição na tutela do débil submetido ao processo.”¹³²

A liberdade de convencimento do juiz reflete, ainda, no fato de que qualquer meio de prova pode ou não ter aptidão para demonstrar a veracidade do que propõe. Não existe hierarquia entre esses meios de prova no processo penal no sentido de que haveria prevalência de um meio em relação ao outro¹³³.

A liberdade do juiz em formar a sua convicção não é ilimitada, porque, embora não haja hierarquia entre os meios de prova, o ordenamento jurídico impõe restrição à obtenção da prova ao vedar o uso de provas ilícitas. Além disso, especifica, por vezes, o único meio próprio em determinado fato, como a exigência de exame pericial para comprovar a materialidade em crimes que deixam vestígio¹³⁴.

Assim, a convicção do juiz é moldada pelas provas admitidas e produzidas de acordo com as regras processuais penais compatíveis com o modelo constitucional garantista-acusatório.

Marco Antônio de Barros observa que

[...] o juiz realiza um exame crítico, racional e psicológico do conjunto probatório, sem descartar o emprego de leis científicas e regras da experiência comuns a todo homem, compondo, no entanto, um processo

¹²⁹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 338.

¹³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 562.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

¹³³ OLIVEIRA, op. cit., p. 340-341.

¹³⁴ Ibid., p. 340.

intelectivo que firma-se na avaliação das provas produzidas no processo e respeita os critérios traçados pelos princípios processuais e gerais do direito, que dão substância ao moderno processo penal.¹³⁵

A decisão final não deve ser aquela que somente “reflita a opinião do juiz”. Para que seja reconhecida como justa e legítima, ela há de ser fundamentada em juízo crítico sobre as provas produzidas durante a instrução¹³⁶.

Lenio Luiz Streck¹³⁷ sustenta que, em regime democrático, a decisão judicial não é a única nem a melhor, mas é a resposta adequada à Constituição Federal. Desse modo, para preservação do regime democrático, não se pode depender do livre convencimento, da busca da verdade real ou outros artifícios que escondem a subjetividade do juiz.

A decisão judicial não é um resultado de escolha. Não “[...] pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante das várias possibilidades para a solução do caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada.”¹³⁸

A decisão judicial é resultado de “[...] um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação como a mais adequada de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.”¹³⁹

O subjetivismo e a subjetividade solipsista, características do *julgo de acordo com a minha consciência* deve ser controlado “[...] a partir da tradição, do não relativismo, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito.”¹⁴⁰

O processo é mecanismo que assegura as garantias do acusado e a limitação dos poderes do Estado. O juiz, como agente político do Estado, portanto, não é livre para julgar de acordo com a sua consciência, mas de acordo com a ordem jurídica estabelecida pela comunidade política na Constituição Federal.

¹³⁵ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 343.

¹³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 562-563.

¹³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? decido conforme minha consciência**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 105.

¹³⁸ Ibid., p. 103.

¹³⁹ Ibid., p. 104.

¹⁴⁰ Ibid., p. 107.

2.3 Das limitações constitucionais ao direito de produzir prova

Como exposto, o princípio da liberdade de produção de provas não é absoluto, porque não se admitem, no processo, provas obtidas em contrariedade à lei ou à moral.

Há limites à produção de provas que se encontram expressos na lei ordinária, como o que exige que a condição de estado da pessoa seja provada de acordo com a lei civil. Desse modo, por exemplo, o parentesco, se relevante penalmente, só pode ser comprovado por meio de certidão pública que demonstre tal estado¹⁴¹.

Mas, relevantes ao presente estudo são as limitações constitucionais à produção de prova, pois elas têm a natureza de direitos e garantias fundamentais de que são titulares todo e qualquer acusado, mesmo que integrante de organização criminosa.

2.3.1 A presunção de inocência e o *nemo tenetur se detegere*

A não-culpabilidade é estado presumido constitucionalmente. É incumbência do Estado-acusação produzir provas que afastem tal presunção com o que haveria condenação e se permitiria a aplicação da pena.

Na lição de Antônio Magalhães Gomes Filho, dominada pelo princípio da presunção de inocência, a atividade probatória deve-se voltar aos fatos imputados ao acusado, não às desculpas apresentadas por este¹⁴².

Corolário do princípio constitucional de inocência está a desnecessidade de sujeito passivo da persecução penal colaborar com a acusação para a produção de prova.

O acusado “[...] não pode sofrer nem um prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer o seu direito ao silêncio no interrogatório.”¹⁴³

Trata-se do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o qual era desconhecido na Antiguidade Clássica e incompatível com o sistema inquisitivo da Idade Média, em que se admitia a tortura para se obter a confissão. Surgiu com os ideais iluministas e se consolidou a partir da 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América¹⁴⁴.

¹⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 581.

¹⁴² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 39.

¹⁴³ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 635.

¹⁴⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 307-308.

Luigi Ferrajoli, citado por Aury Lopes Júnior¹⁴⁵, sustenta que esse princípio é a “[...] primeira máxima do garantismo acusatório” e dele decorre a impossibilidade de o réu “[...] ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar a sua defesa”, tal como participar coercitivamente de acareações, reconstituições, fornecer material para perícia.

É do postulado do *nemo tenetur se detegere* que se extrai o direito ao silêncio, amplamente assegurado no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal (art. 5º, LIII), pelo Pacto Internacional Sobre os Direitos Cíveis e Políticos (art. 14, 3, g) e pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (art. 8º, 2, g), além do próprio Código de Processo Penal (arts. 186, parágrafo único).

Permanecer em silêncio é uma opção conferida ao acusado, associada também aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, já que é expressão da autodefesa e pode ser exercido ainda que em discordância com a defesa técnica¹⁴⁶.

Ao optar pelo exercício desse direito, de forma alguma o réu pode sofrer prejuízo processual, tal como a interpretação de que a conduta represente confissão tácita. Apresenta-se o “[...] silêncio como prova negativa da imputação, sem nenhuma repercussão positiva na apuração da responsabilidade penal.”¹⁴⁷

O juiz tem o dever de informar ao réu sobre o seu direito de permanecer calado e de não responder às perguntas que lhe forem feitas (art. 186 do Código de Processo Penal). Caso não se faça isso no momento oportuno, haverá nulidade do interrogatório e haverá desconsideração de todas as informações incriminatórias e das provas derivadas¹⁴⁸.

O art. 260 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de condução coercitiva do acusado que, apesar de devidamente intimado, não comparece ao interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato cuja presença dele seja imprescindível para a realização.

Ocorre que o direito a ficar calado implica que o acusado, durante toda a investigação e em juízo, não seja compelido a produzir prova contra si mesmo, objetivo final da condução coercitiva¹⁴⁹.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi apud LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 639.

¹⁴⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 312.

¹⁴⁷ Ibid., p. 315.

¹⁴⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Asséf. **Curso de processo penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 329.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 41.

A condução coercitiva prevista na primeira parte do art. 260 do CPP, quando determinada para simples interrogatório – meio de defesa, no qual o acusado não é obrigado a prestar qualquer informação, nem tem qualquer compromisso com a verdade-, é de se ter por revogada por manifesta incompatibilidade com a garantia do silêncio.¹⁵⁰

Referido dispositivo abrange também a possibilidade de condução coercitiva nos casos de reconhecimento ou qualquer outro ato processual.

Em relação ao reconhecimento pessoal, também há violação a preceitos constitucionais, como o direito ao silêncio, à intimidade, privacidade e dignidade, além da presunção de inocência, porque o acusado é submetido a constrangimentos desnecessários e, muitas vezes, à execração pública, como se efetiva e antecipadamente fosse culpado¹⁵¹.

Enfim, qualquer dispositivo legal que, direta ou dissimuladamente, vise obter a confissão forçada do acusado fere o postulado do *nemo tenetur se detegere* e seu corolário constitucional do direito ao silêncio¹⁵².

2.3.2 A tutela da privacidade: busca e apreensão domiciliar e a interceptação telefônica

A Constituição Federal impõe limites à atividade probatória do Estado ao assegurar a preservação do direito à intimidade e da vida privada, à inviolabilidade do domicílio e ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5.º, X, XI e XII).

A proteção constitucional à privacidade “[...] é ampla e abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo.”¹⁵³

Como direito fundamental, a intimidade não tem caráter absoluto e, no processo penal, há institutos que a mitigam, como ocorre no caso de busca e apreensão e de interceptação telefônica, consoante estabelece a própria Constituição Federal.

A busca e apreensão é tratada no Código de Processo Penal como meio de prova, como se instituto único. Porém, trata-se de medidas de natureza cautelar e autônomas entre si, podendo haver busca sem apreensão e apreensão sem busca.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 41.

¹⁵¹ Ibid., p. 42.

¹⁵² TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 313-314.

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 205.

A busca consiste em medida instrumental, pois é meio de obtenção de prova, cujo objetivo é encontrar pessoas ou coisas, enquanto que a apreensão é medida cautelar probatória, porque se destina à garantia de preservação da prova ou é medida assecuratória para a restituição do bem ao seu legítimo dono¹⁵⁴.

A busca e apreensão pode ser pessoal ou domiciliar.

A busca pessoal é medida que recai sobre pessoa em relação à qual há fundadas suspeitas de portar arma ou objetos relacionados ao corpo de delito¹⁵⁵.

Embora seja medida que viole a intangibilidade do direito à intimidade e à privacidade, não depende de autorização judicial¹⁵⁶, mas que deve ser aplicada sem excesso, mediante ponderação dos interesses em jogo pelo princípio da proporcionalidade¹⁵⁷, exigindo-se que haja fundadas suspeitas em relação ao indivíduo, não mera conjectura ou especulação¹⁵⁸.

A busca domiciliar é a realizada na “casa”, termo usado pela Constituição Federal para a tutela do domicílio, cujo conceito abrange é mais amplo que o da legislação civil, entendendo-se como tal qualquer compartimento habitado, qualquer aposento ocupado de habitação coletiva ou qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade¹⁵⁹.

Corolário da intimidade, a inviolabilidade do domicílio, consagrada a partir da tradição inglesa, pode-se traduzir pelo dito de Lord Chatam no Parlamento Britânico:

O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar.¹⁶⁰

Em regra, o ingresso em domicílio, só pode ocorrer em caso de consentimento do morador. Excepcionalmente, a Constituição Federal o permite, a qualquer momento, em caso de desastre ou para prestar socorro e no caso de flagrante delito.

¹⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 701.

¹⁵⁵ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 474.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 431.

¹⁵⁷ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 703.

¹⁵⁸ ALENCAR; TÁVORA, op. cit., p. 474.

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 289-290.

¹⁶⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 49.

Além disso, é permitido que se ingresse no domicílio durante o dia, desde que haja prévia autorização judicial.

A inviolabilidade do domicílio, como garantia constitucional, impõe que a medida não seja banalizada.

O Judiciário, como guardião dos direitos fundamentais, deve conceder a medida somente se demonstrada a prévia necessidade. Exige-se que a busca e a apreensão domiciliar seja justificada em elementos de investigações preliminares, com demonstração do *fumus comissi delicti*, um lastro probatório mínimo que justifique medida tão invasiva¹⁶¹.

Eugênio Pacelli de Oliveira sintetiza os requisitos indispensáveis para a concessão da busca e apreensão domiciliar: a) ordem judicial escrita e fundamentada; b) indicação precisa do local, dos motivos e da finalidade da diligência; c) cumprimento da diligência durante o dia, salvo consentimento do morador para ser realizada também à noite; d) uso da força e de arrombamento só pode ocorrer em caso de desobediência do morador ou de sua ausência ou de qualquer outra pessoa no local¹⁶².

Ainda como consequência da tutela da intimidade, estabelece a Constituição Federal (art. 5.º, XII) a inviolabilidade do sigilo das comunicações e de dados.

As comunicações epistolar, telegráfica e telefônica caracterizam-se pela forma estritamente privada, por serem dirigidas exclusivamente ao destinatário e pelo dever de se manterem desconhecidas de terceiros.

“Se a casa pode ser havida como uma espécie de proteção *espacial* do morador, a correspondência, então, pode ser tida como um modo de projeção *espiritual da própria pessoa*.”¹⁶³

A leitura do preceito constitucional leva à conclusão de que o sigilo das comunicações por correspondência e telegráfica seriam absolutas, como defendeu Rogério Lauria Tucci na primeira edição de seu livro “Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro”, já que não houve previsão de levantar tal sigilo, ainda que depois de autorização judicial¹⁶⁴.

Essa posição doutrinária parece mais consentânea com o processo penal constitucional, em que se busca a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Não é essa, contudo, a tese defendida por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, segundo os quais a restrição de direitos fundamentais pode ocorrer sem a

¹⁶¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 704.

¹⁶² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 441.

¹⁶³ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 343.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 345.

autorização expressa do poder constituinte e, diante dos princípios da concordância prática entre ditames constitucionais e da proporcionalidade, é possível a relativização do sigilo das comunicações epistolar e telegráfica¹⁶⁵.

Nessa esteira, Marco Antônio de Barros¹⁶⁶ entende que é possível se levantar o sigilo dessas espécies de comunicações para a apuração de crimes em situações excepcionais e desde que haja prévia autorização judicial.

No que se refere à interceptação telefônica, a Constituição Federal é explícita ao estabelecer a necessidade de prévia ordem judicial na forma da lei e que ela seja feita para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Interceptação telefônica em sentido estrito é a captação de conversa por um terceiro sem o consentimento dos interlocutores¹⁶⁷. Trata-se de medida cautelar com o objetivo de produção de prova¹⁶⁸.

A quebra do sigilo telefônico está submetida a um rígido controle legal. A Lei n. 9.296/1996, que trata da matéria, conferiu ao juiz um poder estritamente regulado e não discricionário¹⁶⁹.

A Lei n. 12.850/2013, em seu art. 3º, V, elenca como meio de prova à persecução ao crime organizado a interceptação telefônica nos termos dessa legislação específica.

A interceptação telefônica será tratada no capítulo seguinte, notadamente, no que se refere à publicidade das conversas telefônicas interceptadas, sejam elas de interesse à investigação, sejam elas completamente impertinentes ao deslinde da causa.

A interceptação telefônica se distingue da gravação telefônica clandestina, em que um dos interlocutores grava a conversa sem o consentimento do outro, bem como da escuta telefônica, na qual a comunicação é captada por terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores¹⁷⁰.

Também, não se confunde com a gravação ambiental, em que um dos interlocutores grava a conversa feita entre presentes em um mesmo ambiente sem o conhecimento do outro.

¹⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 293.

¹⁶⁶ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2013. p. 183.

¹⁶⁷ MACHADO, Antônio Alberto. **Bases do direito processual penal: uma sistematização crítica**. 2006. 1013f. Tese (Livre – Docência) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2006. p. 654-655.

¹⁶⁸ BARROS, op. cit., p. 184.

¹⁶⁹ Ibid., p. 185.

¹⁷⁰ MACHADO, op. cit., p. 656.

Nos casos em que a conversa é gravada, seja ambientalmente, seja por interceptação telefônica, por um dos interlocutores sem o consentimento do outro, o Supremo Tribunal Federal considerou que não há ilicitude¹⁷¹.

O Ministro Cezar Peluso, relator do recurso, apontou que a interceptação telefônica é reprimida pelo ordenamento jurídico, porque consiste em intervenção indevida de terceiro em comunicação reservada, alheia ao interceptador. Por outro lado, quem revela conversa da qual foi partícipe dispõe do sigilo que também é seu e não comete ilícito, salvo se houver norma que imponha o sigilo absoluto¹⁷².

Em sentido diverso, o Ministro Marco Aurélio entendeu que o uso de gravador por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro viola a boa-fé, que deve reinar nas relações humanas, e que, portanto, tal conduta é eivada de inconstitucionalidade¹⁷³.

2.3.2 Da prova ilícita

A Constituição Federal estabelece que é inadmissível, no processo, o uso de provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI), preceito que foi repetido no Código de Processo Penal (art. 157, *caput*).

Esses dispositivos trazem afirmação ética no campo do Direito, porque atuam no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, exigindo-se do Estado condutas leais para com o acusado¹⁷⁴.

A problemática em torno das provas ilícitas deve ser analisada no contexto de evolução do processo penal, em que se supera o dogma da verdade real, se dá maior valor à forma dos atos processuais como garantia do acusado, parte hipossuficiente da relação jurídica processual, e se impõe limites à atividade probatória do Estado¹⁷⁵.

A inadmissibilidade de provas ilícitas tem como destinação primária a proteção dos direitos à intimidade, à privacidade, à imagem, à inviolabilidade do domicílio, normalmente os mais atingidos durante a atividade persecutória¹⁷⁶, sem prejuízo de outros direitos e garantias fundamentais do acusado.

¹⁷¹ STF. RE n. 583.937/RJ. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJe de 18-12-2009.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 343.

¹⁷⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 591.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, op. cit. p. 343.

A vedação ao uso de provas ilícitas, portanto, está relacionada à proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado em contraposição às prerrogativas do Estado-acusação.

Isso se confirma ao se analisar a origem de tal princípio no direito norte-americano, conforme voto proferido pelo Juiz Samuel Anthony Alito Júnior no caso *Davis v. United States*:

The Fourth Amendment protects the right to be free from “unreasonable searches and seizures,” but it is silent about how this right is to be enforced. To supplement the bare text, this Court created the exclusionary rule, a deterrent sanction that bars the prosecution from introducing evidence obtained by way of a Fourth Amendment violation.^{177 178}

Naquele País, a vedação ao uso de provas ilícitas decorre de interpretação da Quarta Emenda à Constituição norte-americana, que proíbe as buscas e apreensões abusivas, e a partir disso pelo sistema de precedentes cria-se a proteção ao cidadão que veda o uso de prova ilícita.

No que se refere à qualidade da prova usada em juízo, a vedação ao meio ilícito inibe, desde já, o aproveitamento de métodos cuja idoneidade seja previamente questionada, como a confissão obtida mediante tortura¹⁷⁹.

A vedação de provas ilícitas repercute no âmbito da igualdade processual, pois, ao impedir a atividade ilícita dos agentes do Estado na produção probatória, equilibram-se as forças com as prerrogativas probatórias da defesa¹⁸⁰.

O sistema de provas rege-se pela estrita legalidade, que não se confunde com o sistema da prova legal, em que o valor de cada espécie de prova é previamente prefixado no ordenamento jurídico. A legalidade no campo da obtenção da prova deve ser vista como defesa das formas processuais em nome das tutelas dos direitos do acusado¹⁸¹.

¹⁷⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE. **Supreme Courte of the United States**. Willie Gene Davis, Petitioner v. United States. Justice Alito Júnior, S. A. Washington, DC, 2010. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-11328.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

¹⁷⁸ A Quarta Emenda protege o direito de estar livre de "buscas e apreensões não razoáveis", mas não diz nada sobre como esse direito deve ser aplicado. Para complementar o texto nulo, este Tribunal criou a regra de exclusão, uma sanção dissuasiva que impede a acusação de apresentar provas obtidas por meio de uma violação da Quarta Emenda.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 343.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 343.

¹⁸¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, ano a, n. 0, fev. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5070>. Acesso em: 10 mar. 2017.

A prova ilícita se enquadra na categoria de prova vedada, entendida esta como a prova contrária, em sentido absoluto ou relativo, a uma específica norma legal ou a um princípio de direito positivo¹⁸².

Se o direito sempre proíbe a produção da prova, tem-se que a vedação é absoluta. Já, se o ordenamento jurídico admite o meio de prova, mas o condiciona à observância de determinada forma, fala-se em vedação relativa¹⁸³.

Relevante também é a distinção entre prova ilícita e ilegítima, ambas tidas como espécie de prova ilegal¹⁸⁴, conforme a proibição do uso da prova se der, respectivamente, em razão de violação à norma de natureza processual ou à norma material ou substancial.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura, na esteira dos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover e do jurista italiano Pietro Nuvolone, assevera:

[...] a proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Tem, ao contrário, natureza substancial quando, embora servindo, de forma imediata, também a interesses processuais, é vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo.¹⁸⁵

Prova ilegítima é a que decorre de violação a norma de direito processual no momento de sua produção, em juízo, tal como ocorre nos casos de provas juntadas intempestivamente¹⁸⁶ ou no caso de provas produzidas em desrespeito ao sigilo profissional ou contra a vontade de quem pode se recusar a depor, como os parentes do acusado (arts. 206 e 207 do Código de Processo Penal)¹⁸⁷.

De outro lado, prova ilícita é a colhida em contrariedade a normas de direito material, sobretudo de direito constitucional (a ilicitude da prova, frequentemente, prende-se à violação de liberdades públicas, como os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade da pessoa humana), sem prejuízo de se considerar ilícita também a prova produzida

¹⁸² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, ano a, n. 0, fev. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5070>. Acesso em: 10 mar. 2017.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 593.

¹⁸⁵ MOURA, op. cit.

¹⁸⁶ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 593.

¹⁸⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 50.

em violação a normas infraconstitucionais de natureza civil, penal, administrativa, entre outras¹⁸⁸.

A vedação à prova ilícita não ocorre somente no que se refere ao meio escolhido, mas também no que se refere aos resultados que podem ser obtidos com a sua utilização. Portanto, mesmo quando não houver vedação expressa quanto ao meio, será preciso indagar ainda se o resultado obtido configura violação ou não a direitos¹⁸⁹.

É o que ocorre no caso do uso de gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores. Não há vedação ou autorização expressa a tal meio de prova. A indagação que se coloca é se o resultado dessa gravação viola a intimidade do interlocutor que não grava a conversa, conforme exposto alhures.

Obtida a prova ilicitamente, a questão que se coloca é quanto ao seu aproveitamento no processo.

De acordo com corrente doutrinária, associada ao modelo inquisitivo de processo penal, admitia-se o uso de provas obtidas ilicitamente, com fundamento nos princípios do livre convencimento e da busca da verdade real. No balanceamento dos interesses em jogo, prevalecia a investigação da verdade ainda que obtida por meio ilícitos¹⁹⁰.

Para essa corrente doutrinária, não interessava se a obtenção da prova representava violação a direito material. A sanção deve recair sob a pessoa do infrator da norma material, mas a prova deve ser preservada¹⁹¹.

Em sentido oposto, a corrente majoritária é no sentido de que a prova ilícita não pode ser admitida no processo. Trata-se de interpretação literal do art. 5.º, LVI, da Constituição Federal¹⁹².

A prova obtida ilicitamente incide em “atipicidade constitucional”, termo cunhado por Ada Pellegrini Grinover, porque há desconformidade com o modelo, o tipo constitucionalmente imposto¹⁹³.

Ao defender a inadmissibilidade das provas ilícitas, Maria Thereza Rocha de Assis Moura leciona que

¹⁸⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 50.

¹⁸⁹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 344.

¹⁹⁰ AVOLIO, loc. cit.

¹⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 594.

¹⁹² Ibid., p. 595.

¹⁹³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, ano 1, n. 0, fev. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5070>. Acesso em: 10 mar. 2017.

[...] as normas constitucionais relevantes para o processo têm dimensão de garantia, que interessam à ordem pública e à boa condução do processo, a contrariedade a essas normas acarreta sempre a ineficácia do ato processual, seja por nulidade absoluta, seja pela própria inexistência, porque a Lei Maior tem como inadmissível a prova obtida por meios ilícitos.¹⁹⁴

A crítica que se faz a essa corrente doutrinária está justamente em conferir caráter absoluto à inadmissibilidade da prova ilícita, porque confere uma verdade universal e universalizante, que, inequivocamente, poderia prescindir de um juízo de ponderação, exigido diante da complexidade de cada caso concreto¹⁹⁵.

A princípio, a Constituição Federal colocou a inadmissibilidade de provas ilícitas como conceito absoluto. Porém, coube à doutrina e à jurisprudência, notadamente pelos princípios da proporcionalidade (de origem no Direito alemão) e da razoabilidade (de origem no Direito norte-americano), ponderar o uso de provas ilícitas em confronto com outros valores relevantes constitucionalmente, como a própria liberdade¹⁹⁶.

A prova colhida mediante infração a direitos fundamentais, à primeira vista, é inconstitucional e, portanto, inservível para ser usada no processo. Tal proibição, contudo, é abrandada para se admitir, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, esta prova, se ela for a única forma de se proteger outros valores fundamentais, considerados mais urgentes no caso concreto¹⁹⁷.

A admissibilidade do uso de provas ilícitas em favor do réu, justamente em face do juízo de ponderação entre os interesses em conflito, é, por sua vez, pacífico na jurisprudência e na doutrina.

O devido processo legal, nesse caso, atua em dupla função: proibição de provas ilícitas e garantia da ampla defesa ao acusado. A vedação de uso de provas ilícitas, como corolário do devido processo legal, é direcionada à acusação que detém o ônus da prova. Se o ordenamento jurídico também inadmitisse prova ilícita *pro reo*, violaria o mesmo devido processo legal no que tange à ampla defesa¹⁹⁸.

¹⁹⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, ano 1, n. 0, fev. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5070>. Acesso em: 10 mar. 2017.

¹⁹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 595.

¹⁹⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 31-32.

¹⁹⁷ MOURA, op. cit.

¹⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 293.

O uso de prova ilícita em favor do réu visa impedir a condenação de um inocente. No caso, o réu age acobertado por excludente de ilicitude, como a legítima defesa e o estado de necessidade¹⁹⁹.

A controvérsia surge no que se refere à possibilidade de uso de prova obtida ilicitamente em desfavor do acusado ou *pro societatis*.

Em julgamento de *habeas corpus*, o Ministro Adhemar Maciel²⁰⁰ negou a ordem para anulação de interceptação telefônica, feita antes da lei atual de regência, sob o fundamento de que é possível a aplicação do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade em matéria de nulidade da prova.

De acordo com o Ministro, a Suprema Corte dos Estados Unidos não tem sido unânime em reconhecer caráter absoluto à cláusula da *Exclusionary Rule*, cláusula que se desenvolve a partir da Emenda IV à Constituição norte-americana e que considera nula as buscas e apreensões arbitrárias (*unreasonable searches and seizures*). A razoabilidade já foi usada para se permitir o uso de provas obtidas ilicitamente de acordo com os interesses em jogo.

O Ministro afirma ainda que, também, na Alemanha, a prova ilícita não é descartada de plano. Aplica-se a proporcionalidade para, no caso específico, julgar-se pela contaminação da prova pela conduta ilícita.

Essa decisão ficou, contudo, isolada no Superior Tribunal de Justiça, tendo-se conhecido apenas de que o Supremo Tribunal Federal já se valeu do princípio da proporcionalidade para admitir o uso de prova ilícita com a ressalva de que havia outras provas lícitas que corroboravam a ilícita²⁰¹

No Brasil, o Ministério Público Federal lançou o movimento denominado “Dez medidas contra a corrupção”, do qual derivou projeto de lei de iniciativa probatória cujo processo legislativo se iniciou em 29 de março de 2016, mas que foi rejeitado na Câmara dos Deputados. No momento, aguarda deliberação da mesa diretiva da Casa, em decorrência de

¹⁹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 598.

²⁰⁰ HC n. 3.982/RJ. Relator: MACIEL, Adhemar. Publicado no DJe de 05-12-1995 (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 2016/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 2016/2017).

²⁰¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, ano 1, n. 0, fev. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5070>. Acesso em: 10 mar. 2017.

decisão do Supremo Tribunal Federal, que determinou que o Projeto voltasse do Senado Federal²⁰².

Uma das medidas seria a inclusão de dez incisos ao § 2º, do art. 157, do Código de Processo Penal, com o que se visa a regulamentação do uso da prova ilícita.

Fábio Medina Osório²⁰³, em artigo publicado no jornal “Folha de S. Paulo”, sustentou que, com suporte no direito norte-americano, essas propostas visavam dar caráter relativo à nulidade da prova obtida ilicitamente em favor da acusação.

No mencionado projeto, defende-se, entre outras hipóteses, que não se decreta a nulidade da prova ilícita quando houver caracterização de boa-fé de quem obteve a prova, assim entendida a circunstância que levou a autoridade a crer que a diligência estava legalmente amparada.

Especificamente sobre esse ponto da reforma, a Quinta Câmara de Revisão e Coordenação do Ministério Público Federal deu como exemplo a hipótese de o policial obter a prova amparado em decisão judicial aparentemente legítima. Nesse caso, não haveria abuso do policial, pois ele subjetivamente entendia que a sua conduta era absolutamente lícita. Ao contrário, do que ocorreria em caso de tortura²⁰⁴.

No sistema processual penal constitucional brasileiro, no entanto, a prova ilícita em favor do Estado-acusação, ainda que consideradas questões como a proporcionalidade e a razoabilidade, não se sustenta.

O art. 5.º, LVI, da Constituição Federal, estabelece garantia fundamental que deve ser interpretada restritivamente no que se refere às prerrogativas do Estado, sob pena de se negar efetividade ao direito nela estabelecido.

Trata-se de imenso perigo admitir-se o uso de prova ilícita em favor da acusação com fundamento no princípio da proporcionalidade, porque este é constantemente manipulado para

²⁰² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4850/2016, de 29 de março de 2016. Estabelece medidas de combate à impunidade, à corrupção; altera os Decretos-Leis n.ºs 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal; as Leis n.ºs 4.717, de 29 de junho de 1965, 4.737, de 15 de julho de 1965, 8.072, de 25 de julho de 1990, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, 8.906, de 4 de julho de 1994, 9.096, de 19 de setembro de 1995, 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.613, de 3 de março de 1998, e 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos do Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967, e da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990; e dá outras providências.. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 8 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

²⁰³ OSÓRIO, Fábio Medina. Provas ilícitas em processo de corrupção. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 7 nov. 2016. Opinião. p. 3.

²⁰⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **10 medidas contra a corrupção**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/perguntas-frequentes/as-10-medidas-autorizam-o-uso-de-prova-ilicita>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

restringir direitos fundamentais, até mesmo, para se proferir sentença condenatória a partir de suposta prevalência do interesse público²⁰⁵.

No que diz respeito ao movimento “Dez medidas contra a corrupção”, no ponto em que propõe a permissão de provas ilícitas em caso de boa-fé do agente estatal, vê-se perigo do uso de expressão aberta “boa-fé” para a restrição de direito fundamental.

Mais do que isso, o postulado que veda o uso de provas ilícitas, ao contrário do que sugere o comunicado do Ministério Público Federal, não se dirige apenas ao aparato policial, como também, além do Judiciário, aos demais órgãos de persecução do Estado, como próprio Ministério Público.

Se o policial cumpre diligência com fundamento em ordem judicial que depois é anulada, sua boa-fé não afasta a ilicitude da prova, que tem origem na própria decisão judicial ilícita.

O postulado da inadmissibilidade de provas ilícitas só encontra exceção, portanto, se for em benefício do réu, como exposto anteriormente.

Do direito norte-americano, extrai-se a teoria da árvore envenenada ou *fruits of the poisonous tree*, pela qual a prova ilícita e as derivadas delas não podem ser usadas pelo julgador na formação de seu convencimento²⁰⁶.

Essa regra decorre de consequência lógica: se a prova derivada da ilícita fosse admitida, contornar-se-ia a ilicitude da conduta dos agentes do Estado²⁰⁷.

Embora em tese seja fácil amoldar-se a nulidade da prova derivada, no plano prático, pode-se encontrar dificuldades em relação à identificação concreta da prova lícita ser efetiva e exclusivamente derivada da ilícita²⁰⁸.

A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América desenvolveu diversas teorias que buscam resolver a questão. Destacam-se aqui duas: teoria da descoberta inevitável e teoria da fonte independente.

Na descoberta inevitável, “[...] admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações.”²⁰⁹

²⁰⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 596.

²⁰⁶ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 314.

²⁰⁷ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 362.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 363.

²⁰⁹ *Ibid.*

Foi o que decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Nix v. Williams*. Nesse caso, o acusado havia matado uma criança e escondido o corpo. Mais de duzentas pessoas se organizaram para localizar o cadáver, divididas em zona de atuação. Mas, de forma ilegal, a polícia obteve a confissão do acusado e se localizou o corpo da vítima. A Suprema Corte entendeu que se tratava de prova válida, porque, cedo ou tarde, da forma com que foram organizadas as buscas, fatalmente o cadáver seria encontrado²¹⁰.

A teoria da fonte independente baseia-se justamente na ausência de fato que estabeleça relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção de prova posteriormente à ilícita) entre a prova ilícita e a derivada dela²¹¹.

Essa teoria foi adotada pela Suprema Corte norte-americana no caso *Murrey v. United States*, em que policiais tinham concretas suspeitas que o acusado promovia o tráfico de drogas em uma casa, onde entraram irregularmente. Posteriormente, requereram mandado de busca e apreensão domiciliar, indicando as suspeitas, sem mencionar que haviam feito as buscas irregulares. A decisão judicial foi no sentido de que as buscas mediante mandado não eram ilícitas, pois eram independentes da prova ilícita, pois da atividade regular de investigação os policiais tinham fundada suspeita sobre o tráfico²¹².

Também, relacionada ao sistema de licitude da prova está a teoria do encontro fortuito de provas, em que a prova de determinada infração penal é obtida a partir da prova regularmente autorizada na investigação de outro crime²¹³.

A prova encontrada fortuitamente só é válida, se houver identidade dos fatos, isto é, se o encontro for decorrência lógica da medida autorizada e lícita.

É o que ocorre no seguinte caso: a interceptação telefônica só pode ocorrer para a investigação de crimes apenados com reclusão. No curso de diligência para se apurar crime de apenado com reclusão, encontra-se prova relacionada a crime apenado com detenção. Nesse caso, há identidade e a prova encontrada fortuitamente é lícita também em relação ao crime de regime de detenção²¹⁴.

²¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 601.

²¹¹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 363.

²¹² LOPES JÚNIOR, loc. cit.

²¹³ OLIVEIRA, op. cit., p. 365.

²¹⁴ Ibid., p. 367.

CAPÍTULO 3 DOS MEIOS DE PROVA NO CRIME ORGANIZADO E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO

3.1 Do crime organizado e das organizações criminosas

A liberdade de associação presta-se a satisfazer necessidades básicas dos indivíduos e é direito fundamental inerente às pessoas no Estado Democrático de Direito. Se o ser humano isolado não consegue obter os bens da vida que lhe satisfaçam, pode associar-se para alcançar tal objetivo¹.

A liberdade de associação só incide se o seu objeto for lícito. São defesas, portanto, as associações que têm como objetivo atividade ilícita, no que se compreendem aquelas que visam à prática de atos contrários ao direito, englobando desde condutas que contrariam os bons costumes até aquelas que são tipificadas penalmente².

Há associações ilícitas que se voltam à prática de crimes e, por isso, encontram resposta na legislação penal.

No art. 29 do Código Penal prevê-se o concurso de pessoas que consiste na cooperação entre várias agentes para o cometimento de uma infração penal em coautoria ou participação³.

A associação criminosa pode ainda configurar tipo penal autônomo previsto no art. 288 do Código Penal, em que três ou mais pessoas se associam para a prática de crimes. Nesse crime, exige-se durabilidade e permanência da associação para o cometimento de crimes, um *plus* em relação ao simples e eventual concurso de agentes⁴.

Há outros crimes na legislação penal, como o de constituição de milícia privada (art. 288-A, Código Penal) e de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n. 11.343/2006).

O objeto do presente trabalho se refere a fenômeno mais complexo: as organizações criminosas, cujas atividades delituosas geram o fenômeno do crime organizado.

É pantanoso o terreno para a categorização e conceituação de crime organizado pela doutrina.

Dois dos maiores penalistas da atualidade divergem sobre a existência do fenômeno do crime organizado como categoria individualizada.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 301.

² Ibid., p. 305.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 293.

⁴ Ibid., p. 1194.

De um lado, o argentino Eugenio Raúl Zaffaroni⁵ defende que seria impossível, cientificamente, identificar o fenômeno do crime organizado. De outro lado, o italiano Luigi Ferrajoli⁶ sustenta a existência do crime organizado como fenômeno que chega a colocar em risco o próprio Estado de Direito.

Por se reconhecer a autoridade da doutrina desses dois juristas, passa-se à análise da posição de ambos sobre o crime organizado.

Eugenio Raúl Zaffaroni⁷ afirma que a categorização de fenômeno como crime organizado é “[...] uma tarefa infrutífera, pois a diversidade que aquela categoria pretende abranger continua dispersa e carente de uma análise particularizada, prescindindo de uma falsa classificação.”

A pretensão de se caracterizar o crime praticado por pluralidade de agentes seria produto da tradição norte-americana. Não chega a negar a existência de máfia ou máfias nos Estados Unidos da América do Norte, mas a dificuldade consistiria em identificar o que pode ser legitimamente subsumido aos paradigmas do que seria crime organizado, como se afirmar que tal organização criminosa seria tão sofisticada, centralizada, hierarquizada, a ponto de se ter estrutura empresarial para o desenvolvimento de condutas ilícitas⁸.

As fontes das teorias que sustentam a categoria do crime organizado no fenômeno da pluralidade de agentes seriam a policial, a dos “arrepentidos”, a criminológica, a dos economistas e a dos políticos. Mas, as três últimas fontes trabalhariam sobre informações fornecidas pelas duas primeiras, de modo que se formou monopólio informativo nas mãos da polícia, instituição em que se concentrou poder proeminente no desenvolvimento de políticas e estratégias referidas ao crime organizado⁹.

Em consequência, os paradigmas estabelecidos para identificação do crime organizado careceriam de dados seguros de sustentação empírica¹⁰.

No campo político, a existência de crime organizado no período do Pós-Guerra teria servido como bandeira à propaganda anticomunista, já que ele era visto como risco à

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime organizado”: uma categorização frustrada. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 45, 1996.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. Tradução de Miguel Carbonell. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, DF, Nueva serie, ano 39, n. 115, p. 301-316, ene./abr. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v39n115/v39n115a10.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁷ ZAFFARONI, op. cit., p. 45.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

democracia, e, ao mesmo tempo, à segregação de minorias étnicas, notadamente, de imigrantes que chegavam aos Estados Unidos da América, como os italianos¹¹.

De outro lado, Luigi Ferrajoli¹² assevera que um dos efeitos perversos da globalização é o desenvolvimento da criminalidade internacional com dimensão global e sem precedentes na história.

A ampliação da criminalidade internacional teria múltiplos fatores, notadamente, o fato de que a mundialização das comunicações e da economia não é acompanhada da correspondente mundialização dos direitos e das técnicas de sua tutela¹³.

Efeito disso é que se vive profunda crise do direito, pois hoje os homens são muito mais iguais em direitos do que no passado. No entanto, paradoxalmente, são mais desiguais em concreto, causa das condições de indigências de que são vítimas milhões de pessoas, apesar das muitas cartas, constituições e declarações de direitos nos planos internacional e nacional¹⁴.

*“Nuestro ‘tiempo de los derechos’, como lo ha llamado Norberto Bobbio, es también el tiempo de su más amplia violación y de la más profunda e intolerable desigualdad.”*¹⁵

Na era da globalização, a ameaça mais grave aos direitos, à democracia, à paz e, até mesmo, ao futuro do planeta, seria representada pelo que o penalista italiano chama de criminalidade do poder, que se manifestaria por diversas formas. Três delas, contudo, podem ser agrupadas por seu caráter de “[...] *criminalidad organizada: la de los poderes abiertamente criminales; la de los crímenes de los grandes poderes económicos; y, finalmente, la de los crímenes de los poderes públicos.*”¹⁶

A primeira das manifestações de *criminalidad organizada*, chamada de poderes criminais, se manifestaria por duas formas: o terrorismo e a grande criminalidade das máfias e das camorras¹⁷.

Afirma Ferrajoli¹⁸ que o crime organizado sempre existiu, mas, nos dias atuais, teria um desenvolvimento extraordinário a ponto de se tornar um dos setores mais dinâmicos, desenvolvidos e influentes da economia internacional.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime organizado”: uma cate2gorização frustrada. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 1, p. 50, 1996.

¹² FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. Tradução de Miguel Carbonell. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, DF, Nueva serie, ano 39, n. 115, p. 301-316, ene./abr. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v39n115/v39n115a10.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid., p. 302.

¹⁶ Ibid., p. 304.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

Paradoxalmente, a pujança econômica do crime organizado seria alimentada pela exploração da miséria, cuja face mais visível são os colossais benefícios advindos do tráfico de drogas com o recrutamento massivo de pequenos traficantes dentro dos grupos marginalizados¹⁹.

A criminalidade praticada por grandes grupos econômicos transnacionais, por sua vez, manifesta-se sob diversas formas de corrupção, apropriação dos recursos naturais e destruição do meio ambiente²⁰.

Na ausência de direito público, notadamente de direito penal internacional, essa forma de criminalidade organizada se desenvolve tendo como única regra o benefício e a autoacumulação de riquezas²¹.

Finalmente, a última forma de criminalidade organizada seria a praticada pelos poderes públicos. Com vínculos estreitos com o poder econômico, essa espécie de crime organizado estaria relacionada a todas as formas de corrupção e apropriação da coisa pública, além de crimes contra a humanidade, como a tortura, cometidas por forças policiais ou serviços secretos estatais, por forças paramilitares e organizações ocultas, internas e internacionais, e, enfim, as guerras e os crimes de guerras²².

Em comum, essas três novas formas de criminalidade têm o fato de que são organizadas e compostas, ou, ao menos, sustentadas e protegidas por poderes fortes e ocultos, cujos integrantes são sujeitos potentes, em posição de domínio, não por pessoas fragilizadas e marginalizadas²³.

Por fim, a criminalidade organizada é gravemente perigosa, porque atentaria contra direitos fundamentais, individuais e coletivos, incluindo a paz e a democracia, e ainda

*Al consistir en la desviación no ya de individuos aislados, sino de poderes desenfrenados y absolutistas, se caracteriza por una pretensión de impunidad y una capacidad de intimidación tanto mayor cuanto más potentes son las organizaciones criminales y sus vínculos con los poderes públicos.*²⁴

A dificuldade em compreender o fenômeno do crime organizado decorre do fato de ser muito pouco estudado seja no âmbito da criminologia (empírico), seja no das ciências

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. Tradução de Miguel Carbonell. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, DF, Nueva serie, ano 39, n. 115, p. 301-316, ene./abr. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v39n115/v39n115a10.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid., p. 307.

jurídicas (normativo), o que, contudo, não implica deixar de reconhecê-lo como categoria específica de crime praticado em concurso de agentes²⁵.

Francis Rafael Back²⁶ enumera como elementos identificadores do crime organizado a estrutura plúrima hierarquizada e permanente, a finalidade de lucro ou poder, a utilização dos meios tecnológicos, a conexão com o poder público, a internacionalização, o uso da violência e da intimidação, o cometimento de delitos com graves consequências sociais e o emprego de lavagem de dinheiro.

O concurso de agentes é elemento indispensável à caracterização do crime organizado. Não basta, contudo, que esse concurso seja eventual ou mesmo estável. Exige-se que haja rígido esquema de distintos níveis hierárquicos, com coesão obtida pela punição e lei do silêncio²⁷.

Em regra, a finalidade do crime organizado é obtenção de lucro. Excepcionalmente, a finalidade é sócio-política, como no caso de grupos terroristas²⁸.

A utilização de meios tecnológicos de ponta associa-se à violência para a ocultação das práticas criminosas, a eliminação de vestígios e a garantia de impunidade ao dificultar ou tornar impossível a atuação dos órgãos estatais de persecução²⁹.

A conexão do crime organizado com o poder público se dá por meio de corrupção dos agentes estatais, o que paralisa o combate pelo Estado do crime organizado, facilitando a execução e a impunidade do crime. Essa corrupção abala a confiança nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário³⁰.

O crime organizado busca a internacionalização de suas atividades criminosas, embora se reconheça a existência de organizações criminosas com atuação no âmbito doméstico. Com a internacionalização, visa-se conferir maior lucratividade e dificultar a atuação do Estado, limitado pelo obstáculo jurídico (divergências entre as legislações) e pelo isolamento de muitos órgãos estatais nacionais³¹.

O uso de violência e de intimidação também é marca que caracteriza o crime organizado, notadamente aquele praticado pelas máfias, pelos grupos terroristas e pelas organizações que exploram o tráfico de drogas. A violência atinge os integrantes e pessoas

²⁵ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei n. 9.304/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 73.

²⁶ BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 80.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, p. 81.

²⁹ *Ibid.*, p. 82.

³⁰ *Ibid.*, p. 83.

³¹ *Ibid.*, p. 85.

estranhas ao grupo, como, neste caso, os moradores de regiões controladas pelo crime. O silêncio é imposto por atos de extrema violência. Contudo, quanto mais sofisticada a organização com caráter empresarial, menos violenta ela é³².

Esse método de violência e de intimidação do crime organizado acarreta danos ao meio social que não se pode mensurar com exatidão. Em algumas situações, dada a permissividade do Estado, o crime organizado pode levar benefícios à comunidade local, como a geração de empregos, embora sempre presente a origem espúria e censurável da sua finalidade³³.

Por fim, o crime organizado vale-se da lavagem de dinheiro para revestir de legalidade o benefício patrimonial obtido ilicitamente. Insere, assim, o dinheiro espúrio no sistema financeiro, em paraísos fiscais, em empresas fantasmas, em negócios simulados e até em negócios lícitos para não levantar suspeitas dos órgãos de persecução estatal³⁴.

Essas são algumas das características do crime organizado apontadas pela doutrina, às quais se podem somar outras, como ausência de ideologias, limitação de membros, busca de hegemonia, regulamentação estatutária, entre outras³⁵.

Outros doutrinadores, contudo, apontam diversas características do crime organizado sem que se consiga, ainda assim, um conceito científico do fenômeno do ponto de vista penal.

A dificuldade é tamanha que Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini³⁶ sustentam que a preocupação central deve consistir em buscar o substrato conceitual de organização criminosa, não do crime organizado em si, que é fruto da atividade organizada.

Para José Baltazar Júnior³⁷, há quatro paradigmas que devem ser observados para a definição de organização criminosa: o mafioso ou tradicional, o de rede, o empresarial e o endógeno.

No modelo mafioso ou tradicional, de origem norte-americana e italiana, de certa forma romantizado nos livros e nos cinemas, busca-se a dominação territorial e de mercados ilícitos com uso da violência para alcance de seus objetivos. Os membros, muitos deles de origem pobre e estrangeiros, estão organizados dentro de rígida estrutura hierarquizada, com

³² BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 87.

³³ *Ibid.*, p. 88.

³⁴ *Ibid.*, p. 91.

³⁵ LEVORIN, Marco Polo. Fenomenologia das associações ilícitas. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Rodrigues Guimarães. (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39.

³⁶ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico** (Lei n. 9.304/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 92.

³⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103.

imposição de silêncio. Incluem-se nesse paradigma: a máfia siciliana, a camorra napolitana, os cartéis latino-americanos de drogas, a máfia nova-iorquina, e as brasileiras, Primeiro Comando da Capital e Comando Vermelho³⁸.

No modelo de rede, as organizações criminosas são compostas por grupos ou criminosos, cuja relação se dá na esfera horizontal, não havendo hierarquia entre eles, com comunhão de esforços para obtenção de lucro. Exemplo é o que ocorre no fornecimento de armamento clandestino de organizações criminosas especialistas em tráfico de armas para organizações que exploram o narcotráfico³⁹.

No paradigma empresarial, as organizações criminosas racionalizam o viés econômico e cooperativo da atividade criminosa. Em regra, há três modalidades essenciais: a empresa criminosa, constituída, especificamente, com a finalidade delitiva; a empresa regularmente constituída que, porém, passa a cometer crimes reiteradamente, em especial ilícitos ambientais, financeiros ou tributários; e, a “empresa laranja” ou “empresa de fachada”, que é aquela meramente constituída para encobrir as atividades criminosas ou facilitar a lavagem de dinheiro⁴⁰.

As organizações criminosas se formam também pelo paradigma endógeno ou institucional, em que a atividade criminosa envolve instituições e órgãos públicos. Os agentes públicos, componentes dessas organizações, atuam de três modos: no alto escalão, vendem o seu poder de influência e de prestígios para defender os interesses da organização criminosa; espoliam diretamente o erário por meio de crimes de peculato e fraude em licitações e contratos públicos; e, são agentes públicos ligados aos órgãos de repressão ao crime, como a Polícia, o Judiciário e o Ministério Público⁴¹.

O objetivo principal da organização criminosa é o enriquecimento ilícito e, da riqueza acumulada, origina-se o poder econômico e, em consequência o poder político, cujo exercício provoca a acumulação de nova riqueza. Forma-se um circuito fechado entre: enriquecimento ilícito, poder econômico e poder político⁴².

Esse círculo fechado das organizações criminosas é sustentado, em geral, pela prática de três ordens de crimes: principais, secundários ou de suporte e lavagem de dinheiro⁴³.

³⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 104.

³⁹ *Ibid.*, p. 109.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 112.

⁴¹ *Ibid.*, p. 116.

⁴² MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 36.

⁴³ *Ibid.*

Pelos crimes principais, como o tráfico de drogas, extorsões, corrupção, concussão, contrabando, descaminho e receptação, as organizações criminosas visam à obtenção de proveitos em larga escala⁴⁴.

Os crimes secundários, como ameaças, homicídio, lesões corporais graves e fraudes diversas, dão suporte às atividades criminosas principais e, ao mesmo tempo, garantem a perpetuação da organização criminosa⁴⁵.

Por fim, o crime de lavagem de dinheiro que, necessariamente, encontra-se presente em todas as organizações criminosas, pois estas precisam processar de uma forma ou de outra os ganhos ilícitos, revestindo-lhes de aparência lícita⁴⁶.

Organização criminosa é conceituação normativa, enquanto crime organizado é fenômeno sociológico, histórico, criminológico, etc.

Ao se conceituar normativamente organização criminosa, busca-se a observância do princípio penal-constitucional da reserva legal, porque crime é participar de organização criminosa.

Contudo, o conceito de organização criminosa é igualmente um desafio para legisladores do mundo todo. Há conceitos que são abrangentes por demais. Outros deixam de abarcar hipóteses típicas do fenômeno do crime organizado.

Reconhece-se a atuação de organizações criminosas em diversos Estados, como as Máfias na Itália e nos Estados Unidos da América, mais precisamente em Nova Iorque, a Yakusa no Japão, Tríades Chinesas, os Cartéis de exploração do tráfico de drogas na América Latina, como os da Colômbia e do México.

No presente trabalho, interessa-se fazer considerações sobre o crime organizado e as organizações criminosas na Itália, cujo modelo legal serviu de inspiração ao legislador brasileiro.

3.2 O crime organizado e as organizações criminosas na Itália

As mais famosas organizações criminosas são as italianas, como a grandiosa “Cosa Nostra” de origem siciliana, atualmente, a maior da Europa e uma das maiores do mundo. Além dela, há a “Camorra” napolitana, surgida em 1820, como uma sociedade de

⁴⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 36-38.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 38.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 39.

autoproteção de presos em prisões, a “N’drangheta” da região da Calábria, que se caracteriza por ter uma estrutura horizontal, e a “Sacra Corona Unita”⁴⁷.

A origem remota dessas organizações criminosas se encontra na Idade Média, quando, no sul da Itália, camponeses, diante da ausência do Estado e da impossibilidade de mobilidade social em um quadro de exploração, passaram a destruir plantações e matar animais, o que levou pânico a latifundiários da época, os quais, em troca de proteção, passaram a fazer acordos com um grupo organizado, com estrutura de divisão de tarefas e ações de extorsões e outros atos ilegais⁴⁸.

Com o passar dos tempos, as atividades da Máfia se estenderam do contrabando ao tráfico de drogas, à entrada no mercado financeiro com a constituição de empresas para promover a lavagem de dinheiro e à influência na política, com a compra de votos e financiamento de campanhas de políticos alinhados⁴⁹.

Diante disso, houve reação da sociedade italiana à ameaça das Máfias, o que provocou modificações nas leis penais e processuais penais, com introdução de leis antiterrorismo, antissequestro e antimáfias, com a instituição de mecanismos como a colaboração premiada e o arrependimento⁵⁰, que inspirou diversas legislações do mundo todo, inclusive do Brasil⁵¹.

Essas reformas da legislação penal e processual penal voltada ao combate ao crime organizado são escolhas “político-judiciais”, que representam respostas institucionais contra a Máfia. Dessas escolhas destacam-se quatro: especialização da magistratura inquirente (Ministério Público) com a criação da Direção Nacional Antimáfia (DNA); especialização da força policial; restrições carcerárias em relação aos mafiosos detidos; e atenuantes especiais e proteção aos colaboradores processuais⁵².

No campo legislativo, destaca-se que houve distinção entre o crime de *associazione per delinquere* do crime de *associazione di tipo mafioso*, caracterizado o primeiro por ser organização rudimentar, cuja finalidade é a programação de série indeterminada de delitos, enquanto o segundo é marcado pela intimidação interna e externa (*intimidazione*), pelo

⁴⁷ TOLENTINO NETO, Francisco. Histórico do crime organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Rodrigues Guimarães. (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51-53.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 51.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, p. 52.

⁵¹ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei n. 9.304/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 52.

⁵² *Ibid.*, p. 92.

perpétuo vínculo hierárquico (*assoggettamento*) e pela manifestação do silêncio (*omertà*), conseguida junto à população⁵³.

A legislação italiana contra o crime organizado se desenvolveu em quatro vertentes principais: antiterrorismo, antissequestros, medidas de proteção aos chamados “colaboradores da justiça” e legislação antimáfia⁵⁴.

A legislação antiterrorismo é representada principalmente pelo Decreto-Lei n. 625/79, no qual se ditaram medidas para a tutela da ordem democrática e da segurança pública, agravando penas para crimes de terrorismo e tipificando as organizações criminosas voltadas para esse fim ou de subversão à ordem democrática. Foram criadas as figuras do arrependido, dissociado e colaborador⁵⁵, semelhantes ao colaborador premiado no Brasil.

O arrependido é o concorrente que dissolve ou determina a dissolução da organização criminosa, se retira da organização e se entrega sem opor resistência, entregando as armas. Em qualquer caso, fornece todos os dados sobre a estrutura e organização da *societatis celeris* e, em troca, se for antes da sentença penal condenatória, tem extinta a punibilidade, e, se antes da emissão da ordem ou mandado de prisão, esta é substituída por outras obrigações ou impedimentos⁵⁶.

O dissociado é o concorrente que se empenha com eficácia para elidir ou diminuir as consequências danosas ou perigosas do crime ou para impedir a prática de crimes conexos e confessa a prática dos crimes que cometeu antes da sentença condenatória. Em troca, recebe o benefício de diminuição da pena de prisão, que não pode ser superior a quinze anos, e substituição da prisão perpétua por prisão de reclusão de quinze a vinte e um anos⁵⁷.

O colaborador, além das condutas citadas, antes da sentença penal condenatória, ajuda as autoridades na colheita de provas decisivas para a identificação e prisão dos demais componentes da organização ou para a reconstituição dos fatos. Tem como benefícios a

⁵³ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As associações criminosas transnacionais. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). **Justiça penal: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. v. 3. p. 58.

⁵⁴ GRINOVER, Ada Peregrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). **Justiça penal: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. v. 3. p. 15.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 15-16.

⁵⁶ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei n. 9.304/95) e político-criminal.** 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 52.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 53.

redução da pena privativa de liberdade ou substituição da pena de prisão perpétua pela de reclusão de dez a doze anos⁵⁸.

No que se refere à legislação antissequestro, houve aumento das penas para o crime de extorsão mediante sequestro. Também, se valorizou a figura do dissociado, cujas informações acarretem, necessariamente, a liberação da vítima sem pagamento de resgate, o impedimento que o crime tenha resultado anteriores ou que sejam identificados e presos os demais autores do crime. Criaram-se ainda medidas para impedir o proveito econômico do crime, como o arresto de bens da pessoa sequestrada, de seus familiares e de pessoas afins⁵⁹.

Também se instituiu sistema de proteção à pessoa do colaborador, seus familiares e afins, consistente em programa especial que pode transferir o domicílio da pessoa e proteger a sua intimidade⁶⁰.

Por fim, a legislação antimáfia tipificou a conduta de participação em associação criminosa do tipo máfia, composta por no mínimo três pessoas, que se valem das características já apontadas: intimidação, hierarquia e silêncio, para cometer crimes, adquirir a gestão ou o controle de atividades econômicas, de concessão e de autorização de empreitadas em serviços públicos ou para auferir proveitos ou vantagens injustas para si ou para outrem⁶¹.

Além do fortalecimento e incentivo ao direito premial pelos institutos do arrependimento, dissociação e colaboração, o legislador cuidou de sistematizar outros meios de prova específicos voltados ao crime organizado.

Há previsão das chamadas operações encobertas e as operações controladas ou supervisionadas, em que agentes especializados da polícia se infiltram nos círculos criminosos e passam a simular a prática de crimes, como a compra de drogas, a lavagem de dinheiro, a receptação de armas, aquisição simulada de material pornográfico, participação em atividades de “turismo sexual”, todas as atividades bastante comuns às máfias italianas⁶².

Aos policiais também se concedeu o poder de revista em edifícios. No caso de fundada suspeita de que, em determinado prédio haveria armas, munições ou explosivos, ou ainda um

⁵⁸ GRINOVER, Ada Peregrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). **Justiça penal: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. v. 3. p. 16.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 17.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, p. 20.

⁶² PIMENTEL, José Eduardo de Souza. **Processo penal garantias e repressão ao crime organizado: a legitimidade constitucional dos novos meios operacionais de investigação e prova diante do princípio da proporcionalidade.** 2006. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 105.

fugitivo acusado de integrar organização criminosa, pode a polícia proceder a revista desse prédio inteiro ou parte dele⁶³.

No combate ao crime organizado, o legislador italiano fortaleceu os poderes investigatórios do Ministério Público.

O art. 267 do Código de Processo Penal italiano, sob a rubrica de *intercettazione preventive*, passou a prever a possibilidade do Ministério Público promover diretamente a interceptação das comunicações, em casos de urgência, se entender que a demora possa atrapalhar a colheita de provas. O Promotor que determinar tal medida deve comunicar ao juiz a sua realização, que pode perdurar por quinze dias, prorrogável por mais quinze dias⁶⁴.

Com a Lei Delegada n. 81, de 1987, o Ministério Público passou a ser o responsável pela investigação preliminar. A polícia cumpre a atividade de coleta de provas sob a direção do Ministério Público, que deve ordená-la e analisá-la com a projeção da ação penal⁶⁵.

Ao Ministério Público concedeu-se o chamado princípio do consenso por meio do qual o órgão ministerial, diante de cada caso concreto, pode direcionar as providências legais de acordo com suas necessidades com vistas à investigação de organizações criminosas mais perigosas⁶⁶.

O resultado mais visível das alterações da legislação italiana de combate ao crime organizado se deu no início dos anos de 1990, quando se inicia a chamada Operação *Mani Pulite* (Mãos Limpas), com a atuação do Poder Judiciário italiano que demonstrou que a Máfia estava incrustada no sistema político do País, com alto índice de corrupção no Parlamento, sendo que mais de quatrocentos de seus membros investigados, entre os quais quatro ex-primeiros-ministros⁶⁷.

As investigações se iniciaram para apurar práticas financeiras ilegais de partidos políticos italianos, consistente na inexistência de registro regular de fluxo de entrada e saída de recursos, o denominado “caixa 2”. Em Milão, Bettino Craxi, ex-Primeiro Ministro italiano, passa a exigir que contribuintes de um asilo de idosos controlado pelo Partido Socialista passe a fornecer dinheiro a esse partido clandestinamente. Um dos fornecedores do asilo denuncia o

⁶³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 432.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 424.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 426.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 433.

⁶⁷ MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação “Mani Pulite”. **Revista CEJ**, Brasília, DF, v. 26, p. 57, 2004.

caso ao Juiz⁶⁸ Antônio Di Pietro, que inicia a investigação que culmina no desmantelamento do esquema criminoso⁶⁹.

No mesmo período em que corria a investigação em Milão, são assassinados os juízes Giovanni Falconi e Paolo Borsellino, o que causa uma forte mobilização popular. Seguem-se prisões de empresários, vereadores, governadores, secretários regionais e municipais e o indiciamento de dois ex-Primeiros Ministros.

A *operazione mani pulite* foi, de início, incondicionalmente aplaudida pela população italiana, ansiosa por ver presos e punidos e corruptos. Mas, com o tempo, passou a haver críticas aos métodos do Ministério Público, principalmente no que se refere ao exagerado número de prisões, motivo pelo qual a imprensa passou a se utilizar do termo “operação algemas fáceis”, sobretudo, depois da ocorrência de diversos suicídios na prisão ou fora dela⁷⁰.

Diante desse cenário, o juiz Antônio Di Pietro renunciou ao cargo, o que gerou críticas na população e sentimento de desprestígio na Magistratura italiana. Porém, juristas que se preocuparam com a imparcialidade das investigações e julgamentos reconheceram ter havido exagero da operação⁷¹.

Outra crítica que se faz à Operação Mãos Limpas é que houve criminalização generalizada da política, o que possibilitou a ascensão do magnata da mídia, Sílvio Berlusconi, à Chefia de Governo da Itália, o qual, inclusive, aprovou legislação que dificultou a prisão preventiva. Isto gerou forte reação popular e levou à revogação da lei, fato este que foi ineficaz, pois muitos dos beneficiados com a legislação mais branda de Berlusconi não retornaram à prisão⁷².

Não se pode deixar de ter considerar, contudo, que, se não eliminou a atuação da Máfia ou mesmo a corrupção no sistema político italiano, ela interrompeu o ciclo ascendente de violência e corrupção⁷³.

⁶⁸ Na Itália, a magistratura é composta por juízes e agentes do Ministério Público, em uma só carreira, todos chamados de magistrados. A função do Juiz Antônio Di Pietro equivaleria a de um membro do Ministério Público no Brasil (Procurador da República ou Promotor de Justiça Estadual).

⁶⁹ GAYO, André Moysés. O Estado delinquente: uma nova modalidade de crime? **Caderno de Ciências Humanas**, São Paulo, v. 9, n. 15, p. 137-157 jan./jun. 2006.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Peregrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). **Justiça penal: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. v. 3. p. 28.

⁷¹ *Ibid.*, p. 28.

⁷² *Ibid.*, p. 57.

⁷³ MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação “Mani Pulite”. **Revista CEJ**, Brasília, DF, v. 26, p. 57, 2004.

Inserido no contexto da doutrina do direito penal de emergência, todas essas alterações legislativas não cessam a sensação de que um “novo inimigo” surge, o que acarreta a necessidade legislação mais rigorosa: “[...] o direito que era para ser emergencial, de outra parte, e isso é mais estarrecedor ainda, incorporou-se definitivamente ao *jus positum*.”⁷⁴

Nesse cenário, em 2010, a Lei n. 136 delegou ao Poder Executivo italiano a elaboração de Decreto Legislativo n. 159 de 6 de setembro de 2011, chamado de Código Antimáfia, com a adoção de medidas de prevenção e novas disposições em matéria de documentação antimáfia⁷⁵.

No referido Código, estão previstas medidas como: vigilância especial ou ordem de permanência na cidade ou província determinada por juiz contra suspeito de integrar máfia; investigação patrimonial contra a pessoa investigada, seu cônjuge, seus filhos e contra todos aqueles que nos últimos cinco anos tenha com ela convivido, direta ou indiretamente; e, confisco de bens de pessoa investigada, se demonstrada desproporção entre a renda declarada e os bens que possui⁷⁶.

Isso demonstra que não bastam reforma completa do sistema judiciário, com modificações da legislação penal, processual penal, penitenciária, administrativa, muitas delas passíveis de críticas sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, se não houver modificações estruturais.

De nada adianta importar ao Brasil as medidas legislativas italianas, se não existir vontade política e abandono da deletéria postura corporativa, tão enraizada em nossas instituições⁷⁷.

3.3 O crime organizado e as organizações criminosas no Brasil

No Brasil, como é a regra do que acontece na América Latina, as organizações criminosas são, geralmente, voltadas à exploração do tráfico de drogas. Duas delas se desatacam: o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital.

O Comando Vermelho é uma organização criminosa que surgiu no interior do Presídio da Ilha Grande, no Rio de Janeiro. Seu poder decorreu do uso de tática de guerrilhas,

⁷⁴ CERVINI, Rául; GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei n. 9.304/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 64.

⁷⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 443.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 444-447.

⁷⁷ GRINOVER, Ada Peregrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). **Justiça penal**: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. v. 3. p. 29.

conforme experiências que lhe foram passadas pelos grupos de presos políticos da ditadura, bem como pelo apoio das comunidades carentes, obtido pela prestação de serviços básicos, como fornecimento de medicamentos, construção de creches e outros serviços não prestados pelo Estado⁷⁸.

O Comando Vermelho tem estreita relação com os cartéis colombianos, em negócios que envolvem o tráfico internacional de drogas, contrabando de armas e sequestros de empresários⁷⁹.

Além do Comando Vermelho, no Rio de Janeiro, também atuam o Terceiro Comando da Capital, o Amigo dos Amigos e o Terceiro Comando⁸⁰.

Outra organização criminosa importante no Brasil é o Primeiro Comando da Capital, que surgiu em 1993, durante uma partida de futebol no interior de um presídio de Taubaté, São Paulo. Eram dez presos que vieram de presídios da Capital e, por isso, o time deles se chamava partido da capital. Durante o jogo, os membros dessa nova organização, para terem o controle da Penitenciária, mataram o líder da organização hegemônica até então, o decapitaram e passaram a usar a cabeça dele como bola de futebol⁸¹.

No ato de fundação do Primeiro Comando da Capital, foi elaborado um estatuto típico de organização criminosa, composto por dezesseis itens, entre os quais (a) cobrança de lealdade, respeito e solidariedade entre os membros do chamado “Partido”, (b) luta contra a injustiça e as opressões do sistema, como o que ocorreria no denominado pelos fundadores “campo de concentração” do Anexo da Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté e o massacre de cento e onze presos na Penitenciária do Carandiru; (c) a proibição de assalto, estupro e extorsão no interior do sistema penitenciário; (d) decisões finais tomadas pelos fundadores da facção⁸².

O poderio dessa organização criminosa pode ser medido por dois eventos relevantes: o assassinato do Juiz-Corregedor do Presídio de Segurança Máxima de Presidente Bernardes, Antônio José Machado Dias, em março de 2003, e os ataques organizados pela facção entre 13 e 15 de maio de 2016, em que houve a morte de quase uma centena de agentes de

⁷⁸ TOLENTINO NETO, Francisco. Histórico do crime organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54.

⁷⁹ Ibid. p. 55.

⁸⁰ LEVORIN, Marco Polo. Fenomenologia das associações ilícitas. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid., p. 56-57.

segurança pública, rebeliões simultâneas em diversos presídios do Estado de São Paulo e a sabotagem ao sistema de transporte público da cidade de São Paulo⁸³.

Para ingressar no Primeiro Comando da Capital, a pessoa tem que prestar um juramento e pagar mensalidade em dinheiro, que se inicia pelo valor de cinquenta reais para aqueles que se encontram presos, o que ajuda a financiar a principal atividade da organização criminosa: o tráfico de drogas⁸⁴.

Nascido no interior de São Paulo, o Primeiro Comando da Capital expandiu suas atividades de tráfico de drogas e de armas para o restante do território nacional e para o exterior⁸⁵.

A convivência com o Comando Vermelho não era conflituosa, mas o cenário se modificou com a disputa de territórios, o que redundou, no início de 2017, na ocorrência de rebeliões em presídios do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte, nas quais houve a morte de diversos presos, membros de ambas as facções criminosas⁸⁶.

No Brasil, é forte também a atuação de organizações criminosas do modelo endógeno, aquelas que agem dentro das instituições estatais, tal como se demonstrou nos casos do Mensalão, Sanguessugas, dos Correios, Satiagraha, Castelo de Areia, Máfia dos Fiscais de São Paulo, entre outros. Fazem parte do que a doutrina alemã chama de *Kriminalität der Mächtigen*, “criminalidade dos poderosos”⁸⁷. Esses casos são anteriores à Lei n. 12.850/2013.

Já na vigência dessa Lei, em 2013, houve a deflagração da Operação Lava Jato. No início, o objeto dessa operação era a investigação de uma organização criminosa composta por “doleiros”, que atuava no mercado paralelo de câmbio e que se valia de postos de gasolina e “lava jatos” para promover a lavagem de dinheiro.

Entre os doleiros investigados, estava Alberto Youssef, cuja base de atuação era a cidade de Londrina/PR, razão pela qual as investigações se concentraram no Ministério Público Federal do Paraná e o Juízo competente passou a ser a Décima Terceira Vara Federal de Curitiba, especializada em crimes de lavagem de dinheiro e crime organizado.

⁸³ VEJA a cronologia dos ataques do PCC em 2006 em São Paulo. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 27 jul. 2015. Notícias. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,veja-a-cronologia-dos-ataques-do-pcc-em-2006,1732401>>. Acesso em: 20 maio 2015.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ ENTENDA: o que a disputa nacional entre facções tem a ver com a barbárie no presídio do Amazonas. **G1**. Rio de Janeiro, 3 jan. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/entenda-o-que-a-disputa-nacional-entre-faccoes-tem-a-ver-com-a-barbarie-no-presidio-do-amazonas.ghtml>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 31-32.

Ao longo das investigações, apurou-se que Alberto Youssef promovia a lavagem de dinheiro em favor de Paulo Roberto Costa, então diretor de abastecimento da Petrobras, que foi preso preventivamente em 11 de junho de 2014. Em agosto desse ano, esse investigado celebrou acordo de colaboração premiada, o que abriu caminho para apuração do maior escândalo de corrupção na história do Brasil.

Elucidou-se que, no seio da Petrobras, instalou-se uma organização criminosa que se dividia em quatro núcleos de atuação: o primeiro deles era composto por empreiteiras que fraudavam licitações para que a vencedora fosse sempre uma das empresas que compunham o cartel que constituíram; o segundo era formado por diretores da Petrobras, que foram corrompidos pelo cartel de empreiteiras; o terceiro era constituído por operadores financeiros, os chamados doleiros, que promoviam a lavagem de dinheiro para a organização e; o quarto era composto por agentes políticos dos partidos da base governista da época (Partido dos Trabalhadores, Partido do Movimento Democrático do Brasil e o Partido Progressista), responsáveis pela indicação dos diretores da Petrobras e que também recebiam propinas⁸⁸.

A divisão política da Petrobras se deu da seguinte maneira em suas Diretorias: Abastecimento: Paulo Roberto Costa, entre 2004 e 2012, com o apoio do PP e do PMDB; Serviços: Renato Duque, com apoio do PT; Internacional: Nestor Ceveró, entre 2008 e 2013, com o apoio do PMDB⁸⁹.

De acordo com a Procuradoria Geral da República, Alberto Youssef, João Vaccari Neto e Fernando Baiano eram os operadores que proporcionavam que políticos, respectivamente, do PP, PT e PMDB, se beneficiassem do esquema de corrupção na Petrobras. Os valores destinados ao grupo político eram voltados não só em benefício dos agentes políticos, como também ao próprio partido político para financiamento de campanhas políticas⁹⁰.

Ao se tomar a classificação de Luigi Ferrajoli, a organização criminosa que atuou na Petrobras se subsumi às chamadas de *criminalidad organizada de los crímenes de los grandes poderes económicos e de los crímenes de los poderes públicos*, pois composta pelo poder político-econômico, tendo por objetivo a prática de todas as formas de corrupção e apropriação da coisa pública.

⁸⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Por onde começou**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

A Operação Lava Jato já conta com mais de quarenta fases. Dela, surgiram outras Operações, como as que envolvem a *holding* J&F, a maior produtora de proteína animal do mundo.

O atual Presidente da República, Michel Temer, os ex-Presidentes, Fernando Collor de Mello, Luís Inácio Lula da Silva e Dilma Roussef, e políticos das mais variadas vertentes, como o Senador Aécio Neves, foram e estão sendo investigados, o que demonstra que a Lava Jato tem impactos políticos e econômicos, ainda mais porque envolvida a maior empresa do País, a Petrobras.

Mas, a Operação Lava Jato tem relevância, porque ela é emblemática na utilização dos meios de prova previstos na Lei n. 12.850/2013, conforme comentários feitos no item 3.4 sobre alguns fatos pontuais que despertaram debates na doutrina e nos Tribunais acerca do tema.

No campo normativo, a Lei n. 9.034/1995⁹¹ foi a primeira a tentar uma definição de organização criminosa no Brasil.

No Capítulo I, a Lei em comento dispunha sobre a ação praticada por organizações criminosas e dos meios operacionais de investigação e de prova. Na redação original, o seu art. 1º estabelecia: “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”.

Em 2001, após modificação legislativa, a Lei n. 9.034/1995 passou a prever que incidia, além de quadrilha ou bando, as “organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”.

A inspiração do legislador brasileiro foi o Código Penal italiano, cujo art. 416 cuidava originalmente do crime de quadrilha ou bando e, a partir de 1982, passou a definir também as associações criminosas do tipo mafioso⁹².

Estabeleceu-se, como apontado anteriormente, no direito peninsular, de um lado, associações criminosas comuns e, de outro lado, associações criminosas de modelo mafioso, estas com método e aparato estrutural mais complexo e potencialidade ofensiva maior⁹³.

⁹¹ BRASIL. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 maio 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

⁹² MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As organizações criminosas e as drogas ilícitas. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). **Justiça Penal – 6: críticas e sugestões: 10 anos da Constituição e a justiça penal, meio ambiente, drogas, globalização, o caso Pataxó**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1999. p. 122.

⁹³ *Ibid.*

Porém, o legislador brasileiro ao elaborar a Lei n. 9.034/1995 “reduziu o crime organizado a quadrilha ou bando”, atuando de forma “[...] desvairada e com incompetência e irresponsabilidade.”⁹⁴

Ao contrário do que ocorrera na Itália, nessa Lei brasileira, não se marcou diferença entre organização criminosa e quadrilha ou bando, embora o seu art. 2º deixasse claro que o seu objeto era o combate ao crime organizado⁹⁵.

A falta de definição de organização criminosa pelo legislador brasileiro “[...] criou seríssimos embaraços para a interpretação e aplicação da Lei n. 9.034/95.”⁹⁶

Na ordem jurídica brasileira, outro conceito de organização criminosa que se tem é o estabelecido pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo, incorporada ao direito interno pelo Decreto Legislativo n. 231/2003 e promulgada pelo Decreto n. 5.015/2004.

Nesse diploma legal, definiu-se organização criminosa como:

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.⁹⁷

Esse conceito, contudo, também não trouxe segurança jurídica exigida em matéria processual penal, mas, mesmo assim, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o conceito de organização criminosa introduzido pela Convenção de Palermo supria a lacuna do art. 1º da Lei n. 9.034/1995⁹⁸.

No entanto, acertadamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que a Convenção de Palermo, porque introduzida na ordem jurídica interna por meio de Decreto Legislativo, como qualquer outra Convenção Internacional, não é fonte formal de direito penal diante do princípio constitucional da reserva legal (art. 5º, XXXVII da Constituição Federal), o qual impõe lei em sentido formal para instituição de crime e pena⁹⁹.

⁹⁴ LUIZE, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 193.

⁹⁵ CERVINI, Rául; GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado**: enfoques criminológico e jurídico (Lei n. 9.304/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1997. p. 91.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 91.

⁹⁷ BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

⁹⁸ FABRETTI, Humberto Barrionuevo. O conceito de crime organizado no Brasil: o princípio da legalidade, a Lei n. 9.034/95 e a Convenção de Palermo. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81.

⁹⁹ STF. RHC n. 121835/PE. Relator: MELO, Celso de. Data de publicação: 25.11.2015.

Embora a Convenção de Palermo não possa ser fonte formal para a definição de organização criminosa, ela estabeleceu conceitos que devem ser seguidos pelos Estados subscritores na disciplina jurídica que dispensam ao crime organizado¹⁰⁰.

Em 2012, foi promulgada no Brasil a Lei n. 12.694¹⁰¹ que dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, técnica de julgamento que visa dar segurança à integridade física de juízes ameaçados por organização criminosa.

Por esta Lei, foi, enfim, introduzido, na ordem jurídica brasileira, o conceito de organização criminosa:

[...] associação, de três ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional.

Mas, o dispositivo dessa Lei teve vigência de menos de um ano. Em 2013, a Lei n. 12.850¹⁰² trouxe, em seu art. 1º, § 1º, nova definição de organização criminosa. Embora a nova redação tenha adotado as mesmas características que a Lei n. 12.694/2012, definiu de forma diversa o número mínimo de integrantes, que passou a ser de quatro pessoas.

O art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013, pela primeira vez no Brasil, cominou pena a quem promove, constitui, financia ou integra, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa (reclusão, de três a oito anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas).

A primeira característica de uma organização criminosa exigida pela Lei n. 12.850/2013 é a associação de quatro ou mais pessoas. “Associar-se” significa reunir-se em

¹⁰⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 22.

¹⁰¹ BRASIL. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

¹⁰² Id. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

sociedade ou estabelecer correspondência em um só conjunto, enfim, tornarem-se sócios as quatro ou mais pessoas¹⁰³.

Outra característica fundamental é que a associação entre os membros se dê de forma estruturalmente ordenada e com divisão de tarefas. A associação entre os agentes deve-se organizar de uma das formas anteriormente apontadas (mafioso, o de rede, empresarial ou endógeno). Há organizações criminosas que estabelecem divisão de tarefas em estatutos ou atos constitutivos, porém ela pode-se dar informalmente¹⁰⁴.

Exige-se complexidade estrutural da associação com regras próprias de atuação, propósito previamente definido e esquema criminoso articulado, embora alterável no tempo e no espaço, dotado de profissionalização e estrutura aparelhada¹⁰⁵.

A divisão orgânica hierárquica das organizações criminosas se caracteriza pela estruturação em níveis dispostos de acordo com a posição ocupada pelo agente e o grau de seu comprometimento com o sucesso da atividade-fim. Há os membros responsáveis pelo planejamento e estruturação do grupo que detêm efetivo poder de comando sobre os demais membros para a execução das atividades criminosas¹⁰⁶.

Além disso, a divisão de tarefas denota especialização de funções, com clara divisão de atribuições: comando, contabilidade dos proveitos do crime, pessoas com a função de repassar as determinações do comando aos demais integrantes do grupo e assim por diante¹⁰⁷.

A organização criminosa deve ter como objetivo obter direta, por meio de suas próprias atividades, ou indiretamente, por meio da atuação de interpostas pessoas, como “testas-de-ferro” e “laranjas”, vantagens de qualquer natureza, como, entre outras, dinheiro, poder, influências, favoritismo e clientelismos¹⁰⁸.

Por fim, para a caracterização de organização criminosa no Brasil, a obtenção de vantagem deve-se dar mediante a prática de infrações penais, cuja pena máxima seja superior a quatro anos.

¹⁰³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 23.

¹⁰⁴ Ibid., p. 23-25.

¹⁰⁵ MESSA, Ana Flávia. Aspectos constitucionais do crime organizado. In: _____; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99.

¹⁰⁶ Ibid., p. 99.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ MENDRONI, op. cit., p. 25.

Com esse critério, ficam excluídas contravenções penais e alguns crimes comumente praticados por organizações criminosas, como a exploração de jogos de azar e o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio e a fraude ao comércio¹⁰⁹.

A pena máxima em quatro anos, no entanto, segue o critério adotado pela Convenção de Palermo, que considera infração grave “[...] o ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior.”¹¹⁰

Independentemente da pena cominada, nos termos da Lei n. 12.850/2013, a organização criminosa pode-se voltar à prática de crimes de caráter transnacional que são aqueles que atingem ou geram efeitos diretos ou indiretos em outros países, como o tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro¹¹¹.

3.4 Meios de prova e crime organizado e os direitos e garantias fundamentais do acusado

O crime organizado mimetiza a estrutura social em que está inserido e seus chefes, muitas vezes, se apresentam como pessoas respeitáveis na sociedade, atores de relevância política e econômica, o que implica dificuldade em combatê-lo com os métodos tradicionais¹¹².

As organizações criminosas, por sua vez, do ponto de vista jurídico, são expressão máxima da chamada delinquência associativa e, por isso, são inalcançáveis pelas normas que cuidam do simples concurso de agentes ou da tipificação da Parte Especial do Código Penal (antigo crime de quadrilha ou bando, atual associação criminosa)¹¹³.

¹⁰⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 25.

¹¹⁰ BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

¹¹¹ MENDRONI, op. cit., p. 26.

¹¹² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Apontamentos sobre crime organizado e notas sobre a Lei n. 9.034/95. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). **O crime organizado (Itália e Brasil) a modernização da lei penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 180.

¹¹³ *Ibid.*, p. 181.

O combate à macrocriminalidade impõe repensar a dogmática jurídico-penal, mormente no que diz respeito às sociedades criminosas, um fenômeno antigo, mas que, ultimamente, chega à estrutura sofisticada do crime organizado¹¹⁴.

As denominadas leis de combate ao crime organizado, como fora a Lei n. 9.034/1995 é a Lei n. 12.850/2013, devem ser vistas como elemento:

[...] integrante de uma macroestrutura normativa e criminológica, disposta a alicerçar um combate eficiente, dentro dos limites razoavelmente estreitos que as regras do jogo do Estado Democrático de Direito Material exigem nas atividades constritoras dos direitos individuais, e aptas a coarctar os extremos de violência e criminalidade profissionalmente estruturadas dentro de um sistema penal (substantivo e adjetivo) e constitucional absolutamente condizentes com o estágio atual do padrão democrático de Estado.¹¹⁵

Os meios de prova destinados à persecução do crime organizado se inserem em um campo de tensão entre dois polos tendenciosamente opostos: de um lado, o fortalecimento da operatividade do sistema penal; de outro lado, a legitimidade desse sistema na conformidade a princípios e garantias típicas do Estado de Direito¹¹⁶.

As críticas ao sistema normativo de combate à criminalidade organizada centram-se na aferição da relação custo-benefício na adoção dos tendentemente autoritários mecanismos para fazer frente a essa criminalidade e na discussão dos limites a essa ampliação dos poderes persecutórios do Estado em detrimento de direitos de liberdade¹¹⁷.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni¹¹⁸, “[...] *se destruye el concepto mismo de lo jurídico apelando a un llamado pragmatismo (renuncia a la racionalidad, incorporación de componentes antiliberales, reducción de garantías, omisión de toda ética republicana).*”

Ampliam-se os poderes persecutórios do Estado em nome de uma visão pragmática de que só dessa forma se obtém o sucesso no combate ao crime organizado. Em consequência, flexibilizam-se os direitos e garantias processuais do acusado, os quais passam a ser vistos como empecilho à paz social¹¹⁹.

¹¹⁴ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Apontamentos sobre crime organizado e notas sobre a Lei n. 9.034/95. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). **O crime organizado (Itália e Brasil) a modernização da lei penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 181.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 102, n. 929, p. 320, mar. 2013.

¹¹⁷ Ibid., p. 321.

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en América Latina: de la seguridad nacional a la urbana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 5, n. 20, p. 20, 1996.

¹¹⁹ Ibid., p. 21.

Francis Rafael Beck¹²⁰ sustenta que o discurso de combate ao crime organizado ou à criminalidade contemporânea são componentes da doutrina da *lei e da ordem* e vão de encontro à estrutura de direitos e garantias penais consolidada após o Iluminismo.

Em matéria processual penal, o “combate” à criminalidade contemporânea representa danos perversos com a fomentação de sistemas inquisitoriais e supressão ou diminuição substancial de direitos como da ampla defesa, da presunção de inocência, do contraditório (inversão do ônus da prova) e da imparcialidade do juiz (gestão das provas)¹²¹.

No mesmo sentido, é o posicionamento de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini¹²², segundo os quais a ampliação das prerrogativas do Estado está relacionada com o chamado Direito Penal de emergência.

Na Itália, segundo esses autores, o direito emergencial surgiu para o combate ao terrorismo. Com sua extinção e controle, não pela força desse direito de exceção, mas por arrefecimento de movimentos revolucionários efêmeros, as normas emergenciais serviram ao combate ao crime organizado, que se mantém inabalado estruturalmente. O direito excepcional, diferenciado ou emergencial, passou a ser usado para a luta contra a corrupção administrativa e, depois, poderá ser meio de combate aos crimes financeiros e assim sucessivamente¹²³.

Acontece com os direitos emergenciais que, mesmo depois de vencida a anomalia inspiradora, toma-se gosto pelos novos e ampliados poderes e o que era para ser só emergencial (passageiro, transitório) passa a ganhar *status* de normal (duradouro)¹²⁴.

O modelo de direito penal emergencial no combate ao crime organizado, iniciado na Itália e que inspira o legislador brasileiro, caracteriza-se pelo crime ser tratado na prevenção geral negativa e periculosidade subjetiva; pela marcante tendência “premiar” (desconto da pena ou outros benefícios ao acusado que colaborem com a apuração dos fatos); pela repriminção dos métodos inquisitivos; e, pela criação de um subsistema preventivo-repressivo autônomo em relação à tradição penalística clássica¹²⁵.

Nesse contexto de direito penal emergencial, reascende a tensão existente entre o indivíduo e o Estado, clássica da era pós-industrial. Os detentores do poder podem ignorar

¹²⁰ BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 103.

¹²¹ Ibid., p. 104-105.

¹²² CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico** (Lei n. 9.304/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 58.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Ibid., p. 60.

essa tensão, mas o juiz deve aplicar a lei penal de acordo com a ordem constitucional. O juiz é defensor da sociedade e das garantias do acusado¹²⁶.

Paradoxalmente, os defensores da constitucionalidade de sistema próprio de persecução ao crime organizado encontram fundamento justamente no direito penal emergencial, já que as normas tradicionais de direito penal e processual penal seriam inoperantes em face da complexidade das organizações criminosas¹²⁷.

A situação de emergência investigativa se desenvolve devido às reconhecidas dificuldades probatória dos tradicionais meios de investigação, voltados à persecução de ilícitos penais clássicos, caracterizados por serem praticados por uma pessoa contra outra individualmente, ao contrário do que ocorre no crime organizado. Isso leva à necessidade da adoção de métodos especiais de investigação e inteligência no combate ao crime organizado, sob pena de não se obter resultados positivos¹²⁸.

A assunção constitucional pelo Estado de deveres de prevenção ao crime dá margem ao legislador infraconstitucional de criar mecanismos específicos de combate ao crime organizado a fim de que se dê proteção eficiente aos direitos fundamentais¹²⁹.

Esses meios de provas, como representam expansão dos poderes persecutórios de Estado em nome de proteção da sociedade e, em consequência, diminuição dos direitos e garantias fundamentais do acusado, encontram conformidade constitucional se interpretados à luz do princípio da proporcionalidade¹³⁰, ou, como se apontou no Capítulo 1, item 1.2, pelo sopesamento feito pelo legislador ordinário em um primeiro momento e pela ponderação, aplicada pelo Judiciário em um segundo momento.

Como demonstrado acima, Luigi Ferrajoli, pai do garantismo penal, reconhece que o desenvolvimento do crime organizado transnacional alcançou estágio como nunca antes na história, o que acarretou crise do direito e ameaça séria à democracia e ao futuro do planeta.

Isso está a demonstrar a necessidade de haver meios específicos de combate ao crime organizado, desde que observada “[...] a necessidade de equilíbrio entre repressão penal e liberdades do cidadão.”¹³¹

¹²⁶ CERVINI, Rául; GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei n. 9.304/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 61.

¹²⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 102, n. 929, p. 340, mar. 2013.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid., p. 343-344.

¹³⁰ JOSE, Maria Jamile. **A infiltração de agentes como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. 2010. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 131.

¹³¹ Ibid.

Na ordem jurídica brasileira, o tratamento específico que se dá ao combate ao crime organizado é regido pela Lei n. 13.850/2013, cujos meios de prova serão analisados a seguir à luz dos princípios do processo penal constitucional.

3.4.1 Colaboração premiada

A colaboração premiada é um meio de prova em que o investigado, indiciado, acusado ou condenado, voluntariamente, celebra negócio jurídico bilateral com o Estado perante autoridade, no qual confessa a autoria delitiva e auxilia em atos persecutórios com o fim de obter vantagens de natureza penal e processual penal¹³².

Há várias denominações acerca do instituto, mas as mais usais são delação premiada e colaboração premiada, existindo divergência no entendimento se estas são sinônimas ou não.

Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva¹³³ sustentam que colaboração premiada é gênero do qual são espécies a delação premiada e a colaboração premiada em sentido estrito. A primeira espécie tem como objeto a identificação dos demais membros da organização criminosa e dos crimes que eles praticaram. Já a segunda tem como conteúdo a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas, a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas e a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Por outro lado, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo Busato¹³⁴ afirmam que não há qualquer distinção entre os dois termos e que “colaboração premiada” visa apenas disfarçar certa conotação antiética, pois o uso do instituto é a assunção da falência estatal no combate ao crime organizado.

Adotar-se-ão as duas expressões no trabalho, porque se entende sinônimas.

A principal crítica que se faz à colaboração premiada é que se trata de medida antiética, alicerçada na traição. A complacência do Estado com criminoso colaborador “traduz a implantação de política criminal que desconsidera a ética e a moralidade”¹³⁵.

¹³² BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 269.

¹³³ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigo da apud MANDARINO, Renan Posella. **Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal**. 2015. 265f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015. p. 151.

¹³⁴ BITENCOURT; BUSATO apud MANDARINO, op. cit., p. 151.

¹³⁵ BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 271.

Marcelo Batlouni Mendroni¹³⁶ refuta essa crítica ao asseverar que a colaboração premiada foi incorporada à ordem jurídica com a finalidade de tornar mais eficaz a aplicação da Justiça e é reservada às infrações penais mais graves, cuja punição é de interesse público – o interesse maior do Direito. Se há traição, ela se dá de um criminoso em relação a outros criminosos.

De qualquer forma, a colaboração premiada está prevista em diversas leis, como a Lei de Crimes Hediondos, a Lei de Lavagem de Dinheiro, o Código Penal (crime de extorsão mediante sequestro) e a Lei n. 12.850/2013, objeto do presente trabalho.

A constitucionalidade do instituto está condicionada ao princípio da proporcionalidade. A colaboração premiada não deve ser generalizada ou ampliada demasiadamente, pois desequilibraria a tensão conflitiva em favor dos interesses punitivos do Estado em detrimento das garantias defensivas¹³⁷.

A primeira questão que se coloca refere-se à concessão dos benefícios ao colaborador. O processo penal é imprescindível para a aplicação da pena ao condenado e a colaboração premiada torna possível a aplicação da pena com relativização dessa regra.

Em razão disso, no plano legislativo, é necessário que as margens de discricionariedade judiciária sejam reduzidas na aferição dos benefícios concedidos ao colaborador, sob pena de se levar a colaboração de corréus à condição de objetivo primeiro das investigações¹³⁸.

Exige-se maior completude na regulação normativa do instituto, notadamente, no que tange ao procedimento a ser seguido na coleta das informações e à correlação entre as revelações do colaborador e a graduação do prêmio¹³⁹.

Por sua vez, as partes envolvidas no acordo de delação premiada estão vinculadas estritamente ao estabelecido na norma posta, notadamente, no que se refere aos prêmios previstos.

Em caso de crime organizado, não se pode afastar-se daquilo que estabelece o art. 4º da Lei n. 12.850/2013, que prevê os benefícios que podem ser concedidos ao colaborador: perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade em até dois terços e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

¹³⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 152.

¹³⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 102, n. 929, p. 358, mar. 2013.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 359.

¹³⁹ *Ibid.*

De acordo com Afrânio da Silva Jardim¹⁴⁰, a colaboração premiada é negócio jurídico processual e, portanto, está regido pelas regras e princípios de direito público, mais especificamente de Direito Penal e Direito Processual Penal, que são constituídos por normas cogentes.

Dessa forma,

[...] o Ministério Público não pode oferecer ao delator “prêmio” que não esteja expressamente previsto na lei específica. Tal limitação se refere não só ao tipo de benefício (prêmio), como também se refere à sua extensão, mesmo que temporal. Assim, o membro do Ministério Público não pode oferecer ao indiciado ou réu algo que importe em “afastamento” do Código Penal, Lei de Execução Penal ou Código de Processo Penal. Esta manifestação de vontade não pode se colocar acima do nosso sistema processual.¹⁴¹

No âmbito da Operação Lava Jato, Aury Lopes Júnior e Alexandre Moraes da Rosa¹⁴² sustentam que tem havido abuso por parte do Ministério Público no prêmio oferecido aos colaboradores, como a estipulação de regimes de pena, denominados de “semiaberto diferenciado” e “aberto diferenciado”, em que se impõem condições ao condenado que não existem na legislação penal e de execução penal. Ou ainda, apontam os autores com a fixação do máximo de pena privativa de liberdade a ser cumprida pelo colaborador, sem que haja condenação e, em consequência, penas definitivas.

A discricionariedade que a Lei n. 12.850/2013 confere ao Ministério Público e à autoridade policial para celebrar acordos de colaboração premiada não vai ao ponto de se poder criar pena ou regime de cumprimento não previstos na ordem jurídica.

Ainda em relação ao benefício aplicado, nota-se dos acordos de colaboração premiada firmados na Operação Lava Jato, que o Ministério Público Federal não apresenta fundamentação para a concessão do benefício.

Exemplificativamente, no acordo de colaboração premiada de Joesley Batista, Presidente do Grupo J&F, o Ministério Público Federal apenas reproduz o que está descrito no art. 4º, § 1º, da Lei em comento, ou seja, de que, considerados os antecedentes e a personalidade do colaborador, bem como a gravidade dos fatos por ele praticados e a

¹⁴⁰ JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada: quais são os limites? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 1, p. 2-6, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23110/16462>>. Acesso em: 16 out. 2016.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 3.

¹⁴² LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 jul. 2015 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

repercussão social dos fatos criminosos, foi concedido ao mencionado delator o benefício de não se ver denunciado pelos crimes que praticou¹⁴³.

Não se encontram quais são as especificidades dos antecedentes e da personalidade do citado colaborador ou considerações concretas sobre a gravidade dos fatos que levaram o Ministério Público a conceder-lhe tamanho benefício.

No regramento que a Lei n. 12.850/2013 conferiu ao instituto da colaboração premiada, discute-se a constitucionalidade da legitimidade da autoridade policial celebrar a avença.

Francisco Sannini Neto e Henrique Hoffmann¹⁴⁴ sustentam que, como presidente do inquérito policial, a autoridade policial sabe quais são as provas necessárias para a investigação de organização criminosa, motivo pelo qual a ela deve ser concedida a legitimidade para a celebração de acordo de delação premiada.

Por outro lado, a Procuradoria-Geral da República ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, na qual impugna a legitimidade da autoridade policial firmar acordo de colaboração premiada sob o argumento de violação ao princípio constitucional acusatório, que conferiu ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública¹⁴⁵.

Os benefícios concedidos ao colaborador implicam relativização do poder punitivo do Estado, na medida em que se pode diminuir a pena privativa de liberdade, substituí-la por restritiva de direitos ou, até mesmo, abrir-se mão da ação penal, como no caso J&F.

No sistema acusatório, as funções de investigar, acusar, defender e julgar são muito bem delimitadas entre as diferentes instituições. Cabe ao Ministério Público a promoção da ação penal pública e, portanto, a ele, que se deve reservar decidir sobre a disponibilidade do interesse punitivo estatal.

A autoridade policial não pode, assim, autonomamente, celebrar o acordo de delação premiada, embora, como sua função é relevante para a produção de prova, pode ela auxiliar o Ministério Público na celebração do acordo.

Outro ponto que se coloca é que a colaboração premiada, mais do que a simples confissão e a chamada de corrêu, o acusado, na presença de seu defensor, renuncia ao direito

¹⁴³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Termo de colaboração premiada:** Joesley Batista. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/joesley-PET_7003_APENSO_1-1.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2017.

¹⁴⁴ SANNINI NETO, Francisco; HOFFMAN, Henrique. Colaboração premiada deve ter participação da polícia judiciária. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 ago. 2017, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-28/opiniao-policia-judiciaria-participar-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 25 set. 2017.

¹⁴⁵ STF. ADI. n. 5.508/DF. Relator: MELLO, Marco Aurélio.

ao silêncio e presta o compromisso de dizer a verdade, conforme o art. 4º, §14, da referida lei, debatendo-se assim na doutrina se há violação ao princípio constitucional da não-autoincriminação.

Maria Elizabeth Queijo¹⁴⁶ sustenta que, se não houver qualquer tipo de coação e se o acusado for instruído quanto ao direito ao silêncio, a colaboração premiada não viola o princípio do *nemo tenetur se detegere*, salvo se a concessão do benefício ficar ao arbítrio da autoridade.

Frederico Valdez Pereira¹⁴⁷ assevera que a questão está relacionada à “[...] esfera de liberdade do titular do direito, que pode renunciá-lo, se tal renúncia faz parte da estratégia pessoal adotada pela defesa.”

Em tese, a princípio, a colaboração premiada é compatível com o princípio da não-autoincriminação, da qual pode abrir mão o acusado, se for de interesse da sua defesa. O problema surge em razão da forma como o instituto foi sistematizado na Lei n. 12.850/2013.

Para Michelle Barbosa de Brito¹⁴⁸, esta Lei, ao condicionar os benefícios da colaboração premiada à eficácia da prova produzida pelo delator contra si próprio e contra o delatado e, acima de tudo, ao exigir que o colaborador sempre fale a verdade, viola o princípio constitucional da não-autoincriminação.

A autora considera que o seu art. 4º, *caput*, exige que a colaboração seja *efetiva*, estando condicionada a concessão dos benefícios, conforme § 1º deste dispositivo, à *eficácia* da colaboração, novamente apreciada na sentença (§ 11). O § 16, também do art. 4º, impõe que o colaborador apresente provas auxiliares para ratificação de sua confissão. Com isto, as “verdades” extraídas do réu colaborador deverão conduzir a outras provas além da confissão que sustentaram a sua própria condenação¹⁴⁹.

A Lei n. 12.850/2013, claramente, segundo ainda a mencionada autora, manipula a instrução probatória em nome do eficientismo por meio do delator e contra ele próprio, em afronta ao princípio da não autoincriminação¹⁵⁰.

No mesmo sentido, Renan Posella Mandarino¹⁵¹ aponta que a sistemática adotada pela Lei n. 12.850/2013 incita exacerbadamente para que o delator contribua com a justiça e,

¹⁴⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo:** o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107.

¹⁴⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada:** legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013. p. 55.

¹⁴⁸ BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal:** da eficiência à integridade. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 82.

¹⁴⁹ Ibid., p. 80.

¹⁵⁰ Ibid., p. 81.

¹⁵¹ MANDARINO, Renan Posella. **Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal.** 2015. 265f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015. p. 154.

consequentemente, reduza o empenho na busca de outras provas. Ao impor que o colaborador preste o compromisso de dizer a verdade, o legislador equiparou valor probatório das declarações do delator ao de uma testemunha, desconsiderando a parcialidade do colaborador.

E conclui:

Fica evidente que a intenção do legislador foi inserir mais um tipo de prova no sistema processual penal e, dessa forma, destacar o protagonismo do direito penal premial. Desejável seria aceitar a delação premiada como “meio de obtenção de prova”, porém, a realidade do processo penal ainda apresenta um cenário propício à utilização desmedida das provas orais para esclarecimento dos fatos criminosos.¹⁵²

Se a legislação atribui exacerbado valor probatório à colaboração premiada, o juiz deve-se valer do princípio da proporcionalidade para a adequação do instituto aos parâmetros do devido processo legal.

A primeira intervenção judicial se dá na fase de homologação da colaboração premiada, limitada ao juízo sobre a sua regularidade, legalidade e voluntariedade, sem qualquer juízo sobre as declarações prestadas pelo colaborador¹⁵³.

A Lei n. 12.850/2013 estabelece que o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes e fará audiência com o colaborador e o seu defensor apenas para aferir a voluntariedade do ato, o que vem ao encontro do processo penal constitucional acusatório, pois se impede que o juiz tenha contato com a produção de provas¹⁵⁴.

O juiz pode deixar de homologar a delação premiada, caso não observados os requisitos da regularidade, legalidade e voluntariedade, consoante art. 4º, § 8, da Lei.

Na sentença, o juiz faz valoração da colaboração premiada.

O primeiro ato de valoração da colaboração premiada diz respeito à possibilidade de rever o acordo celebrado entre as partes no que se refere à extensão do “prêmio” concedido ao colaborador.

O § 11, do art. 4º, estabelece que a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

¹⁵² MANDARINO, Renan Posella. **Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal**. 2015. 265f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015. p. 154.

¹⁵³ Ibid., p. 155.

¹⁵⁴ SANTOS, Ulisses Rabaneda dos. **Colaboração premiada, homologação e sistema acusatório**. Cuiabá, 9 nov. 2015. Disponível em: <<http://oabmt.org.br/Artigo/Artigo.aspx?id=266>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

Nas sentenças prolatadas no âmbito da Operação Lava Jato, o Juiz Federal Sérgio Fernando Moro¹⁵⁵ assenta que o acordo de colaboração premiada não vincula o juiz, mas apenas as partes. Cabe ao órgão julgador não abdicar do controle judicial, embora, em nome da segurança jurídica, deva agir com certa parcimônia. Pode assim, na sentença, no momento de aplicação da pena, conceder ou redimensionar os benefícios previamente fixados na colaboração premiada, levando-se em conta não só a efetividade da delação, como ainda circunstâncias judiciais, a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso (§§ 1º e 4º, do art. 4º)

No entanto, como se trata um negócio jurídico, a colaboração premiada é regida pela boa-fé objetiva. Desse modo, são vedadas condutas contraditórias ao longo das etapas do processo. A partir da confiança e da boa-fé, estabelecidas no momento de celebração e homologação da delação, criam-se expectativas de comportamentos futuros coerentes, inclusive, por parte do julgador. Os limites da pena do colaborador são aqueles fixados na colaboração premiada homologada¹⁵⁶.

Em julgamento que ainda depende de elaboração do Acórdão pelo Ministro Relator Edson Fachin, por maioria dos votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁷ decidiu que os termos do acordo de delação premiada devidamente homologada não podem ser revistos, quando do julgamento do mérito, salvo se comprovar fato que torne o negócio jurídico nulo.

No que se refere ao valor probatório da delação, deve-se tê-la como mero indício probatório para se dar início à ação penal. Não se sustenta a condenação em colaboração premiada não reforçada por outros elementos de convicção, que a acompanhem, como documentos juntados pelo colaborador, ou produzidos em Juízo¹⁵⁸.

O risco que se tem em relação à colaboração premiada é que se coloque sobre o acusado-delgado o ônus de provar sua inocência, em completa inversão do sistema processual penal-constitucional, fundado no princípio de presunção de inocência¹⁵⁹.

¹⁵⁵ PARANÁ. Ação Penal n. 5045241-84.2015.4.04.7000/PR. Juiz: MORO, Sérgio Fernando. (JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. **Ação Penal n. 5045241-84.2015.4.04.7000/PR**. Curitiba, 16 maio 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/05/Evento-985-SENT1.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2017. BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**: Paraná. Porto Alegre, 2016/2017. Disponível em: <<https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal>>. Acesso em: 2016/2017.).

¹⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. A pena fixada na delação premiada vincula o julgador na sentença? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-03/limite-penal-pena-fixada-delação-premiada-vincula-julgador-sentença>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁵⁷ STF. Pet. n. 7.074/DF. Relator: FACHIN, E. Data de Julgamento: 29-06-2017.

¹⁵⁸ MANDARINO. Renan Posella. **Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal**. 2015. 265f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015. p. 237.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 242.

Deve ser reforçada por provas auxiliares trazidas pelo próprio colaborador, como ainda pelas provas produzidas pelo Estado, que não se desincumbe do ônus de comprovar os fatos imputados ao acusado-delator e ao acusado-delatado ao longo da instrução, em que prevalecem o contraditório e a ampla defesa.

Na Operação Lava Jato, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região decidiu pela absolvição do ex-tesoureiro do PT, João Vaccari Neto, sob o fundamento de que o Ministério Público não se desincumbiu do ônus de produzir provas que corroborem as declarações prestadas pelos colaboradores, ainda que estas tenham sido replicadas em Juízo, sob o contraditório e a ampla defesa.

Não se ignora o fato de que os colaboradores PEDRO BARUSCO e EDUARDO HERMELINO LEITE afirmaram expressamente que JOÃO VACCARI teria ciência acerca do esquema criminoso; nada obstante, como destacado pelo Desembargador Leandro Paulsen, não foram apresentados pelo Ministério Público Federal elementos materiais que pudessem corroborar aquelas declarações, assim como não foram arroladas testemunhas que poderiam fortalecer a prova, como a apontada cunhada de JOÃO VACCARI.¹⁶⁰

Nessa decisão, ficou assentado o entendimento de que não é possível a condenação com fundamento em sucessivas colaborações premiadas, ainda que umas confirmem as outras, se não há outros elementos de prova, como documentos e testemunhas, que as corroborem.

O sigilo está presente na colaboração premiada desde o pedido de homologação até o recebimento da denúncia (art. 7º).

A princípio, o acesso aos autos é restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, mas o defensor deve ter acesso para o exercício da ampla defesa, como no caso de depoimento ou interrogatório do investigado¹⁶¹.

O fundamento jurídico para que a Lei n. 12.850/2013 preveja o sigilo da colaboração premiada reside na proteção à integridade do colaborador e na busca de êxito às investigações. Não prevê a norma nulidade do acordo em decorrência da quebra do sigilo¹⁶².

Não há que se falar em nulidade por violação a um dos dispositivos do art. 564 do Código de Processo Penal. O sigilo não é essencial à realização do ato processual, mas

¹⁶⁰ TRF 4ª Região. Apelação Criminal n. 5012331-04.2015.4.04.7000/PR. Desembargador Relator: GEBRAN NETO. João Pedro. Data da publicação 5 maio 2017.

¹⁶¹ BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 189.

¹⁶² PASCHOAL, Jorge Coutinho. **Delações vazadas podem ser anuladas?** São Paulo, 30 mar. 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/delacoes-vazadas-podem-ser-anuladas/>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

protege elementos secundários a ele: a tutela da integridade física do colaborador e o sucesso das investigações¹⁶³.

Por fim, prova ilícita é aquela que é produzida ou obtida em violação a normas constitucionais ou legais. A quebra do sigilo da colaboração premiada não é elemento de sua produção ou obtenção, senão é posterior à sua lícita concretização, motivo pelo qual não há que se falar em ilicitude de prova no caso em comento¹⁶⁴.

3.4.2 Infiltração de agentes

A infiltração de agentes consiste em permitir que policial ingresse no seio da organização criminosa e passe a atuar como se fosse seu integrante, participando de suas atividades diárias, das conversas, dos problemas, das discussões e das atividades concretas da organização, com a finalidade de colher informações e provas para melhor combatê-la¹⁶⁵.

O legislador brasileiro optou por condicionar a infiltração de agentes à decisão judicial, devidamente fundamentada acerca da necessidade da medida, na qual se fixam os limites da atuação do agente infiltrado. Além de ser forma de controle de atuação policial pelo Judiciário em condição excepcional, a medida possibilita que o agente saiba dos limites de sua atividade na coleta de provas no seio da organização criminosa¹⁶⁶.

A infiltração de agente somente pode ser utilizada nos expressos termos previstos em lei e como derradeira opção investigatória, tendo em vista a possibilidade de violação de direitos fundamentais do acusado, o próprio risco que corre o agente infiltrado e a possibilidade deste praticar crimes¹⁶⁷.

No que diz respeito à possibilidade de violação a direito fundamental, somente o acompanhamento da execução da medida pelo juiz que a autorizou é que pode evitar ou mitigar que isso aconteça¹⁶⁸.

Nesse sentido, andou bem o legislador na Lei n. 12.850/2013 ao limitar o prazo de duração da medida em seis meses, prorrogável por igual período, desde que comprovada a

¹⁶³ PASCHOAL, Jorge Coutinho. **Delações vazadas podem ser anuladas?** São Paulo, 30 mar. 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/delacoes-vazadas-podem-ser-anuladas/>>. Acesso em: 21 abr. 2017

¹⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Vazamento de delação premiada gera nulidade da prova?** São Paulo, 6 fev. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/02/06/vazamento-de-delacao-premiada-gera-nulidade-da-prova/>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

¹⁶⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 216.

¹⁶⁶ Ibid., p. 217.

¹⁶⁷ SOUZA, Luiz Roberto Salles. Agente infiltrado como técnica de investigação criminal. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 246.

¹⁶⁸ Ibid.

necessidade. Da mesma forma, ao exigir que, ao final do prazo estabelecido, relatório circunstanciado deve ser enviado ao juiz pelo agente, que imediatamente o encaminhará ao Ministério Público (art. 10, §§ 3º e 4º).

A violação de direitos fundamentais pelo uso da infiltração de agentes, tal como ocorre no caso da colaboração premiada, só se justifica pelo princípio da proporcionalidade, preenchidos os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sob o ponto de vista da adequação, a infiltração de agentes só se justifica se a prova puder ser obtida por esse meio. Ela só poderá ser autorizada judicialmente, se for medida idônea para o fim a que se destina, o que deve ser devidamente fundamentado pelo juiz¹⁶⁹,

No que tange à necessidade, a infiltração de agentes só é permitida caso a prova pretendida não possa ser obtida por outro meio menos gravoso. Deve o juiz no caso concreto verificar se os outros meios de prova ou o serviço de inteligência do Estado não são eficazes para obtenção da prova pretendida¹⁷⁰.

Por fim, há de se verificar a proporcionalidade em sentido estrito pela qual se exige a demonstração, no caso concreto, que os valores sacrificados pela atuação do agente não podem ser mais relevantes que os valores que se quer proteger com medida¹⁷¹.

Há duas modalidades de infiltração de agentes: infiltração preventiva, na qual o agente apenas acompanha as atividades da organização, não participa de qualquer atividade e intervém apenas no momento da ação policial global, intentada para o desmantelamento da organização criminosa; infiltração repressiva é aquela em que o agente infiltrado atua efetivamente na organização a praticar atos ilícitos, inclusive, crimes¹⁷².

Surge a questão da responsabilidade penal do agente infiltrado nas hipóteses em que se omite, quando podia e devia evitar o resultado danoso, na infiltração preventiva ou comete o crime no caso de infiltração repressiva.

Alexis Couto de Brito¹⁷³ sustenta que o agente infiltrado comete crime, porque o fato é típico, já que sua conduta é dolosa, voltada para a prática do delito, e cria um risco não admitido pelo direito; ilícita, pois não se pode falar em estrito cumprimento do dever legal, uma vez que a prática do crime pode ser evitada pelo agente; e culpável, porque o policial é imputável, tinha potencial consciência da ilicitude e poderia adotar conduta diversa, exceto no

¹⁶⁹ JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração de agentes como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. 2010. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 136.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 138.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 139.

¹⁷² BRITO, Alexis Couto de. Agente infiltrado: dogmática penal e repercussão processual. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 252.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 253-258.

caso em que ele for coagido irresistivelmente pela presença do chefe da organização criminosa ou outro membro.

Marcelo Baltouni Mendroni¹⁷⁴ assevera que o agente infiltrado pode cometer conduta típica, mas que é lícita, “desde que não atentem contra direito constitucional sobrevalente”. Nos casos de dúvida, o agente infiltrado deve consultar o juízo, que lhe autorizou a cometer a medida. Se não houver tempo ou não puder atuar, como no caso do homicídio, o agente infiltrado deve agir com muita habilidade (a infiltração exige treinamento e especialização do policial) e escapar da situação e pedir auxílio dos companheiros.

A Lei n. 12.850/2013 estabeleceu que o agente responderá pelos atos cometidos sem a devida proporção com a finalidade da medida e, no caso de crime, fica isento de pena, quando não exigida conduta diversa.

Portanto, a opção do legislador é pelo afastamento da responsabilidade penal do agente infiltrado de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Outra questão que se coloca em relação à infiltração de agentes diz respeito ao aspecto ético da medida, pois o Estado estaria a valer-se de um meio imoral no combate à criminalidade, já que o agente infiltrado usa da mentira e da traição para obter prova e, por vezes, pode cometer delitos no desempenho de suas funções, o que equivaleria a dizer que o Estado combate o crime, cometendo outros crimes¹⁷⁵.

Com a Lei n. 12.850/2013, a infiltração do agente foi melhor sistematizada. A exigência de autorização judicial, na qual se delimitam as atividades que o agente pode realizar, após requerimento ou representação do Ministério Público.

A infiltração de agentes foi uma opção do legislador para o combate ao crime organizado e outras manifestações da criminalidade moderna. O conflito se dá entre moralidade e licitude desse meio de prova, escolhido pelo legislador como eficaz no combate ao crime organizado¹⁷⁶.

No que se refere ao valor probatório da infiltração de agentes, há entendimento de que há violação ao contraditório e à ampla defesa, porque, para eficácia da medida, ela deve ser executada sob sigilo. Ocorre que, no caso, deve-se conferir o chamado contraditório diferido no tempo, tal como ocorre em diversas medidas cautelares¹⁷⁷.

¹⁷⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 219.

¹⁷⁵ JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração de agentes como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. 2010. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 81.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 85.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 107.

Luiz Henrique Machado¹⁷⁸ afirma que a Lei n. 12.850/2013 resolveu essa questão em parte ao estabelecer no art. 12, § 2º, que os autos da infiltração de agente, principalmente, o relatório circunstanciado, devem ser anexados à denúncia.

A inconstitucionalidade desse dispositivo reside no fato de que dispõe que será preservado o sigilo quanto à identidade do agente infiltrado, o que implica violação ao contraditório, porquanto impede que a defesa questione o policial sobre os fatos por ele relatado¹⁷⁹.

Deve-se afastar o sigilo imposto pela Lei em comento e identificar o agente infiltrado, permitindo-se que o seu relatório seja efetivamente impugnado pela defesa técnica e pelo réu. A segurança do policial deve ser resguardada pelo Estado. Trata-se de medida polêmica, mas é a única capaz de assegurar o contraditório e a ampla defesa¹⁸⁰.

O agente infiltrado não se confunde com o agente provocador, que induz o membro de organização criminosa a cometer crime, hipótese que configura o chamado flagrante preparado. A Corte Europeia de Direitos Humanos declarou nula a prova produzida por agentes infiltrados que induziram o investigado a vender-lhes droga. Entendeu a Corte que, nesse caso, os policiais provocaram o flagrante e declarou a prova ilícita¹⁸¹.

Também se assevera que a infiltração de agentes viola o princípio constitucional da intimidade, porque o policial tem acesso ao domicílio e às conversas particulares do investigado¹⁸².

No entanto, a infiltração depende de prévia autorização judicial e os atos cometidos pelo infiltrado são submetidos a controle judicial e do Ministério Público. Assemelha-se, dessa forma, ao controle que ocorre no caso de interceptação telefônica ou busca e apreensão domiciliar, ambas submetidas à cláusula de reserva jurisdicional.

As provas obtidas por meio de infiltração de agentes têm natureza inquisitiva. Desse modo, conforme Claudia Moscato de Santamaria, podem dar ensejo a novas investigações ou servir de elementos indiciários para iniciar o processo, “[...] *pero las declaraciones*

¹⁷⁸ MACHADO, Luiz Henrique. **Os limites para uso de agentes infiltrados nas investigações**. São Paulo, 9 jun. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/reflexoes-sobre-o-agente-infiltrado-09062016>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração de agentes como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. 2010. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 121.

autoincriminatorias recibidas informalmente por dicho agente, e incorporadas al proceso a través de su declaración testimonial non poden dar base a una condena.”¹⁸³

Apesar de ser o mais contestado meio de prova do crime organizado, a proporcionalidade assegura a sua constitucionalidade, principalmente, no que se refere à sua utilização subsidiária, quando os demais meios de prova não forem úteis para a obtenção da prova ou desmantelamento da organização criminosa. Colhida a prova, esta deve ser tida como inquisitorial, suficiente para dar continuidade às investigações e instruir a denúncia, mas imprestável para sustentação de condenação.

Não se tem informação oficial do uso da infiltração de agente em investigações a organizações criminosas no Brasil, devido ao alto risco que se coloca o infiltrado, o que exige pessoa extremamente treinada para a execução da tarefa.

3.4.3 Interceptação telefônica, captação ambiental e quebra dos sigilos financeiro, bancário e fiscal

No art. 3º, V, a Lei n. 12.850/2013 prevê, ainda, como meio de prova, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica.

Como visto no item 2.3.2 do capítulo anterior, a possibilidade de interceptação telefônica é medida que excepciona a inviolabilidade da intimidade, porque terceiro “viola a normal e sigilosa transferências de informações através de equipamento de telecomunicações”¹⁸⁴.

A Constituição Federal, no art. 5º, XII, estabelece as balizas que permitem a interceptação telefônica. Exige ordem judicial (cláusula de reserva de jurisdição), nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ao limitar a interceptação telefônica aos casos de investigação criminal ou instrução processual penal, a Constituição Federal estabeleceu típica reserva legal qualificada. E ao estabelecer a imprescindibilidade de autorização judicial, tem-se cláusula de reserva de

¹⁸³ SANTAMARIA, Claudia Moscato de apud JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração de agentes como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. 2010. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 127.

¹⁸⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 242.

jurisdição. Isso ressalta o prestígio que se dá à tutela da intimidade nas conversas telefônicas¹⁸⁵.

A Lei n. 9.296/1996¹⁸⁶ regulamentou a interceptação telefônica e, já prevendo a evolução tecnológica, estendeu a sua aplicação aos casos de informática e telemática. A interceptação de comunicação por *e-mail* e programas de computador, como *MSN*, *Whatsapp*, *Skype* etc. está sujeita aos mesmos requisitos constitucionais e legais da interceptação telefônica¹⁸⁷.

De acordo com esta Lei, que se aplica à persecução penal de organização criminosa por força do art. 3º, V, da Lei n. 12.850/2013, a interceptação telefônica depende de ordem do juiz competente para ação principal, deve ser processada sob sigilo de justiça e só será admitida se presentes os rígidos requisitos legais¹⁸⁸: indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e a infração penal deve ser punida com pena de reclusão (art. 2º, I, II, e III, a *contrario sensu*, da Lei n. 9.296/1996).

O art. 2º da Lei n. 9.296/1996 impõe que a interceptação telefônica seja precedida de exame de proporcionalidade da medida, que deverá ser adequada para os fins a que se propõe, devendo haver indícios de autoria e ou participação (inciso I) e necessária, pois não pode ser concedida se há outros meios menos gravosos para a obtenção da prova (inciso II). Além disso, o fato deve constituir crime de especial gravidade (apenados com reclusão), de modo que justifique, na devida proporção, a constrição de direito fundamental à intimidade do investigado, em prol da realização de outros valores fundamentais¹⁸⁹.

A interceptação telefônica só pode ser realizada por tempo determinado. Não pode exceder ao prazo de quinze dias, mas é renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade da prova¹⁹⁰.

A Lei n. 9.296/1996, no entanto, não estabelece o número de vezes que a medida pode ser prorrogada.

¹⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 550.

¹⁸⁶ BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 8 maio 2016.

¹⁸⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 243.

¹⁸⁸ BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 185.

¹⁸⁹ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 551.

¹⁹⁰ BARROS, loc. cit.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁹¹ é no sentido de que “[...] a interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos, devendo o seu prazo de duração ser avaliado fundamentadamente pelo magistrado, considerando os relatórios apresentados pela polícia.” Assim, não há restrição ao número de vezes que a medida poderá ser prorrogada, exigindo-se que a decisão judicial apresente fundamentação idônea para a manutenção da coleta de prova.

No Supremo Tribunal Federal¹⁹², foi reconhecida a repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário n. 625.263/PR, que se encontra, contudo, pendente de julgamento até a conclusão desse trabalho.

Luiz Flávio Gomes, em consonância com o processo penal constitucional, vale-se da proporcionalidade para solucionar a divergência. Segundo o autor, a Lei autoriza uma única interceptação. Outras prorrogações só se permitem em caso de exaustiva justificativa e quando a medida for absolutamente indispensável, conforme demonstrado em cada caso. Mas, as renovações não podem ofender a razoabilidade e serem por longo espaço de tempo.¹⁹³

Concluída a interceptação telefônica, aquilo que for de interesse da investigação deve ser anexado em autos apensados ao do inquérito policial ou da ação penal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas (art. 8º da Lei n. 9.296/1996).

O segredo deve ser mantido nos estritos limites da ação penal, porque o rigor do controle judicial do segredo da medida se deve ao fato de que a interceptação telefônica atinge diretamente o direito constitucional de preservação da intimidade da pessoa humana¹⁹⁴.

A publicidade é interna ao processo, pois, após a concretização da medida, abre-se oportunidade para o réu e seu defensor exercerem o contraditório e ampla defesa¹⁹⁵.

As conversas telefônicas interceptadas que não interessem à investigação deverão ser inutilizadas por ordem judicial a requerimento do Ministério Público ou da pessoa interessada (art. 9º da Lei n. 9.296/1996).

Preserva-se a intimidade, conforme assegurado constitucionalmente.

Na Operação Lava Jato, o Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, da Décima Terceira Vara Federal de Curitiba, autorizou o levantamento do sigilo de conversa telefônica interceptada, que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, então investigado, manteve com a

¹⁹¹ STJ. AgRg. no REsp. 564.035/SP. Relator: MUSSI, Jorge. Publicado no DJe. de 30-06-2017.

¹⁹² STF. RE n. 625.263/PR. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira.

¹⁹³ GOMES, Luiz Flávio apud BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 186.

¹⁹⁴ Ibid., p. 187.

¹⁹⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 218.

então Presidente Dilma Rousseff. Também foi autorizada a divulgação de conversa telefônica entre a ex-primeira-dama Marisa Letícia Lula da Silva e seu filho Fábio Luís.

A decisão de levantamento foi fundamentada da seguinte forma:

Como tenho decidido em todos os casos semelhantes da assim denominada Operação Lavajato, tratando o processo de apuração de possíveis crimes contra a Administração Pública, o interesse público e a previsão constitucional de publicidade dos processos (art. 5º, LX, e art. 93, IX, da Constituição Federal) impedem a imposição da continuidade de sigilo sobre autos. O levantamento propiciará assim não só o exercício da ampla defesa pelos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça criminal. A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras.¹⁹⁶

Essa decisão foi impugnada pela então Presidente Dilma Rousseff na Reclamação n. 23.457/PR¹⁹⁷ perante o Supremo Tribunal Federal, na qual, em liminar concedida pelo Ministro Teori Zavascki, posteriormente confirmada no julgamento definitivo de mérito, foi suspensa a decisão prolatada pelo Juiz Federal Sérgio Fernando Moro.

Na decisão, o Ministro Teori Zavascki¹⁹⁸ asseverou que a decisão impugnada violou o direito fundamental ao sigilo das interceptações telefônicas, conforme expressa disposição do art. 5º, LII, da Constituição Federal, e dos arts. 8º e 9º da Lei n. 9.296/1996, que, respectivamente, veda a divulgação de qualquer interceptação e determina a inutilização das gravações que não interessem à investigação ou ao processo criminal. E concluiu:

Contra essa ordenação expressa, que – repita-se, tem fundamento de validade constitucional – é descabida a invocação do interesse público da divulgação ou a condição de pessoas públicas dos interlocutores atingidos, como se essas autoridades, ou seus interlocutores, estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade.¹⁹⁹

A decisão final do Supremo Tribunal é acertada na medida em que a Constituição Federal estabelece que a interceptação é feita no interesse da investigação ou da instrução processual. A Lei de regência impõe que o sigilo deve ser preservado, sendo que a

¹⁹⁶ Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônicos n. 5006205-98.2016.4.04.7000/PR. Juiz: MORO, Sergio Fernando. (JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. **Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônica n.5006205 98.2016.4.04.7000/PR**. Curitiba, 16 mar. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/03/Evento-135-DESPADEC11.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2017).

¹⁹⁷ STF. Recl. n. 23.457/PR. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJe de 22.03.2016.

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Ibid.

publicidade é interna ao processo, limitada aos sujeitos processuais. Não há qualquer exceção que permita o levantamento do sigilo, se o investigado for autoridade pública, porque a essa se estende o direito à intimidade.

No art. 3º, II, da Lei n. 12.850/2013 prevê-se a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. Consiste na instalação de dispositivos eletrônicos de escutas e gravações de som e imagem em ambientes como residência, locais de trabalho e logradouros públicos²⁰⁰.

Essa medida também suscita questionamento de inconstitucionalidade, notadamente, porque violaria os princípios da intimidade e da inviolabilidade do domicílio nos termos do que estabelece o art. 5º, X e XI, da Constituição Federal²⁰¹.

Contudo, ao se reconhecer o direito de toda pessoa gravar a própria conversa, a gravação ou captação feita por um dos interlocutores pode ser validamente aceita no processo, salvo se violar, em um juízo de ponderação, direitos fundamentais que devem prevalecer no caso concreto, como o caso da obtenção da prova mediante tortura²⁰².

No julgamento de Recurso Extraordinário n. 583.937/RJ²⁰³, com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a licitude de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento de outro, porque tal prática não se confunde com a interceptação telefônica, essa sim vedada por expressa disposição do art. 5º, LII, da Constituição Federal.

Em investigação conexa à Operação Lava Jato, em que se apurava organização criminosa de que faziam parte proprietários e diretores do Grupo J&F, um dos investigados, Joesley Batista, gravou clandestinamente conversa que manteve com o Presidente Michel Temer no Palácio do Jaburu, em Brasília²⁰⁴.

Essa prova colhida serviu como fundamento para instauração do Inquérito Policial n. 4.483/DF, em que se investiga a prática de crimes pelo Presidente, cuja defesa alegou que a

²⁰⁰ PIMENTEL, José Eduardo de Souza. **Processo penal garantias e repressão ao crime organizado: a legitimidade constitucional dos novos meios operacionais de investigação e prova diante do princípio da proporcionalidade**. 2006. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 113.

²⁰¹ MACHADO, Leonardo Marcondes. (In)constitucionalidade das interceptações na Lei de Organizações Criminosas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-14/academia-policia-inconstitucionalidade-interceptacoes-lei-organizacaoes-criminosas>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

²⁰² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 226.

²⁰³ STF. RE n. 583.937. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJe de 03.12.2009.

²⁰⁴ LEIA na íntegra a conversa entre o presidente Temer e Joesley Batista. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 19 maio 2017. Política. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1885414-leia-na-integra-a-conversa-entre-o-presidente-temer-e-joesley-batista.shtml>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

captação ambiental realizada por Joesley Batista seria ilícita por violação ao direito à sua intimidade. No entanto, o Min. Edson Fachin entendeu que tal prova era lícita com fundamento justamente na tese sufragada no RE n. 583/937/RJ: “Gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.”²⁰⁵

Situação diversa ocorre na hipótese de interceptação ambiental, em que o terceiro faz a captação.

Leonardo Marcondes Machado²⁰⁶ sustenta que não se pode aplicar o regramento da interceptação telefônica à interceptação ambiental, porque, nesta, o nível de invasão da esfera íntima é maior, além de que se exige a instalação de equipamentos no interior do ambiente, o que não ocorre na primeira.

Com fundamento em pesquisa jurisprudencial, Luiz Francisco Torquato Argolo²⁰⁷ conclui que a captação feita por terceiros em logradouros públicos ou no interior de repartição pública não fere o direito constitucional à intimidade.

Mas, se a captação ocorrer no interior do domicílio, compreendido como local em que a pessoa conta com expectativa de privacidade, como a residência ou o local de trabalho, a comunicação ambiental tem caráter privado e a intimidade deve ser preservada no aspecto do segredo do conteúdo da conversa em relação a terceiros²⁰⁸.

No que tange aos sigilos financeiro, bancário e fiscal, os quais estão também relacionados à tutela garantidora da intimidade e da vida privada, o art. 3º, VI, da Lei n. 12.850/2013 remete à legislação específica.

A quebra desses sigilos é importante para apuração de crimes inseridos no contexto do Direito Penal Econômico, como as infrações penais de “colarinho branco”, de “lavagem de dinheiro”, de “sonegação fiscal” e de outras tantas praticadas por organização criminosa²⁰⁹.

O acesso a dados sigilosos, notadamente aos dados referentes aos sigilos bancário e fiscal de pessoas físicas e jurídicas, é medida que, de acordo com os ditames de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, deve ser excepcional em uma investigação criminal. Somente em casos indispensáveis para a elucidação dos fatos é que a autoridade investigativa

²⁰⁵ GRAVAÇÃO de Joesley com Temer é legal, diz Fachin; para presidente, é ilícita. **G1**, Rio de Janeiro, 19. maio 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/gravacao-de-joesley-com-temer-e-legal-diz-fachin-presidente-diz-ser-ilicita.ghtml>>. Acesso em: 20 jun.2017.

²⁰⁶ MACHADO, Luiz Henrique. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 198.

²⁰⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 238-239.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 239.

²⁰⁹ BARROS, Marco Antônio. de. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 199-200.

deveria requerer, de forma fundamentada, ao Poder Judiciário a quebra de tais dados sigilosos.

3.4.4 Outros meios de prova na Lei n. 12.850/2013

A ação controlada também é meio de prova prevista no combate ao crime organizado. Trata-se do retardamento e da espera do melhor momento para a atuação policial repressiva contra criminosos integrantes da organização a fim de se colher prova de infrações penais²¹⁰.

Embora a Lei n. 12.850/2013 não exija a prévia autorização judicial para o retardamento da ação de ofício do agente policial, ela será comunicada previamente ao juiz competente, que poderá estabelecer limites, e ao Ministério Público.

Nessa comunicação, a autoridade policial indicará os pressupostos objetivos, os elementos informativos que sustentam a hipótese, o ganho que se tem com o retardamento do flagrante em relação à produção de prova. Trata-se de maneira a não se conceder discricionariedade exacerbada à Autoridade Policial, que deixa de efetuar a prisão em flagrante, a regra que seria a adotar²¹¹.

Outro meio de prova previsto na Lei n. 12.850/2013 é o acesso aos registros de ligações telefônicas e telemáticas, aos dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e às informações eleitorais ou comerciais.

O Ministério Público e a autoridade policial não precisam de autorização judicial para obtenção dos dados cadastrais.

A Constituição Federal estabelece a inviolabilidade dos dados (art. 5º, XII), que se refere ao conteúdo dos dados e não os seus elementos externos, como a qualificação da pessoa. Não pode, assim, a instituição financeira fornecer extratos bancários ou a senha do cliente investigado, mas os dados de qualificação que ele forneceu no momento em que abriu a contracorrente²¹².

A Lei n. 12.850/2013 enumera como meio de prova a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

²¹⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 211.

²¹¹ PIMENTEL, José Eduardo de Souza. **Processo penal garantias e repressão ao crime organizado: a legitimidade constitucional dos novos meios operacionais de investigação e prova diante do princípio da proporcionalidade**. 2006. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 109.

²¹² MENDRONI, op. cit., p. 249.

É o que ocorre, por exemplo, na informação de dados cadastrais pela Justiça Eleitoral, ou, ainda, a cooperação entre as policiais judiciárias de diferentes unidades da Federação.

Questão que se coloca é quanto ao compartilhamento de dados fiscais pela Receita Federal. A Lei Complementar n. 105/2001 dispensa a necessidade de autorização judicial para a Receita quebrar o sigilo fiscal de contribuinte, o que foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, para a Receita Federal compartilhar esses dados fiscais com órgãos de investigação das organizações criminosas é imprescindível que haja autorização judicial nesse sentido.

Como visto, o desenvolvimento do crime organizado está intimamente associado ao processo de globalização. As organizações criminosas buscam a internacionalização de suas condutas criminosas, como, por exemplo, a lavagem de capitais nos chamados “paraísos fiscais”.

Como instrumento de combate ao crime organizado internacional, tem-se a chamada cooperação internacional, a qual não encontra regramento em lei ordinária, mas o ordenamento jurídico brasileiro a incorporou por conta de convenções internacionais²¹³.

A Convenção de Palermo estabelece que os Estados-parte celebrem acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais para a cooperação na execução de técnicas de investigação contra o crime organizado. Na ausência desses acordos, podem os Estados cooperarem casuisticamente²¹⁴.

A cooperação internacional só é válida se os Estados-parte respeitarem as garantias incidentais probatórias, como o direito à prova, a presunção de inocência, igualdade de armas, contraditório e ampla defesa, entre outros²¹⁵.

Até 28 de março de 2017, na operação Lava Jato, houve cento e sessenta e seis pedidos de cooperação internacional (cento e vinte ativos e quarenta e seis passivos), envolvendo Estados como Estados Unidos da América do Norte, Suíça, Espanha, Holanda e Portugal²¹⁶.

²¹³ BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 328.

²¹⁴ BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

²¹⁵ BARROS, op. cit., p. 331-332.

²¹⁶ GIACOMET JÚNIOR, Isalino Antônio; SILVEIRA, Arnaldo José Alves. Desempenho da cooperação jurídica internacional nos três anos de "lava jato". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-28/desempenho-cooperacao-juridica-internacional-lava-jato>>. Acesso em: 15 maio 2017.

Esses pedidos de cooperação internacional visam à realização de buscas e apreensões, quebras de sigilo bancário, oitiva de testemunhas e medidas cautelares de sequestro e bloqueios, que possibilitaram a repatriação de diversos ativos localizados no exterior, um dos pontos mais exitosos da Operação Lava Jato, o que revela o aperfeiçoamento dos órgãos nacionais no combate ao crime em seu viés internacional²¹⁷.

²¹⁷ GIACOMET JÚNIOR, Isalino Antônio; SILVEIRA, Arnaldo José Alves. Desempenho da cooperação jurídica internacional nos três anos de "lava jato". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-28/desempenho-cooperacao-juridica-internacional-lava-jato>>. Acesso em: 15 maio 2017.

CONCLUSÃO

É característica essencial do Estado Democrático de Direito a previsão constitucional de direitos e garantias fundamentais do cidadão que limitam os poderes do Estado.

Esses direitos e garantias têm natureza de princípios constitucionais que, no constitucionalismo moderno, mais do que simples enunciação formal de direitos, devem ser dotados de efetividade.

Ao mesmo tempo, ao contrário do que se propõe *prima facie*, esses princípios não têm caráter ilimitado, pois podem ser restringidos e regulamentados por norma infraconstitucional no caso de haver colisão com outros princípios constitucionais.

Esse conflito resolve-se pelo princípio da proporcionalidade que impõe ao Poder Legislativo sopesamento entre os princípios colidentes e ao Judiciário, juízo de ponderação.

A restrição a direitos e garantias fundamentais exige fundamentação jurídico-constitucional idônea a apontar que, no caso concreto, afasta-se a aplicação do princípio constitucional em favor de outro de igual natureza e relevância.

A Constituição Federal adota o sistema garantista-acusatório de processo penal, formado por um conjunto de normas de direitos e garantias fundamentais em favor do acusado e que limitam os poderes persecutórios do Estado.

O sistema processual penal é garantista, regido pelo princípio do devido processo legal do qual irradiam todos os demais direitos e garantias do acusado, como o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência, dentre outros.

Trata-se, ainda, de sistema acusatório, já que há nítida divisão das funções de investigar, acusar, defender e julgar entre órgãos distintos do Estado e instituições essenciais à justiça.

O modelo de processo penal acusatório-garantista traz reflexos importantes para o sistema probatório.

Ao contrário do que ocorre no sistema inquisitivo, a verdade real é tida como dogma. A verdade que se tem como possível é a processual, apurada de acordo com o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e as limitações à produção de prova pelo Estado, principalmente, a inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos.

A distribuição do ônus da prova também sofre impactos no modelo de processo penal acusatório-garantista. Se, no sistema inquisitivo, diante das amplas prerrogativas do Estado, o acusado tem o ônus de provar sua inocência, no modelo estabelecido constitucionalmente, a

acusação inicia a ação penal com imensa carga probatória, pois deve afastar a presunção constitucional de inocência para obtenção de sentença condenatória ao final da instrução.

O acusado, por sua vez, tem o direito à ampla defesa, composta pela autodefesa e pela defesa técnica. A primeira é disponível, tanto que ele pode permanecer em silêncio, o que não pode lhe causar prejuízo imediato, embora possa representar perda de oportunidade a influenciar o convencimento do juiz. Já a defesa técnica é indispensável e a sua deficiência gera nulidade processual.

Além disso, o sistema acusatório, firmado na completa separação de funções entre os órgãos destinados a investigar, acusar, defender e julgar, impede que o juiz, sujeito imparcial da relação jurídica processual, tenha iniciativa probatória.

O juiz que produz prova de ofício incorre no erro do sistema inquisitivo e perde a imparcialidade imprescindível à reconstrução cognitiva da verdade aproximada dos fatos. São, assim, inconstitucionais os dispositivos legais que permitem ao juiz determinar a produção de prova de ofício, como o art. 156, I e II, do Código de Processo Penal.

Produzida a prova pelos sujeitos parciais da relação processual, incumbe ao juiz a valoração do conjunto probatório.

No sistema constitucional brasileiro, adotou-se o sistema da livre convicção motivada ou da persuasão racional, pelo qual o juiz é livre na formação de sua convicção, mas deve explicitar as razões fáticas e jurídicas de decidir.

O livre convencimento do juiz não é pleno, porque deve ser moldado de acordo com as provas produzidas em respeito ao devido processo legal e seus consectários. Além do mais, não há espaço à subjetividade do juiz, moldado na Constituição Federal.

O sistema processual penal constitucional ainda impõe limites probatórios ao Estado: a presunção de inocência, que, além de infligir à acusação o ônus da prova, proíbe que o acusado seja compelido a produzir provas contra si mesmo (princípio do *nemo tenetur se detegere*); a proteção à intimidade impõe cláusulas de reserva de legalidade e jurisdição às diligências de busca e apreensão domiciliar e à interceptação telefônica, e; a vedação do uso de provas obtidas ilicitamente, com o que se equilibra a relação jurídica processual, pois os agentes do Estado não podem se valer de meios inconstitucionais ou ilegais para obtenção de prova.

Como têm natureza de princípios constitucionais, essas normas processuais penais têm força normativa e devem ser efetivadas. Contudo, estão sujeitas à restrição pelo princípio da proporcionalidade.

O sistema processual penal constitucional entra em tensão com fenômeno do crime organizado, que representa perigo aos direitos, à democracia, à paz e, até mesmo, ao futuro do planeta e que, dada a sua complexidade, exige sistema específico de provas.

Essa tensão se resolve pelo princípio da proporcionalidade, pois será dele que, mesmo com a ampliação dos poderes persecutórios do Estado, são preservados os direitos e garantias constitucionais do acusado.

A previsão de meios de prova específicos do crime organizado, por si só, não viola o sistema processual penal constitucional. Mas, o legislador e o juiz devem se valer da proporcionalidade com o intuito de preservar os direitos fundamentais do acusado.

No Brasil, a Lei n. 12.850/2013 define organizações criminosas e disciplina os meios de prova admitidos nessa infração penal.

A colaboração premiada se caracteriza por negócio jurídico que deve ser regido pelos princípios da boa-fé objetiva, vedando-se qualquer ato desleal das partes celebrantes do acordo, as quais ainda estão adstritas ao princípio da legalidade, porque as normas que a regem são de Direito Público e cogentes.

A forma que esse meio de prova foi regulamentado na Lei n. 12.850/2013 viola o princípio da proporcionalidade, pois, em nome do eficientismo das informações trazidas pelo colaborador, incita exacerbadamente para que o acusado contribua com a justiça e, consequentemente, desequilibra a tensão conflitiva em favor dos interesses punitivos do Estado em detrimento das garantias defensivas, como o direito da não-autoincriminação.

No que se refere ao valor probatório, a colaboração premiada deve ser tida como indício suficiente para o início da ação penal. Não serve ela como prova suficiente para a condenação, se não for corroborada por outros elementos de prova.

A infiltração de agente é medida excepcional que só deve ser tomada em caso de necessidade e imprescindibilidade. A Lei n. 12.850/2013, ao exigir que o juiz seja informado das atividades do infiltrado, visa impedir que haja violações a direitos fundamentais do acusado. Porém, ao impor o sigilo da identificação do agente infiltrado, impede o exercício pleno do contraditório em juízo, incidindo, nesse ponto, em inconstitucionalidade.

A Lei n. 12.850/2013 permite a interceptação telefônica, a captação e a quebra dos sigilos telefônicos, fiscal, financeiro e bancário, sob a condição de observância restrita do regramento constitucional e legal de tutela à intimidade. O fato de se tratar de pessoa investigada por participação em organização criminosa não permite, por exemplo, que se dê publicidade externa à transcrição das conversas telefônicas interceptadas.

Além disso, a Lei em comento prevê a ação controlada, em que se justifica a não realização da prisão em flagrante do autor de um crime para a melhor produção de provas.

O acesso a dados do investigado junto a órgãos públicos deve-se restringir à sua qualificação e individualização, respeitando-se o sigilo imposto pela Constituição Federal ou pela lei

A cooperação internacional é medida eficaz que possibilita a, por exemplo, repatriação de divisas importantes, como as que foram desviadas da Petrobras, cuja operação se deu na Operação Lava-Jato.

Em conclusão, não se pode de imediato defender a inconstitucionalidade de plano dos meios de prova destinados ao crime organizado, porque ampliam os poderes persecutórios do Estado. Deve-se analisar a maneira com que cada um desses meios é regulado em lei à luz do princípio da proporcionalidade, ou seja, de que a restrição específica a um direito fundamental do acusado encontre justificativa constitucional.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme. A Declaração Universal dos Direitos Humanos: mera declaração de propósitos ou norma vinculante de direito internacional? **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, Brasília, DF, ano 1, n. 1 p. 1-10, 2009. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Pub_Aragao%2001.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

BACZOKO, Bronislaw. Uma história. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

BAILYN, Bernard. Duas revoluções. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. (Coord.) **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão como meio de prova mediante sequestro do investigado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 13, n. 159, p. 4-6, fev. 2006.

BARROS, Gilda Naécia Maciel de. A liberdade democrática na Grécia clássica – Atenas. **International Studies on Law and Education**, São Paulo, n. 18, p. 57-68, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/isle18/57-68Gilda.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2016.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BECHARA, Fá Ramazzini. O Estado e o crime organizado: quebrando paradigmas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, n. 239, p. 4-5, out. 2012.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 118-127, jul./set. 1995.

_____. **Primeiras reflexões sobre organização criminosa**. [Salvador, 2013]. Disponível em: <<https://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121936003/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa>>. Acesso em: 13 out. 2013.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 22. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

BORGES, Paulo César Corrêa. **O crime organizado**. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2000.

BORRI, Luiz Antônio. Delação premiada do investigado/acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, n. 285, p. 6-8, ago. 2016.

BOURETZ, Pierre. Das idéias. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. (Coord.) **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

_____. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

_____. Decreto Legislativo n. 231, de 29 de maio de 2003. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seus dois Protocolos, relativos ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea e à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, celebrados em Palermo, em 15 de dezembro de 2000. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 15 jul. 2003. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/sileg/integras/192776.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2013.

_____. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 maio 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 8 maio 2016.

_____. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4850/2016, de 29 de março de 2016. Estabelece medidas de combate à impunidade, à corrupção; altera os Decretos-Leis nºs 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal; as Leis nºs 4.717, de 29 de junho de 1965, 4.737, de 15 de julho de 1965, 8.072, de 25 de julho de 1990, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, 8.906, de 4 de julho de 1994, 9.096, de 19 de setembro de 1995, 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.613, de 3 de março de 1998, e 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, e da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990; e dá outras providências. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 8 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 2016/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 2016/2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF, 2016/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 2016/2017

_____. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região: Paraná**. Porto Alegre, 2016/2017. Disponível em: <<https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal>>. Acesso em: 2016/2017.

BRITO, Alexis Couto de. Agente infiltrado: dogmática penal e repercussão processual. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Rodrigues Guimarães. (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal**: da eficiência à integridade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CALAMANDREI, Piero. "Il processo come giuoco". **Rivistadi Diritto Processuale**, Padova, v. 5, n. 1, p. 23-51, 1950.

_____. O processo como jogo. Tradução: Roberto B. Del Claro. **Genesis**, Curitiba, n. 23, p. 191-209, jan./mar. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **La equidade em el juicio penal (para la reforma de la corte asises)**: cuestiones sobre el processo penal. Traducción Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libería el Foro, 1960.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei n. 9.304/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1997.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, ano 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Lava Jato não usa prisões para obter colaboração de réus**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/11/17/lava-jato-nao-usa-prisoos-para-obter-colaboracao-de-reus.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

DANTAS, Saulo Maia. **Sérgio Moro e a Operação “Mani Pulite”**. Fortaleza, 2016. Disponível em: <<http://www.catolicadefortaleza.edu.br/wp-content/uploads/2016/08/Artigo-do-Saulo-Maia-Dantas.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2016.

DARNTON, Robert. A eclosão das luzes. In: _____.; DUHAMEL, Olivier. (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____.; DUHAMEL, Olivier. Introdução. In: _____.; _____. (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE. **Supreme Courte of the United States**. Willie Gene Davis, Petitioner v. United States. Justice Alito Júnior, Samuel Anthony. Washington, DC, 2010. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-11328.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. O conceito de crime organizado no Brasil: o princípio da legalidade, a Lei n. 9.034/95 e a Convenção de Palermo. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Rodrigues Guimarães. (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FACÇÃO criminosa do PCC foi criada em 1993. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 14 maio 2006. Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121460.shtml>>. Acesso em: 20. mar. 2017.

FAUSTO NETO, Antonio; PRASS, Marco Aurélio. 'Pensamento Comunicacional' da Lava Jato: fragmentos de leitura do Juiz Sérgio Moro. In: SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Inovação na Aprendizagem, 23., SALÃO DE ENSINO E DE EXTENSÃO, 8., 2017, Santa Cruz do Sul. **Seminário de Iniciação Científica**. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2017. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/sis/eventos/2017/resumos/R12-2143-1.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____.; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. (Coord.). **Direito processual penal internacional**. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. Tradução de Miguel Carbonell. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, DF, Nueva serie, ano 39, n. 115, p. 301-316, ene./abr. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v39n115/v39n115a10.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1997.

GARCIA, Roberto Soares. Delação premiada: ética e moral, às favas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 13, n. 159, p. 2-3, fev. 2006.

GIACOMET JÚNIOR, Isalino Antônio; SILVEIRA, Arnaldo José Alves. Desempenho da cooperação jurídica internacional nos três anos de "lava jato". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-28/desempenho-cooperacao-juridica-internacional-lava-jato>>. Acesso em: 15 maio 2017.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal: conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935**. Barcelona: Bosch : Casa Editorial, 1935.

GOMES, Luiz Flávio. **O jogo sujo da corrupção: pela implosão do sistema político-empresarial perverso: em favor da Lava Jato, dentro da lei, e pela reconstrução do Brasil**. Bauru: Astral Cultural, 2017.

_____. **Condução coercitiva do Lula: (i)legalidade e a busca da verdade (Aletheia)**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/conducao-coercitiva-do-lula-ilegalidade-e-a-busca-da-verdade-aletheia/>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Também em matéria processual provoca inquietação a Lei anti-crime organizado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 13, p. 1, fev.1994.

_____. O crime organizado e as garantias processuais. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 21, p. 8, set. 1994.

_____. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

GRAVAÇÃO de Joesley com Temer é legal, diz Fachin; para presidente, é ilícita. **G1**, Rio de Janeiro, 19 maio 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/gravacao-de-joesley-com-temer-e-legal-diz-fachin-presidente-diz-ser-ilicita.ghtml>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

GRINOVER, Ada Peregrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). **Justiça penal: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. v. 3

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; LUZ, Pedro Henrique Machado da. **A efetividade da aplicação da nova lei de medidas cautelares pessoais (Lei nº 12.403/11) pelo Tribunal de Justiça do Paraná**. São Paulo, 15 abr. 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/tag/prisao-preventiva/>>. Acesso em: 28 maio 2017.

HARTOG, François. Os antigos. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HIGONNET, Patrice. Uma história. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada: quais são os limites? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 1, p. 2-6, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23110/16462>>. Acesso em: 16 out. 2016

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração de agentes como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. 2010. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. **Ação Penal n. 504524184.2015.4.04.7000/PR**. Curitiba, 16 maio 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/05/Evento-985-SENT1.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

_____. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. **Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônica n.5006205 98.2016.4.04.7000/PR**. Curitiba, 16 mar. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/03/Evento-135-DESPADEC11.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

LEIA na íntegra a conversa entre o presidente Temer e Joesley Batista. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 19 maio 2017. Política. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1885414-leia-na-integra-a-conversa-entre-o-presidente-temer-e-joesley-batista.shtml>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. **A delação premiada e as consequências do seu vazamento**. São Paulo, 12 jan. 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-delacao-premiada-e-as-consequencias-do-seu-vazamento/>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

LEVORIN, Marco Polo. Fenomenologia das associações ilícitas. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Rodrigues Guimarães. (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo. Saraiva, 2012.

LIMA, José Antonio Farah Lopes de. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Leme: JH Mizuno, 2007.

_____. **Questões de direito penal europeu à luz do tratado de Lisboa**. Rei dos Livros: Caravelos, 2012.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Apontamentos sobre crime organizado e notas sobre a Lei n. 9.034/95. In: PENTEADO, Jacques de Camargo. (Coord.). **O crime organizado (Itália e Brasil) a modernização da lei penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Introdução crítica ao processo penal fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Juízes inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 127, p. 10-11, jun. 2003.

_____.; ROSA, Alexandre Moraes da. Com delação premiada e pena negociada, direito penal também é lavado a jato. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____.; _____. Quem vai julgar o futuro processo da operação "lava jato"? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/limite-penal-quem-julgar-futuro-processo-operacao-lava-jato>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____.; _____. A pena fixada na delação premiada vincula o julgador na sentença? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-03/limite-penal-pena-fixada-delacao-premiada-vincula-julgador-sentenca>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____.; _____. Presunção de inocência entre Renans, Garotinhos e linchamentos. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-09/limite-penal-presuncao-inocencia-entre-renans-garotinhos-linchamentos>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

LUISI, Luiz Benito Viggiano. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MACHADO, Antônio Alberto. **Bases do direito processual penal**: uma sistematização crítica. 2006. 1013f. Tese (Livre – Docência) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2006.

MACHADO, Leonardo Marcondes. (In)constitucionalidade das interceptações na Lei de Organizações Criminosas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-14/academia-policia-inconstitucionalidade-interceptacoes-lei-organizacoes-criminosas>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

MACHADO, Luiz Henrique. **Os limites para uso de agentes infiltrados nas investigações**. São Paulo, 9 jun. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/reflexoes-sobre-o-agente-infiltrado-09062016>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

PEREIRA, Filipe Martins Alves; SILVA, Rafael de Vasconcelos. **Análise jurídica da nova lei de organizações criminosas**. Teresina, set. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26710/analise-juridica-da-nova-lei-de-organizacoes-criminosas> >. Acesso em: 13 out. 2013.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As organizações criminosas e as drogas ilícitas. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). **Justiça penal – 6**: críticas e sugestões: 10 anos da Constituição e a justiça penal, meio ambiente, drogas, globalização, o caso Pataxó. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. As associações criminosas transnacionais. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). **Justiça penal**: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. v. 3

MANDARINO, Renê Posella. **Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal**. 2015. 265f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

MASI, Carlo Velho. O discurso político criminal sobre o crime organizado no Brasil. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 40, n. 2, p. 171-180, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/17344/11147>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Soraia da Rosa. **Entre o uso político e a política de uso da prisão preventiva**. São Paulo, 20 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/tag/prisao-preventiva/>>. Acesso em: 28 maio 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MESSA, Ana Flávia. Aspectos constitucionais do crime organizado. In: _____.; CARNEIRO, José Rodrigues Guimarães. (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**: entenda o caso. Brasília, DF, [201-]. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. **Atuação na 1ª Instância**: Paraná: investigação: histórico. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. **Termo de Colaboração Premiada**. (Colaborador: Pedro José Barusco Filho). Curitiba, 2014. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/02/858_ANEXO2.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. **Termo de Colaboração Premiada**. (Colaborador: Joesley Batista). Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/joesley-PET_7003_APENSO_1-1.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2017.

_____. **10 medidas contra a corrupção**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/perguntas-frequentes/as-10-medidas-autorizam-o-uso-de-prova-ilicita>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação “Mani Pulite”. **Revista CEJ**, Brasília, DF, v. 26, p. 56-62, 2004.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, ano 1, n. 0, fev. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5070>. Acesso em: 10 mar. 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. v. 2.

_____. **Organização criminosa**: comentários à Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Vazamento de delação premiada gera nulidade da prova?** São Paulo, 6 fev. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/02/06/vazamento-de-delacao-premiada-gera-nulidade-da-prova>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Regimes constitucionais de liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. Provas ilícitas em processo de corrupção. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 7. nov. 2016. Opinião. p. 3.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. **Delações vazadas podem ser anuladas?** São Paulo, 30 mar. 2017. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/delacoes-vazadas-podem-ser-anuladas/>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 102, n. 929, p. 319-358, mar. 2013.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. **Processo penal garantias e repressão ao crime organizado: a legitimidade constitucional dos novos meios operacionais de investigação e prova diante do princípio da proporcionalidade**. 2006. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

PINTO, Ronaldo Batista; CUNHA, Rogério Sanches. **Crime organizado: comentários à nova lei de crime organizado: Lei nº 12.850/2013**. Salvador: Juspodivm, 2013.

PISIER, Évelyne. Montesquieu e Rosseau: dois batedores da democracia. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

RODAS, Sérgio. Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

RORTY, Richard. Repensar a democracia. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

ROSA, Alexandre Moraes da. A superação dos sistemas inquisitório e acusatório como exigência do devido processo legal substancial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (Coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Record, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Crime organizado**. Curitiba, 2013. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/crime_organizado.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2014.

SANTOS, Ulisses Rabaneda dos. **Colaboração premiada, homologação e sistema acusatório**. Cuiabá, 9 nov. 2015. Disponível em: <<http://oabmt.org.br/Artigo/Artigo.aspx?id=266>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rio, 2001.

SOARES JÚNIOR, Dário José. **A crise dogmática do processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOUZA, Luiz Roberto Salles. Agente infiltrado como técnica de investigação criminal. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Rodrigues Guimarães (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Como (não) se ensinava processo penal antes da "lava jato". Eis o busfílis! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-09/senso-incomum-nao-ensinava-processo-penal-antes-lava-jato>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

TOLENTINO NETO, Francisco. Histórico do crime organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Rodrigues Guimarães (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo. Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes et al. **Prova penal**: Estado democrático de direito. Lisboa: Rei dos Livros, 2015.

WOOD, Gordan Stewart. O pensamento político na época da Revolução Americana. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. (Coord.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Crime organizado": uma categorização frustrada. **Discursos Seditiosos**: Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 1, p. 45-67, 1996.

_____. Globalización y sistema penal en América Latina: de la seguridad nacional a la urbana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 5, n. 20, 13-23, out./dez. 1997.