

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS (FDSM)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DE MESTRADO**

EMERSON REIS DA COSTA

**A PROVA ILÍCITA E SUA CONFRONTAÇÃO COM A LEI DE ORGANIZAÇÕES
CRIMINOSAS NA PERSPECTIVA DO
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

POUSO ALEGRE/MG

2017

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS (FDSM)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DE MESTRADO

Emerson Reis da Costa

A PROVA ILÍCITA E SUA CONFRONTAÇÃO COM A LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NA
PERSPECTIVA DO
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

THE ILLICIT EVIDENCE AND ITS CONFRONTATION WITH THE LAW OF CRIMINAL
ORGANIZATIONS IN THE PERSPECTIVE OF
CONTEMPORARY CONSTITUCIONALISM

Constitucionalismo & Democracia.

Linha de pesquisa: Relações sociais e democracia (linha n. 2).

Defesa de dissertação.

A prova ilícita e sua confrontação com a Lei de Organizações Criminosas na perspectiva do Constitucionalismo contemporâneo.

Mestrando: EMERSON REIS DA COSTA – matrícula n. 016383.

Orientador: Prof. Dr. Hamilton da Cunha Iribure Júnior.

POUSO ALEGRE/MG

2017

FICHA CATALOGRÁFICA

C837p

COSTA, Emerson Reis da.

A prova ilícita e sua confrontação com a lei de organizações criminosas na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo/Emerson Reis da Costa. Pouso Alegre-MG: FDSM, 2017.
126p.

Orientador: Prof. Dr. Hamilton da Cunha Iribure Júnior.
Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Verdade real. 2. Teoria da prova. 3. Provas ilícitas. 4. Teoria da proporcionalidade. 5. Lei de Organizações Criminosas. 6. Constitucionalismo contemporâneo. 7. Garantismo processual. I. JÚNIOR, Hamilton da Cunha Iribure. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas.

CDU340

A PROVA ILÍCITA E SUA CONFRONTAÇÃO COM A LEI DE ORGANIZAÇÕES
CRIMINOSAS NA PERSPECTIVA DO
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS (FDSM)

Data da aprovação ____ / ____ / ____.

Banca examinadora

Prof. Dr. Hamilton da Cunha Iribure Júnior
Orientador

Prof(a). Dr(a).
Instituição

Prof(a). Dr(a).
Instituição

Pouso Alegre/MG
2017

A tudo devo a Deus.

A Ele honra, poder e glória para sempre.

Obrigado Senhor Javé por ter me colocado no seio de uma família maravilhosa, que fez com que aprendestes os dons e valores da honestidade, do trabalho digno e da humildade, como exercício solene e diário à ascensão moral e espiritual.

Este trabalho é dedicado aos meus pais, Antônio Reis da Costa e Yolanda da Costa Reis e Silva, dedico-o também aos meus irmãos Emiliane e Emanuel que sempre me incentivaram na busca do crescimento pessoal.

Um especial agradecimento ao Professor e Amigo Hamilton da Cunha Iribure Júnior que nunca mediu esforços em me guiar pelo melhor caminho, faço dele meu paradigma, como exemplo de pessoa e profissional.

Agradeço também aos demais professores da FDSM pelos parcos momentos de aprendizado e troca de informações.

Um agradecimento todo carinhoso aos demais colaboradores da instituição e, em especial, à Juliana que com seu sorriso e cordialidade aliviou o cansaço e desgaste das viagens semanais.

Um agradecimento final se volta à Priscila que tem estado ao meu lado, apoiando-me nos momentos de dificuldades com suas doces e sinceras palavras.

RESUMO

A pesquisa que ora se depara tem por perspectiva cotejar os contornos críticos da consideração da prova ilícita no âmbito do Processo Penal brasileiro, tendo como foco a Lei das Organizações Criminosas (Lei Federal n. 12.850/13). Para tanto, adotou-se inteiramente o método analítico com o emprego da técnica de avaliação documental. É sabido que a prova penal se destina à formação do convencimento do juiz no que diz respeito à sua condição de culpado ante sua participação na empreitada criminosa. A partir de então, tomando em consideração esses pontos, atinge-se a prova sua principal finalidade, qual seja, resgatar a historicidade dos fatos como ocorridos no mundo real. Isto por um lado se relaciona com a construção da verdade, o que se sabe, na presente vertente, sê-la apenas a processualmente atingível. Essa ideia, aliás, é o que se buscou construir nas primeiras linhas da pesquisa. Escorado no propósito de que o sistema constitucional brasileiro consolidado desde outubro de 1988 assentou-se numa ordem estritamente garantista, responsável por edificar uma estrutura calcada em sólidos princípios e garantias fundamentais – um verdadeiro sistema de freios para a atuação do Estado na sua relação com os cidadãos submetidos ao processo – busca-se equilibrar as agruras do Direito Processual Penal aos ideais da democracia constitucional que resgata a efetividade desses valores matriciais. No tocante à prova penal, mais uma vez, o sistema brasileiro enaltece rígidos padrões de produção e utilização da prova, vedando-se a amostra que esteja contaminada por vício, tanto de ordem material, quanto formal, ao que se convencionou denominar de proibição da prova ilícita. De certo que, em casos muito específicos e aplicando-se, contudo, a teoria da proporcionalidade, evoluiu-se a jurisprudência para admitir o emprego e ampla aplicação da prova ilícita, essencialmente nos casos em que se torna o único meio para a formação do convencimento voltado à absolvição do acusado. É nesta contextualística e com o fito de se conter o avanço da macrocriminalidade que vem a lume a lei de combate às organizações criminosas com rígidos mecanismos de coleta da prova. Faz parte do desenvolvimento da pesquisa mostrar o destoamento desse microsistema probatório aos padrões constitucionais exigidos pela atual Constituição. Diante disso, essas novas técnicas passaram a ser alvo de duras críticas, todas advindas da dogmática garantista que se edifica no mesmo sistema de Direito Constitucional, dele provenientes princípios como o do *pro homine*, *favor rei* e princípio da boa-fé. Daí porque se mostrou importante o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais a partir dos marcos do Constitucionalismo. O papel do Constitucionalismo neste cenário se mostra eficaz para se

combater as práticas processuais nocivas aos direitos fundamentais, pois é justamente ele que assinala os freios e contrapesos do Direito Constitucional, de sorte a limitar a atuação indiscriminada dos órgãos da persecução penal, mostrando que direitos e as garantias constitucionais devem ser resguardados a qualquer custo, sob pena do abandono completo desse sistema de proteção da pessoa humana. O arremate deste estudo se volta a pesquisar acerca da proposta do difundido “garantismo processual” que em resumo se trata da estrita observação de regras e garantias que o Direito Processual Penal prevê, voltadas a uma proteção secundária do indivíduo processado criminalmente, muito se aproximando do sistema das nulidades, sendo certo que a inobservância dessas ditas garantias processuais (secundárias) implicará no rompimento com a ordem constitucional vigente, nulificando a atividade desempenhada no processo.

Palavras-chave: Verdade real. Teoria da prova. Provas ilícitas. Teoria da proporcionalidade. Lei de Organizações Criminosas. Constitucionalismo contemporâneo. Garantismo processual.

ABSTRACT

The current research is aimed at comparing the critical aspects of considering the illicit evidence in the scope of the Brazilian Criminal Procedure, focusing on the Criminal Organizations Law (Federal Law 12.850/13). For that, the analytical method was adopted entirely using the documentary evaluation technique. It is known that the criminal evidence is intended to form the conviction of the judge about the imputability of the individual, especially in face to his participation in the criminal undertaking. After that, taking into consideration these points, the prove's main purpose is achieved, that is, to rescue the historicity of the facts as happened in the real world. This, on the one hand, is related to the construction of truth, which is known, in the present case, to be only procedurally attainable. This idea, moreover, is what was sought to be built on the first lines of the research. Stranded at the intention that the Brazilian constitutional system consolidated since October 1988 was based on a strictly guarantorist order, responsible for building a structure based on solid principles and fundamental guarantees - a real system of obstacles for the State's act in its relations with the citizens submitted to the process - seeks to balance the hardships of criminal procedural law with the ideals of constitutional democracy that rescues the effectiveness of these matrix values. Regarding the criminal prove, once again, the Brazilian system extols rigid standards of production and use of the prove, and the sample that is contaminated by defect is prohibited, whether this is a material or formal defect, which is often called prohibition of unlawful evidence. Of course, in very specific cases and applying the theory of proportionality, case-law has evolved to admit employment and wide application of unlawful evidence, essentially in cases where it becomes the only way to form the conviction for the acquittal of the accused. It is in this context and in order to contain the progress of macro-crimality that comes the law for combat the criminal organizations with rigid mechanisms for collecting evidence. It is part of the development of the research to show the disruption of this prove's microsystem to the constitutional standards required by the current Constitution. Faced with this, these new techniques became the subject of harsh criticism, all stemming from the guarantor dogmatic that is built in the same system of Constitutional Law, from which came principles such as pro homine, favor king and principle of good faith. This is why the development of the theory of fundamental rights has been important from the framework of Constitutionalism. The role of Constitutionalism in this scenario proves to be effective in combating procedural practices that are harmful to fundamental rights, since it is precisely what signals the checks and balances of Constitutional Law, in order to limit the indiscriminate performance of the organs of criminal prosecution, showing that rights and the constitutional guarantees should be safeguarded at any cost, under penalty of complete abandonment of this system of protection of the human person. The end of the research innovates with the creation of an unpublished branch that now proposes to study, which in this work was denominated "procedural guaranty". In short, it is about the strict observation of rules

and guarantees that criminal procedural law provides, aimed to a secondary protection of the individual that is prosecuted criminally, in a very approaching to the system of nullities, being certain that the non-observance of these procedural guarantees (secondary) will imply in breaking with the current constitutional order, nullifying the activity performed in the process.

Keywords: Real truth. Theory of evidence. Illegal evidence. Theory of proportionality. Criminal Organization's law. Contemporary constitutionalism. Guarantee process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. SOBRE A TEORIA GERAL DA PROVA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL.....	12
1.1 Ausência de genuína identidade filosófica do processo penal: o perigo à desintegração do sistema probatório.....	12
1.2 A “verdade” e o Processo Penal: revisitando Jacob Bazarian.....	19
1.3 Garantismo e verdade: rememorando Ferrajoli.....	22
1.4 Formando-se a cadeia lógica de convencimento do juiz.....	26
1.5 Persuasão racional do magistrado: e as barreiras ao decisionismo?.....	29
1.6 Conceito, classificação e funcionalidade da prova.....	32
1.7 Princípios e regras constitucionais que perpassam a prova no Processo Penal brasileiro.....	34
1.8 A mitigação da <i>não-culpabilidade</i> como princípio matricial na prova penal.....	37
2. PROVAS ILÍCITAS.....	41
2.1 Conceitos e bifurcações.....	41
2.2 Limites de licitude da prova emprestada no Processo Penal.....	43
2.3 Inadmissibilidade da prova ilícita.....	46
2.4 A admissibilidade da prova ilícita no Processo Penal: hipóteses justificadoras.....	49
2.5 A prova ilícita por derivação, a teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada e o princípio da serendipidade.....	51
2.6 O postulado da proporcionalidade como teoria aplicada às provas ilícitas.....	57
3. SOBRE A LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: VISÃO GERAL E MÉTODOS DE OBTENÇÃO DA PROVA NA CONJUNTURA DO PROCESSO PENAL MODERNO.....	63
3.1 O crime organizado em seu contexto histórico e evolução das ferramentas legais.....	63
3.2 A lei 12.850/13 como marco impactante no combate à criminalidade	

	organizada no Brasil: visão geral.....	66
3.3	A terminologia organização criminosa, definição e diferenciação do crime de associação criminosa.....	69
3.4	Métodos de obtenção da prova regulados pela Lei de Organizações criminosas..	72
3.4.1	Colaboração ou delação premiada(?): definição, abrangência e alcance.....	72
3.4.2	Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos.....	78
3.4.3	Ação controlada.....	80
3.4.4	Infiltração de agentes.....	81
3.4.5	Cooperação institucional.....	83
3.5	Aspectos procedimentais inaugurados pela legislação atual: prazo de instrução e decretação de sigilo.....	86
3.6	A teoria do domínio do fato aplicada às organizações criminosas: apontamentos e críticas constitucionais.....	90
4.	O PAPEL DO CONSTITUCIONALISMO NO PROCESSO PENAL E SUAS REVERBERAÇÕES NO DIREITO À PROVA.....	95
4.1	O Constitucionalismo: historicismo, técnica, movimento ou sistema constitucional?.....	95
4.2	O Constitucionalismo e seu papel na teoria dos direitos fundamentais.....	99
4.3	Os marcos constitucionais do Brasil e a Constituição de 1988 como fruto inspirador a um Constitucionalismo do crepúsculo da Nova Era.....	104
4.4	A importância do Constitucionalismo como metadisciplina jurídica voltada ao garantismo processual.....	113
4.5	Para uma compreensão final da prova no Processo Penal sob as guinadas do Constitucionalismo contemporâneo.....	116
	CONCLUSÕES.....	119
	BIBLIOGRAFIA.....	123

INTRODUÇÃO

De acordo com a teoria geral do processo, as pretensões buscam arrimar-se nos fatos que são deduzidos no âmbito jurisdicional, e a atividade de jurisdição – seja ela cível ou penal – é essencialmente pautada nos critérios probatórios (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2010, p. 377), estes, postos à mesa, num jogo onde as cartas são colocadas às claras, ou pelo menos assim esperar-se-ia fossem, com regras e valores previamente estabelecidos, donde o juiz – sujeito equidistante aos interesses do processo – delibera desnudo de qualquer sentimento subjetivo, resolvendo o que lhe é trazido, alçando o “dar a cada um o que é seu” (*suum cuique tribuere*), na sua exata e proporcional medida – recorde-se Shakespeare, “*measure for measure*”.

Mas fosse a atividade processual algo tão simétrico, livre, despido, pois, de pechas e mazelas, não haveria necessidade alguma de aprofundamentos tão insistentes no que diz respeito ao mister último de julgar diante do que é colocado na contextualização ritualística que toma forma de processo.

É por detrás das entrelinhas, nos cortiços pecaminosos da mente humana e na sua atribuição de valor às coisas que se escondem os algozes da perfeição processual. O Estado de Leis (*rule of law*) ao contrário do que pensam, é uma projeção perfeita. Ocorre que este modelo, uma vez conduzido pelo homem despótico – recorde-se Hobbes em seu *Leviatã* e Maquiavel na obra *O Príncipe* – permite a deturpação total dos fins a que justificaria sua idealização. E é essencialmente por isso que, na talante do Constitucionalismo – aqui, interpretando-o na vertente de um *historicismo constitucional* – é que se lega o ensinamento de que o modelo de Estado Democrático de Direito, melhor se assenta a essas e outras realidades de um “Brasil pós-colônia”.

Tenha por ponto de partida que a Constituição de 1.988 ainda é uma jovem donzela, prestes a alcançar sua maturidade plena, que a despeito de tantas cirurgias plásticas que, forçosamente, fora submetida (diga-se: 95 Emendas Constitucionais ao longo desses vinte e sete anos) a se adequar a este cenário de Brasil (frise-se, para não sermos tão mal vistos, “*pós-coronelismo*”), está repleta das melhores intenções.

Infelizmente, ter apenas boas intenções num catálogo de direitos ditos fundamentais frente a tantas esfinges arraigadas no sistema judicial e político não é e nunca seria bastante sequer a apontar possíveis soluções. Veja-se que a questão é a das mais delicadas que se debruça.

A velha e já desgastada fala de que os direitos fundamentais gozam de eficácia plena e aplicabilidade imediata, soa como se verdadeiro escárnio aos ouvidos cautelosos, pois, sabe-se que o processo de maturação de direitos individuais brota dos componentes do mesmo Estado Democrático de Direito – ora proveniente do processo constituinte 1.985-1.988 – e demanda amadurecimento pelo transcorrer do tempo. Essa é uma realidade vívida porque *a Constituição não se operacionaliza por si mesma* (STRECK, 2014, p. 275).

É neste quadrante, de Constitucionalismo contemporâneo, que surge a proposta de cotejar um dos direitos individuais mais caros, o que veda a obtenção e utilização de provas ilícitas no Processo Penal e, mais adiante, confrontar essa garantia com a atual legislação que esquadrinhou e criou ferramentas a coibir o crime organizado, a Lei de Organizações Criminosas.

A partir daí, frente a este arquétipo de Constituição – fruto do Constitucionalismo brasileiro, aqui, sob a vertente de um *sistema constitucional* propriamente dito – é que surge a proposta inicial da análise do modelo de apreciação das provas, suplantado pelo Código de Processo Penal, o qual soma o conjunto de regras procedimentais de aplicação do Direito Penal, o sistema de garantias processuais.

Na mesma perspectiva, o perscrutamento da apreciação de provas permite uma averiguação mais detalhada sobre a legitimação de decisões pautadas num suposto “convencimento motivado do juiz”, mas que, a bem da realidade, apenas travestem-se, falaciosamente, da persuasão racional, revelando-se próprio da “convicção íntima do magistrado”, ou seja, diametralmente oposto ao que se preconiza na Lei adjetiva Penal, e avesso aos sentidos e valores apregoados pela Carta Maior, porque pelo mandado constitucional as decisões devem ser fundamentadas sob pena de nulidade. Mas fundamentadas com base no quê?

A adoção encoberta de um sistema por outro dá vasão ao estilo de julgamento carregado de um sentimento pessoal espúrio, fazendo abrir caminho a incorrigível método solipsista de decidir, o qual se eiva de pernicioso parcialidade ao julgar. Sem dúvida, este método compromete o processo e a prova em sua completude existencial. A partir daí, subentende-se que a fundamentação que a Constituição prega não cria asas com base no vazio que brota da cabeça do juiz, mas, pelo contrário, encontra justificação nas provas que são produzidas no processo como reflexo de uma suposta verdade válida.

Faz-se nestes prolegômenos um recorte no sentido de que o principal problema a abestinhar o processo em geral nos dias atuais é a margem que ele proporciona ao decisionismo amesquinhado que o contamina, aquilatando-o a nítido instrumento de poder

sem limites. E o juiz, outrora ser distante dos interesses da lide, torna-se, no porvindouro, o déspota da democracia, julgando à margem do Direito, justificando seus veredictos numa suposta “consciência moral” ou política que o nortearia. Adiante-se ser esta uma das críticas que se introduz ao longo de todo o texto desenvolvido.

Isso, *per si*, também representa perigo de morte ao processo, porque “a consciência moral não é a revelação de verdades eternas, mas simplesmente um catálogo de opiniões tradicionais e preconceitos difíceis de ser abolidos, porque são inculcados na mente das pessoas desde sua mais tenra infância” (ROSS, 2007, p. 336). Eis, pois, uma grande insídia do Processo Penal, um típico instrumento de coerção moral autorizado pela lei.

É neste âmbito de investigação, como se verá no capítulo primeiro, que surgem os principais questionamentos desta dissertação.

Pode-se dizer, portanto, que o grande mote da pesquisa repousa na preocupação – quase exagerada – sobre os axiomas da verdade, isto é, as formas pelas quais a verdade é valorada pelo Código de Processo Penal, e a importância que se dá ao denominado “princípio da busca de uma verdade real”, o qual soa quase inconstitucional, haja vista permitir-se o atropelo a garantias e direitos fundamentais descritos na senda da Carta Política vigente, e nos componentes do processo de *continuidade constitucional* (TAVARES, 2007, p. 15).

Sinalize-se que, falar de provas e passar por desapercibido aos significados e compreensões da verdade, viciaria essa pesquisa ao ponto de gerar uma incompletude sistêmica no seu conteúdo, daí porque foi necessário reservar um espaço exclusivo a se discutir o assunto.

Ainda no primeiro capítulo é dedicado outro tópico se desvelar os vários conceitos da verdade em sua dupla face ‘objetiva/subjetiva’. Aqui, a pesquisa é centrada num dos principais pensamentos filosóficos que a define o que é a verdade, estratificando-a nas suas plúrimas ramificações – Jacob Bazarian.

Dentro da mesma senda analítica, propõe-se o cotejo dos problemas de identidade filosófica que apunhalam o Processo Penal do Século XXI, seja como ramo autônomo, seja como disciplina indissociável à Constituição. É a partir de Kelsen e Ross que se laçam as principais críticas sobre o déficit morfológico do Processo Penal na amplitude da prova.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo da prova ilícita. Vislumbrando a prova como direito público subjetivo do acusado, e, ao mesmo tempo, como desiderato elementar do processo, exordia-se sobre os limites à licitude do direito à prova, a inadmissibilidade das provas ilícitas, as hipóteses que autorizam o uso da prova obtida por meio ilícito no Processo

Penal sob o pálio do postulado da proporcionalidade – teoria a parte a ser desmistificada também no conjunto da obra.

O aprofundamento maior neste segundo capítulo repousa no estudo da proporcionalidade como componente novo da técnica de decisão judicial.

No terceiro capítulo adentra-se no mérito da Lei de Organizações Criminosas, fazendo-se um paralelo aos temas abordados no primeiro e segundo capítulos. Nesta etapa, o desenvolvimento da pesquisa se desenrola a partir da investigação dos conceitos criados e das técnicas e meios de prova inaugurados por este novo microsistema processual, v.g., definição e conceito legal de organização criminosa, avaliação dos métodos de coleta da prova como, a colaboração premiada, a ação controlada, a infiltração de agentes, o acesso a registros de dados cadastrais e documentos etc., bem como as novas figuras típicas que surgiram deste instrumento legislativo destinado ao Processo Penal, e as discussões mais atuais sobre a suposta inconstitucionalidade da lei.

Ainda dentro deste capítulo, dada sua importância ao estudo e compreensão da teoria da prova em conjunto à teoria da autoria adotada no Brasil, o trabalho avança trazendo a lume os reflexos da teoria alemã do domínio do fato como uma segunda alternativa a ser pensada para o processo penal do futuro. As conclusões de ser ou não aplicada, ante sobretudo ao sistema constitucional garantista, são apontados no fechamento do capítulo.

Por derradeiro a pesquisa se encerra trazendo considerações importantes sobre o Constitucionalismo. Por proposital razão, deixa para tratar do Constitucionalismo neste último capítulo, pois, assim, permitiu-se contrapor as três temáticas então objeto de análise (prova, prova ilícita e Lei de Organizações Criminosas) aos seus reflexos e consequências dentro da ótica e síntese do Estado Democrático pautado nos Direitos Fundamentais.

As perquirições que são levantadas nesta última etapa têm um conteúdo deslocado àquelas relacionadas com as raízes matriciais do Direito Constitucional. Fica claro, ademais, o direcionamento conceitual que se atribui ao denominado *Constitucionalismo contemporâneo* dentro do texto da dissertação. Poder-se-ia optar por definir o Constitucionalismo como ‘técnica’ de limitação de poder em vias à emancipação do indivíduo pelo reconhecimento expresso de direitos fundamentais, por um ‘historicismo constitucional’, por um ‘movimento’ de conquista a liberdades individuais que se aflora com vias a trazer novo sentido, ou ainda, a dar outra roupagem ao modelo de Estado adotado pelo povo – *instância global de atribuição de legitimidade democrática* (MÜLLER, 2010, p. 49) – através de seus representantes eleitos, ou por uma ‘ciência’ que se propõe a estudar o Direito Constitucional e buscar suas razões filosóficas. Enfim, todas essas imbricações seriam válidas, considerando, notadamente, o fato

de haver visões dogmáticas que estudam e sustentam o Constitucionalismo sob tal lupa. Mas não.

Divorciando-se de um maniqueísmo conceitual, opta-se por enxergar o Constitucionalismo, especialmente na estirpe das particularidades do Estado brasileiro, como verdadeiro *sistema de direito constitucional*. E isso, por razão muito simples. Na medida em que se interpreta o Constitucionalismo como sistema, é possível enxergar nele todas essas ramificações que seu conceito subsume de um modo conjuntural, sem se excluir do seu alcance as propostas que cada uma dessas variações poderiam importar.

E é a partir desta perspectiva que a escolha acaba fazendo sentido ao longo do texto, pois a abordagem sobre as provas no Processo Penal é contrastada à Lei de Organizações Criminosas e sopesada ao extrato constitucional que esses conteúdos produzem no âmbito da jurisdição penal.

1. SOBRE A TEORIA GERAL DA PROVA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL

1.1 Ausência de genuína identidade filosófica do Processo Penal: o perigo à desintegração do sistema probatório

Se se inaugura um pensamento lastreado por concepções onde os ramos da cadeia jurídica possuem autonomia própria e se, diante disso, extraem-se destes ramos identidade personificadora a distingui-los uns dos outros, é possível concluir, de início, que o elemento distintivo de cada disciplina está acoplado ao seu “código genético”. Mas por detrás deste código, dito genético, alberga-se forte carga filosófica capaz de legitimar o mecanismo disciplinador de cada uma das tantas disciplinas jurídicas que são amealhadas no ilimitado universo teórico-científico o qual o indivíduo é inserido como “ser detentor de direitos e de obrigações jurídicas”.

No início de sua obra principal e numa tentativa de criar uma teoria que fosse claramente pura de outras interferências racionais, logicamente, despidas de qualquer influxo estranho à ciência jurídica – porém, abram-se parênteses, sem negar a conexão com outros ramos do saber científico, ao exemplo, da sociologia, da ética, da teoria política, da psicologia etc., o que seria evidentemente impossível – Kelsen esclarece que seu objetivo não era o de dissociar o Direito das outras ciências, mas, sim, de evitar um interposto sincretismo metodológico capaz de obscurecer a real essência do saber jurídico, a fim de preservar a imprescritível autonomia do Direito.

De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que, indubitavelmente, têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a teoria pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhes são impostos pela natureza do seu objeto (KELSEN, 2015, p. 03-04).

Disso, já se constata que das várias subdivisões científicas verificáveis às quais se estendem desde o pragmatismo até as bifurcações procedimentalistas/substancialistas de desdobramentos pós-positivistas, se se quisesse, por exemplo, tecer uma abordagem mais contemporânea, poder-se-ia dizer que a autonomia de identidade apta a distinguir um ramo de outro é condição *sine qua non* ao fortalecimento de cada porção jurídica dada.

É válido, portanto, perquirir: até onde se pode ou se deve descortinar a identidade do Processo Penal alinhado a um modelo jurídico como o brasileiro, donde a Constituição –

lembrando-se de sua força normativa (HESSE, 1991, p. 4) – irradia seus efeitos vinculantes ao ponto de normatizar todo um sistema formalmente moldado? E mais: até que ponto seria pertinente perquirir sobre a genuína identidade do Processo Penal brasileiro? Qual a contribuição disso, afinal?

A(s) resposta(s) aos questionamentos sobrepostos (inesgotáveis, diga-se de passagem) são de uma importância tão óbvia que não se pode jamais passar por elas por despercebido.

Há uma questão muito clara que tem justificado inúmeras decisões judiciais postas a violar frontalmente a estrutura jurídica que é feita em nome de interesses subjetivos e (pré)concebidos – como se verdadeiros, fossem portanto intocáveis. Em nome dum suposto e falacioso “bem comum” que, a bem da realidade, não passa de uma vontade de se decidir conforme o sentimento pessoal (insólito) do magistrado.

Trazendo a questão ao nível prático, é possível se indagar até que medida, por exemplo, numa investigação criminal, caberia se devassar, gratuitamente, a intimidade do investigado (CRFB, art. 5º., inc. XII) – utilizando-se o juiz dos mecanismos prescritos na nova Lei de Organizações Criminosas (art. 3º, incs. I a VIII, da Lei Federal n. 12.850/13) – e ao final de toda a instrução probatória comprovasse ser o investigado, ora réu no processo, inocente e a justificativa para tal, seja a de que em nome da “verdade real”, em dadas circunstâncias, é preciso sacrificar certos direitos fundamentais.

É exatamente diante dessas situações que se faz necessário definir a real identidade do Processo Penal ante o seu sistema probatório, sobretudo quando a disciplina deve ser contemplada à luz da Constituição. Mas para que se possa compreender essa dimensão é preciso regressar aos anos, num passado onde as leis começam a surgir e a serem respeitadas, consensualmente, pela universalidade coletiva.

No início, antes ainda de se falar em constituição de sociedades, os homens perambulavam pelos cantos e buscavam ocupar porções de terras, dominando territórios e conquistando poder. A condição de dominação é e sempre foi intrínseca ao indivíduo. Neste cenário, o medo, a força, a guerra e o domínio faziam parte da vida dos seres humanos, até que o estado de selvageria cedeu-se à necessidade do agrupamento, dando origem às primeiras sociedades.

Constituídas algumas sociedades, logo se formaram outras, pela necessidade de se resistir às primeiras, e assim vieram esses bandos, como haviam feito os indivíduos, em permanente estado de beligerância entre si. As leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra (BECCARIA, 2007. p. 18).

Cansados do medo constante dos inimigos que se encontravam a toda volta, os indivíduos reúnem-se, e elegem um soberano, autoproclamado pelo vigor de sua força, aparente a lhes conferir suposta e temporal segurança, até que viesse outro mais forte e sucedesse ao poderio do primeiro.

Os contratualistas descrevem que o indivíduo opta por abrir mão de parcela da liberdade em troca da segurança (à época uma liberdade vigiada), pois a vida no estado natural era perigosa demais e os reservava ciladas diárias, estando portanto os homens reféns da sorte e do acaso do destino. Fulgura-se, pois, o pacto que, como dizia Hobbes, “*sem a espada, não passaria de palavras sem força, que não conferia a mínima segurança a ninguém*” (HOBBS, 2015. p. 138).

A força é, portanto, o primeiro elemento de poder que surge em meio às sociedades. A segurança é o artifício dosador da força. Para que haja segurança é preciso que exista a lei para que possa dosá-la, e é através da lei que se legitima o uso da força sobre os homens (v.g., a sanção penal).

O Processo Penal surge então pela *necessidade*. Na proporção em que o Processo Penal é criado, mesmo que sem essa denominação, para se legitimar a aplicação da pena ou a se alcançar este objetivo, surge a necessidade de traçar um caminho legítimo (“princípio da necessidade”), composto de deveres, de regras, de fases a serem observadas até que, violado o direito, o Estado possa aplicar no indivíduo determinada punição que fosse legitimada.

Dentro dessa rudimentar concepção, vê-se que o processo estava intimamente ligado à pena. E antes disso, o famigerado direito de punir (*jus puniendi*) era, muitas vezes, associado à quebra de um dever ou dogma religioso, mas, recorde-se, criado pelos homens. Daí porque a religião exercia notável influência no Direito sendo inclusive confundida com ele por seculares lapsos temporais.

Em dadas situações, através de seus tribunais de Inquisição, a igreja era quem legitimava a imposição de penas cruéis e, hoje, entendidas por desumanas. As penas eram desumanas não só por serem corporais, mas porque os processos se operacionalizavam secretamente, as provas eram obtidas por meio de tortura e a defesa – quando havia, era restrita, com contraditório muito limitado onde o acusado sempre saía em desvantagem.

Profligava Beccaria sobre os métodos desumanos utilizados para a investigação dos crimes:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele

tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado. Ai está uma imposição muito simples: ou o crime é certo, ou é incerto. Se é certo apenas deve ser punido com a pena que a lei fixa, e a tortura é inútil, porque não se tem mais necessidade das confissões do acusado. Se o crime é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Efetivamente, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não está provado (BECCARIA, 2007, p. 37).

Na idade das trevas o grande problema é que o homem não conseguia sequer compreender e tampouco explicar o delito, diga-se então como é que, legitimamente, comprovavam-se os fatos delituosos que ocorriam (?). Tudo era no mínimo muito duvidoso. Socorriam-se, portanto, dos juízos sobrenaturais, óbvio. Recorde-se: *modelos punitivos irracionais* (FERRAJOLI, 2014, p. 99). Os procedimentos de busca pelos fatos eram arcaicos, as decisões, em suma, totalmente arbitrárias.

Os povos primitivos, por desconhecerem as causas dos fenômenos naturais e dos fatos humanos, não podiam explicar o delito, nem conseguiam comprovar suas causas ou a significação da delinquência dos réus, por isso buscavam fora do homem, em um ser superior, a solução deste problema. Surgiram os juízos de Deus, as ordálias e o juramento do acusado (VASCONCELOS, 1992, p. 56).

Nos meandros dos séculos XIII a XIX, a principal característica do processo era sua natureza estritamente inquisitorial. Assentada na *pedagogia do medo* (GONZAGA, 1993, p. 17), a Inquisição era implacável na sementeira do terror. O estigma do “eu réu” era liquidado para além de uma simples esfinge que o processado trazia consigo para depois da pena, devassava-se seu íntimo, submetiam-no, por fim, à tortura. O preço de suas vidas valia a pena de fogueira. E mais, em praça pública. É-lhe o Direito Penal da época.

Métodos como delação – hoje com denominações mais afáveis [*colaboração premiada* (tema estudado com a profundidade devida no Capítulo III desta dissertação)] – começam a ser institucionalizados e aparece pela primeira vez na história do processo como ferramenta de coleta da prova. Óbvio, com ares a tender pela vontade do inquisidor. A delação prestava-se porquanto em sintonia ao achismo pretensioso dos juízes da época.

É fácil definir aqui a identidade do processo..., a genealogia do processo inquisitorial tinha força motriz nas sombras de verdade que se vestiam desses homens, ditos juízes eleitos por Deus.

Mas ainda que certo que *o delito é um pedaço da estrada, cujos rastros quem a percorreu procura destruir* (CARNELUTTI, 2013, p. 46) e que o processo é o meio a se buscar estes rastros a fim de que não sejam apagados pelo tempo, há de se assegurar o mínimo de garantia ao acusado (aquele que se diz interessado em apagar seu caminho).

Ocorre que isso apenas começa a mudar a partir de meados do século XVIII, restrito a alguns países de moral humanitária mais civilizada, quando se inspira falar num Direito Penal com olhos à proteção do acusado.

Ainda assim persistiu forte movimento reacionário contra o advento dessas novas ideias, pois, temiam-se, aptas a abalar a artilhos proteção social.

As mudanças de lá pra cá, foram radicais. No Direito Civil, o passado se conserva, os mesmos princípios de outrora ainda continuam vigorando. No campo do Direito Penal, ao invés, a ruptura com o passado foi quase total. Os velhos métodos repressivos desapareceram e não mais podem ser aceitos, devido à imensa mudança de costumes, de sensibilidade, de respeito, que só modernamente passou a existir, às garantias individuais (GONZAGA, 1993, p. 46).

O agouro de um Processo Penal alinhado às teses humanitárias que insurgiam passa a ser a esperança maior para o Direito do século XX.

Saltando da história antiga aos dias de hoje, faz-se percebido que algumas coisas permanecem vivas do mesmo modo. O homem continua objeto da especulação do poder, e sentimentos como vaidade, orgulho, soberba e dominação jazem presentes no seu âmago. A lei simboliza simplesmente o freio às vontades inquietas do coração e ao poder indiscriminado, e os homens a respeita porque optam pela segurança ou pelo medo da punição. Nada tão diferente do que era antes, com exceção às limitações e as garantias constitucionais impostas, hoje com um pouco mais de autonomia e reconhecimento.

Óbvio que as sociedades mudaram, o Direito mudou e também sua forma de interpretá-lo e aplicá-lo.

Sistematizou-se o Direito através do processo, mas ainda persistem resquícios de modelos autoritários nos dias de hoje. Esses vestígios estão presentes tanto no Direito Penal como no Processo Penal, este último, o alvo especial desta pesquisa.

Ferrajoli alerta que as escórias de um Direito Penal autoritário são encontradas, por exemplo, nas figuras típicas elásticas, de conceitos indetermináveis, compostos por terminologias vagas (*e.g.*, crime de ato obsceno, delito de desacato, as formas definidoras que conceituam o tipo mafioso – conceito de organização criminosa que será abordado neste mesmo trabalho no Capítulo III – a propaganda ou associação subversiva, os crimes contra a honra etc.) ou, ainda, nas figuras mais nefastas do moderno *obscurantismo penal*, a se recordar as concepções positivistas-antropológicas do delincente natural, a doutrina nazista do direito penal da vontade, do famigerado “tipo de autor” (*tätertyp*) e a corrente stalinista do “inimigo do povo”, difundida por “*direito penal do inimigo*” (FERRAJOLI, 2014, p. 44-45), que tem em Günther Jakobs seu grande expositor.

No Processo Penal essas mazelas são aferíveis, principalmente, nos sistemas sufragados pela legislação codificada. O livre convencimento motivado aliado ao princípio de busca da verdade real dá margem para a abertura, tanto ao decisionismo processual, quanto ao subjetivismo inquisitório.

O decisionismo provém nomeadamente da falta de fundamentos empíricos pragmáticos e da conseqüente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social (FERRAJOLI, 2014, p. 46). É o decidir conforme a consciência, e não sob o pálio da lei.

Quando se pensa na ideia de desintegração do sistema probatório quer se dizer que o Processo Penal necessita, urgentemente, de resgatar sua identidade original, o seu verdadeiro DNA, o genoma morfológico que o regimenta e que o coloca em destaque diante de tantas outras disciplinas jurídicas que permeiam este universo tão denso e hoje sistematizado.

Não é ilusório dizer que o Processo Penal vem padecendo de identidade genuína. É aqui onde se situa o problema.

Advirta-se que examinar a identidade do Processo Penal é mais que estudar sua natureza jurídica, compreenda-a como relação jurídica (Bülow), situação jurídica (Goldschmidt) ou procedimento em contraditório (Fazzalari). Significa vislumbrá-lo à luz de uma regra maior que o rege e o ordena.

Nesta conjuntura, afinal qual a identidade do Processo Penal e o que isto se relaciona com o seu sistema probatório? Eis a pergunta principal.

Antes de respondê-la, é forçoso dizer que a interposta ausência de identidade filosófica se faz perigosa diante da questão da margem de subjetividade judicial que se abre para a decisão de mérito no processo.

Mais uma vez, reporte-se a Kelsen quando o pensador nos exorta a vislumbrar a teoria do Direito de acordo com o alcance terminológico de seu objeto, partindo-se preliminarmente de sua expressão linguística a se alcançar o significado verdadeiro da palavra *Recht* (Direito).

Para Kelsen, o fundamento de validade de uma ordem normativa é uma ‘norma fundamental’, da qual se retira a validade de todas as normas sob as quais lhes pertença (KELSEN, 2015, p. 33). Mas e a identidade filosófica do Processo Penal, baseia-se numa norma fundamental? Qual seria ela então?

A identidade filosófica do Processo Penal não se baseia numa norma hipotética fundamental, mas numa norma expressa e vigente, a Constituição. A Constituição representa mais que o *porto-seguro* do processado (pessoa alvo dos direitos), mais que o baluarte

infungível donde se abrigam regras capitais a certos institutos (BONAVIDES, 2016, p. 43). Ela é, além da diretriz fundante do sistema jurídico vigente, a razão filosófica para todas as disciplinas que sob a sua luz rodeiam, possa encontrar brilho particular.

O primado da Constituição é, deste modo, o código genético identificador do Processo Penal, sua norma matricial.

Pela Constituição, e aqui se dispensa qualquer comentário acerca de sua força normativa ou seus efeitos vinculantes, prevê-se a vedação aos tribunais de exceção (CRFB, art. 5º, inc. XXXVII), a obrigação de lei anterior a se definir ou instituir crimes e suas penas (CRFB, art. 5º, inc. XXXIX), a pessoalidade da sanção penal (CRFB, art. 5º, inc. XLV), a obrigação de individualização das reprimendas criminais (CRFB, art. 5º, inc. XLVI), a cláusula de devido processo legal (CRFB, art. 5º, inc. LIV), a garantia do contraditório, da ampla defesa e do acesso aos meios e recursos inerentes a ela (CRFB, art. 5º, inc. LV), a inadmissibilidade de utilização das provas ilícitas (CRFB, art. 5º, inc. LVI) – essa, a garantia que mais nos interessa pelo eixo que se deslocou esta pesquisa – o princípio de não culpabilidade prévia do acusado sem antes o transitar em julgado da condenação (CRFB, art. 5º, inc. LVII), a garantia da opção pelo silêncio do acusado como forma de defesa (CRFB, art. 5º, inc. LXIII), enfim..., o postulado de Justiça como um norte sempre presente cujo processo deva se mirar (CRFB, art. 3º, inc. I). Tantos outros freios e contrapesos a se reduzir e dosar o uso da lei pelo julgador. Assim, vê-se que a atuação do Estado se pauta na Constituição, e a atuação do juiz, como aplicador direto da lei, o mesmo.

Porquanto haja previsão constitucional que vede a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, há, de igual vez, vedação – ainda que implícita – que a um sistema probatório fraco que permita no processo todo tipo de prova, mesmo que aparentemente lícita, mesmo que produzida sob o argumento da “melhor das intenções”.

O Processo Penal não se funda sob o pressuposto da “melhor das intenções”, é edificado na égide do princípio de proteção e da legalidade estrita, como respeito à dignidade humana.

A partir daí, a tese da apreciação justificada no sistema das provas deve se guiar na lógica analítica do exame dos fatos e, sobretudo na apreciação crítica dos elementos que se incorporam ao processo.

Sob o entendimento de que o juiz, em respeito ao sistema probatório, julga de acordo com as provas, diz-se que se transmuta, então, do estado de simples crença, para o estado de conhecimento objetivo de comunicação e fiscalização que deve ser exercido por ele.

En una concepción racional de la justicia, y especialmente de las pruebas, el convencimiento que implica la decisión debe ser la resultante lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos de prueba. Pasa así del estado de simple creencia subjetiva al de un verdadero conocimiento objetivo, comunicable y fiscalizable. De esa manera, la verdad judicial, desprendida de la jurisprudencia, puede aspirar positivamente a un carácter impersonal que se imponga a todos, no sólo sobre las cuestiones de Derecho, sino también sobre las hecho, en la medida em que las circunstancias de los casos particulares resulten semejantes (GORPHE, 1950, p. 12).

Sob pena, portanto, do esfacelamento do sistema probatório, deve-se, antes de tudo, julgar não de acordo com convicções e preconceitos pessoais, mas, sim, de acordo com os parâmetros fixados na Lei Maior e no próprio Processo Penal em respeito à cláusula de legalidade estrita.

Num sistema probatório que se diga regido por uma Constituição, é ela o parâmetro das convicções do juiz. E em respeito à identidade filosófica do Processo Penal, este deverá ser conduzido pelo sistema de freios e contrapesos que emanam deste ordenamento maior o qual se convencionou chamar de Constituição.

1.2 A “verdade” e o Processo Penal: revisitando Jacob Bazarian

A questão da verdade sempre representou grande incógnita que insiste em perturbar a humanidade.

No Evangelho de João, há não menos que cinco citações importantes onde se põe em destaque o substantivo “verdade”: *“Aquele que é a Palavra tornou-se carne e viveu entre nós. Vimos a sua glória, glória como do Unigênito vindo do pai, cheio de graça e de verdade”* (João 1:14); *“pois a lei foi dada por intermédio de Moisés; a graça e a verdade vieram por intermédio de Jesus Cristo”* (João 1:17); *“Eu sou o caminho a verdade e a vida. Ninguém vem ao Pai, a não ser por mim”* (João 14:16); *“Santifica-os na verdade; a tua palavra é a verdade”* (João 17:17). Em Tiago: *“por sua decisão ele nos gerou pela palavra da verdade, a fim de sermos como os primeiros frutos de tudo que ele criou”* (Tiago 1:18). Na Carta de Paulo à comunidade de Efésios: *“Assim, mantenham-se firmes, cingindo-se com o cinto da verdade, vestindo a couraça da justiça”* (Efésios 6:14). E entre tantas outras espalhadas pelo texto Santo, mas nenhuma é tão forte quanto à dita por Cristo a Pilatos, quando de seu interrogatório – *“Para isto nasci e para isto vim ao mundo: para dar testemunho da verdade. Quem é da verdade escuta a minha voz”* (João 18:37) – cuja pergunta, seguida, ecoa de grande silêncio: *“O que é a verdade?”*, indaga Pilatos (João: 18:38).

Diz-se, ainda, que quanto mais conhecimento verdadeiro o homem acumular, mais livre ele o será: “*conhecereis a verdade e a verdade vos libertará*” (João 8:32).

Mas, afinal, entre nós, abstraindo-se de que qualquer juízo religioso, o que é – para o filósofo ou para o jurista – a verdade? O que se sabe sobre ela no processo? Quantos são os conceitos que podem ser ditos verdadeiros e quantos outros, ainda que sobreditos, não o são?

Quadre-se que dentro do processo cabem várias verdades. Isso é nocivo ao réu na instância do julgamento, pois uma verdade “não tão verdadeira” pode implicar negativamente no seu buscado direito de liberdade.

Fique claro que verdade e conhecimento são temas umbilicalmente ligados. Não é possível falar de verdade, tampouco ter uma concepção inicial sobre ela, sem se entender o conhecimento das expressões.

Bazarian já dizia que o conhecimento é o reflexo e a reprodução do objeto na mente do ser humano, e que o conhecimento verdadeiro é o que reflete corretamente a realidade na mente da pessoa.

A verdade é o reflexo fiel do objeto na mente, a adequação do pensamento com a coisa. É verdadeiro todo juízo que reflete corretamente a realidade (BAZARIAN, 1985, p. 132).

Logo, há uma fórmula que estratifica e conceitua a verdade sob duas égides distintas: a verdade *objetiva* e a verdade *subjetiva*.

Jacob Bazarian em sua obra “*o problema da verdade: teoria do conhecimento*”, procura desvelar a expressão vaga que insiste flagelar o homem e que continua presente nas leis espirituais e nos desideratos do processo, como se a solução mágica para tudo “porque disse que isto é a verdade e porque do contrário não se foi provado, verdade foi então dita”.

Por verdade objetiva, subtende-se aquela verificável por fora do sujeito, que não depende do indivíduo (sujeito cognoscente) para atribuição de sentido a ela (v.g., a liquidez da água em seu estado natural ou seu estado sólido quando em baixas temperaturas a congelá-la, a lei da gravidade que atrai os objetos ao solo, o calor do fogo, o perfume de uma flor pela manhã, ainda que desagrade o olfato de alguém etc.).

Verdade subjetiva, por sua vez, pode ser entendida pelo conhecimento que depende da atividade intelectual humana para que, sobre ela, possa-se atribuir sentido (e.g., a predileção pelo azul ao invés do vermelho, uma opinião pessoal a respeito de uma roupa ou um ponto de vista acerca de uma pessoa ou sobre seu comportamento).

O risco ao Processo Penal, entretanto, está em se considerar válido apenas os conceitos de verdade subjetiva, porque podem variar de acordo com cada sujeito, levando-se, portanto, a conclusões ou veredictos equivocados sobre as coisas ditas provadas.

O fato do daltônico sentir erradamente como “verde” o “vermelho”, não significa que seja assim na realidade; significa apenas que os sentidos dessa pessoa não refletem corretamente as ondas luminosas. O fato de termos a impressão que a Terra é plana e imóvel e o Sol gira em torno dela não significa que assim seja na realidade. Aliás, durante muito tempo a humanidade toda pensava assim. A afirmação, estabelecida pela ciência, de que a Terra é redonda e que ela gira em torno do seu próprio eixo e em torno do Sol é uma verdade objetiva, que não depende de nossa opinião ou vontade subjetivas. E, entretanto, quanta gente foi queimada na fogueira pela Inquisição por causa dessa afirmação verdadeira (BAZARIAN, 1985, p. 134-135).

É certo que a questão da verdade é o problema central, tanto da filosofia, quanto da gnosiologia, mas também não deixa de ser o do processo, em especial o do Processo Penal.

Acredite ou não, mas há que diga que o Processo Penal conduz-se pelo fio da verdade real.

Nesta guisa de análise há outro problema a se mirar. Ferrajoli já dizia que acreditar que o Direito Penal se moldará apenas por conceitos de verdade objetiva é mais que utópico, pois impossível um dia de alcançar esta finalidade.

Na realidade, sabemos que um direito penal totalmente “com verdade”, se se entender “verdade” em sentido objetivo, representa uma utopia que é tão importante perseguir quanto ilusório e perigoso acreditar que seja possível alcançar (FERRAJOLI, 2014, p. 90).

Por mais apaixonantes que sejam todas essas colocações, ainda é perigoso imaginar que o fio condutor do processo, como espectro da justiça, seja a verdade real, pois, afinal, nem se sabe o que ela representa.

Não há, em lei alguma, definição do que seja a verdade real, e a mera distinção dela em contraposição ao conceito de verdade processual, não é o bastante a se dizer que uma se difira da outra.

Assim, qual o termo correto de precisão ou o meio-termo mais apropriado?

Parece que não há termo correto, mas um meio-termo mais adequado talvez seja o de evitar colocar a verdade real no ápice dos valores tangenciados na disciplina das provas ao Processo Penal.

É exatamente por isso que o sistema de garantias penais e processuais, alçado na Constituição como o núcleo intangível, está vertido na proteção do indivíduo, e não no primado de busca da verdade. Diante disso, este protótipo de tutela da pessoa humana veda a utilização de um princípio tão vago, como o da verdade real, a orientar a marcha do processo.

Portanto, seria presunçoso demais acreditar que o Processo Penal se acaudilha pelo princípio de busca da verdade real, e que em razão disso seria legítimo passar por cima de

tantas garantias constitucionalmente prescritas, especialmente aquela ligada à vedação das provas ilícitas a se justificar uma decisão dada em nome da verdade.

Foi visto, aliás, no tópico anterior que a essência do processo é a Constituição, e por isso mesmo não há princípio algum que deva se sobrepor a ela senão aqueles que em seu texto estão albergados.

1.3 Garantismo e verdade: rememorando Ferrajoli

Em Luigi Ferrajoli, notadamente a partir de 1.989 (primeira edição de sua principal obra – *Diritto e ragione*), inaugura-se uma teoria que sistematiza, a partir da ideia de um modelo sólido de garantias penais e processuais – que se chama de sistemas de garantias (SG.) – voltadas à proteção do indivíduo e com assento na Constituição, a ideologia de que tanto o Direito Penal, quanto o processual devem se plasmar num contexto de tutela da pessoa humana, custe o que custar.

A nobreza dessas novas ideias de Ferrajoli é tão evidente às duas disciplinas que o jus-filósofo italiano acaba se tornando o marco teórico mais importante quando se pretende tratar de garantias individuais em matéria penal. Ferrajoli é também feroz combatente ao subjetivismo judicial que, face ao caráter aberto do Direito Penal, diz-se obnubilar a mente do juiz e que, segundo o próprio autor, não deixa de ser uma forma autoritária e obsoleta de se decidir, remontando modelos penais superados há centenas de anos.

No âmbito de cotejamento dos sistemas penais, Ferrajoli fala em onze pressupostos (compreenda-se princípios) para que o Direito Penal possa se vivificar por inteiro – aqui, abram-se parênteses: a concepção do Direito Penal e do Processo Penal é uma só – *pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova & defesa*. Note-se que os quatro últimos pressupostos estão intimamente conectados à disciplina processual, do que a da talante material propriamente dita.

Designadamente nesse sentido, identifica Ferrajoli que as chagas que estão infligidas no Processo Penal são correlacionadas a dois pontos principais – e isso, de certo modo, está em consonância com toda esta pesquisa, daí o motivo pelo qual inseri-la neste tópico – ‘*prova*’ e ‘*defesa*’. Nestes dois pontos, o processo sempre se depara com questões problemáticas, às quais não pacificam solução, ou cuja solução não passa de tese sem aplicabilidade prática alguma.

As condições mais problemáticas, cuja satisfação jamais será perfeita, são em todo caso as da “prova” e da “defesa”, no duplo sentido de verificabilidade e refutabilidade em abstrato e de verificação e refutação em concreto das hipóteses acusatórias determinadas por lei (FERRAJOLI, 2014, p. 90).

É também a partir de Ferrajoli que os famigerados axiomas do Direito Penal, fruto de rudimentar pensamento jusnaturalista ainda dos séculos XVII e XVIII, tomam corpo e ganham vida num contexto universal. Dez são eles [*nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege, nulla lex (poenalis) sine necessitate, nulla necessitas sine injuria, nulla injuria sine actione, nulla actio sine culpa, nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione e nulla probatio sine defensione*], mas, embora fundarem-se em importante diretriz ao Direito, a análise a que é feita aqui não se paira sobre o estudo desses axiomas, porque estão, na sua grande parte, imbricados à responsabilidade penal do sujeito processado, e isto levaria a pesquisa (a que se cuida do cotejo das provas e ao exame dos conceitos da verdade feita pelo autor), a outro caminho para além do que ora se mira.

É a partir das garantias processuais (necessidade da prova, possibilidade da refutação e convicção justificada) que se deve revisitar e rememorar o autor fiorentino.

Ferrajoli (FERRAJOLI, 2014, p. 48-49) aponta o problema das garantias processuais pertinentes à verdade e à prova, subdividindo-as em três outros (sub)problemas: *como se garantir a necessidade da prova ou sua verificação?*; *como garantir a possibilidade da contraprova ou sua refutação?*; e por último, *como garantir* – tomando-se em conta a possibilidade de arbitrariedades e erros judiciais – *uma decisão imparcial e motivada sobre a verdade processual ou fática?*.

Se não forem jungidas essas pontuações a uma contextualística específica, essas perguntas ficariam soltas no ar, sedentas de resposta, eternamente. Por isso, é bom que se pretenda buscar a resolução para elas a partir daquilo que o autor compreende por *verdade*. Cabe aqui um comentário bem particularizado – nisso temos comunhão de pensamento – Ferrajoli é um típico cético sobre a verdade que o processo origina para seus coadjuvantes (protagonistas da acusação, defesa e julgamento e réu como assujeitado).

Então, a menos que o fato seja confesso e patentemente provado [porque a confissão por si só não produz efeito algum sem que se arrime em outros elementos (CPP, art.158 e art. 197)], se não for razoável extrair objetivamente a verdade do processo, é possível, contudo, retirar dele uma valoração subjetiva de sua probabilidade(?).

Eis aí, mais uma vez, um metaproblema, porque isso colide diretamente com o objetivo buscado na cadeia do Processo Penal, e de certo modo permite a institucionalização do solipsismo no Direito como um simples elemento inevitável.

De outra banda, a preocupação maior do Direito para com a verdade é quando o Direito é vislumbrado na égide da jurisdição penal, onde o nexó exigido pelo princípio de estrita legalidade entre a “validez” da decisão e a “verdade” da motivação é muito mais forte do que em qualquer outro tipo de atividade judicial (2014, p. 50), ou em qualquer outro ramo jurídico.

Em Ferrajoli o alcance da expressão “*verdade*” corresponde apenas a realidades que se sustentam no predicado “verdadeiro”, porque não é uma definição real, mas, apenas e tão-só, uma denominação nominalística.

Crive-se, portanto, ser muito difícil extrair a verdade objetiva do processo apenas porque se utilizou o intérprete ou o aplicador do “princípio de busca da verdade tangencial”. Pode até se dizer que se chega a aproximações sobre ela, mas afirmar que a fórmula culmina num resultado certo, é-se algo muito relativo. O processo não é o instrumento genuíno de produção de verdades, a menos que subjetivas ou juízo de probabilidade, como uma tentativa de aproximação da verdade.

Contudo, depois do quanto se disse sobre a noção de verdade, não é difícil compreender que o dilema teórico expresso pela alternativa entre os dois tipos de probabilidade é um falso dilema, que se resolve com a diferenciação, já amplamente ilustrada, entre *significado* e *critérios* de verdade: onde a probabilidade objetiva é o significado da palavra “probabilidade” (ou “verdade provável” ou similares) e a probabilidade subjetiva é o critério de aceitação de uma hipótese como “provável” (ou “provavelmente verdadeira”). Assim como não existem critérios de verdade objetiva, mas apenas critérios de verdade subjetiva, tampouco existem critérios de probabilidade objetiva, mas apenas critérios de probabilidade subjetiva (FERRAJOLI, 2014, p. 142-143).

É por isso que a doutrina penal que se edifica a partir do pensamento ferrajoliano tem uma certa predileção em substituir o “princípio da verdade real”, pelo “princípio de probabilidade”, ou ainda, “princípio de aproximação da verdade”, “verdade provável” etc.

Seria, contudo, leviano demais acreditar que o processo, por vezes, não é alvo da verdade objetiva, que ela nunca viria a lume na instância jurisdicional. Não é isso que se diz. O processo, obviamente, se depara por vezes com acepções e fatos comprovadamente verdadeiros. Sim. Talvez isso ainda possa acontecer na maioria dos casos, ou talvez não. Ocorre que, não se investiga ao longo desta pesquisa “a regra”, perquirem-se situações excepcionais, episódicas. Afinal o erro humano se alberga em circunstâncias ocasionais. Daí a grande preocupação com a problemática circunscrita da verdade no processo.

Então, indague-se: decidir por “verdades” ou “garantias” é mais do que simplesmente uma questão de escolha, à qual o magistrado venha a se deparar em sua atividade precípua de julgar? Responda-se que não se trata, porém, de uma escolha

legitimada. Quando um juiz se depara com uma garantia e deixa, simplesmente, de considerá-la, o faz por questão de escolha, sim. Mas o faz contrário ao Direito, pois sua função o vincula a reconhecer essa garantia, e somente deverá afastá-la, fundamentando sua decisão e a sopesando pela não aplicação se diante de outras garantias que o caso concreto revele a ele (julgador) sê-la(s) mais importante(s). Lembre-se que a verdade por si só não prevalece a qualquer garantia fundamental ou qualquer direito individual, porque não há no texto da Carta Maior qualquer referência expressa a ela.

Zaffaroni propõe indagar quando haveria Direito Penal e quando haveria na aplicação do *jus puniendi*, disfarçado exercício de poder(?), e o identifica a legítima aplicação do Direito Penal quando reunidas uma série de condições mínimas a legitimar o uso da força do aparelho estatal como, p. ex., sua função de regular a conduta humana sob o pressuposto da lei, a não exigência do impossível como grau de conduta do homem médio, o reconhecimento de sua autodeterminação. Para o pensador contemporâneo “*o reconhecimento desses requisitos, hoje, delimita o horizonte de projeção da ciência do Direito Penal. Sua presença basta para que haja ‘matéria jurídica’*” (ZAFFARONI, 2008, p. 318).

Por isso, volte-se a dizer que o problema da escolha somente distanciará o juiz de seu múnus real, quando o fizer por vontade própria de prejudicar o acusado sob um artifício falacioso de verdade (que inexistente).

Porquanto tudo venha a girar no entorno da velha tese de que os juízes devam guiar seus veredictos à luz da lei, como sendo a primeira das virtudes do julgador (CRUET, 1938, p. 23), nunca é demais sinalizar que a interpretação também faz parte do componente da decisão jurídica. Isso equivale à máxima de enxergar o Direito como se fosse verdadeira “moldura” na qual são cabíveis várias possibilidades (KELSEN, 2015, p. 390-391).

Só que essa opção – de enxergar o Direito como tal, e facultar ao juiz a possibilidade de escolher entre verdades ou garantias – corrói incessante aqueles que ousam discordar que seria este um dilema nenhum pouco efêmero.

Por toda sorte, no malogro dos sentimentos do julgador, pode se dizer que “a verdade encontra-se alheia às nossas percepções e que é difícil, pois, alcançá-la, mas dela fazemo-nos eternos prisioneiros, por nossa simples condição de seres humanos em construção”.

Entre garantias *versus* verdade, dar-se-á opção à primeira. É o mesmo que, entre decidir pela condenação, mas com um pouco de incerteza sobre a culpa do réu, e absolvê-lo, com um pouco de dúvida se culpado, absolva-o em nome da lei. Pois na dúvida, impera a máxima da absolvição como corolário do *favor rei*.

1.4 Formando-se a cadeia lógica de convencimento do juiz

Atualmente, o processo de valoração das provas é, necessariamente, submetido a uma atividade intelectual do juiz, somados aos elementos probatórios que são auferidos na investigação e, posteriormente, confirmados na instrução em contraditório judicial.

Já é superado o modelo pelo qual as provas do Processo Penal possuíam valor predefinido – sistema da prova tarifada/tabelada – e o juiz conhecedor do valor de cada uma delas realizava uma simples operação aritmética, chegando à constatação do fato pela somatória dos símbolos probatórios que o processo trouxera em seu arcabouço conjuntural (inquisição + “contraditório”). Este é o denominado sistema legal de provas. É exatamente neste sistema que se origina o brocardo *testis unus, testis nullus*, pelo qual se exige mais de um testemunho para que este se torne válido [*“Uma única testemunha não é suficiente contra alguém, em qualquer caso de iniquidade ou de pecado que haja cometido. A causa será estabelecida pelo depoimento de duas ou três testemunhas”* (Deuteronômio 19:15)], e ao juiz ou tribunal ainda não era permitido considerar provado o que não estivesse contido nos autos – *quod non est in actis non est in mundo* (BONFIM, 2006, p. 303).

É certo que há resquício ainda visível desse sistema no atual modelo processual brasileiro quando, por exemplo, o art. 158, do Código de Processo Penal exige que, tratando-se de delitos que deixam vestígios, é obrigatória a realização do exame de corpo de delito – seja o direto ou indireto – não podendo supri-lo a confissão do acusado (aqui apenas não se adentra neste mérito porque não se trata de um curso de processo penal, mas um pensamento crítico sobre seus institutos com base em dados coletados na pesquisa jurídica).

A partir deste modelo pretérito e tendo vista, sobretudo, as atrocidades que ele permitia, afinal a confissão era tida como a *rainha das provas* e no envolto desta perspectiva, sob pressão e tortura – pois o Processo Penal antigo não conhecia seus limites – várias pessoas acabavam se confessando culpadas apenas para se livrarem de mal maior.

É aí que surge um segundo modelo ou sistema, sugestivo a pôr fim nessas barbáries, o qual se conhece por modelo da íntima convicção do juiz.

Óbvio que o problema ainda persistia vivo. Ao mesmo tempo em que no modelo da prova tarifada ou tabelado o juiz era limitado a decidir com base num valor previamente atribuído à prova, no sistema da pura íntima convicção – diametralmente oposto ao primeiro (diga-se) – o juiz, doravante, passa a gozar de liberdade exacerbada para resolver a questão da prova.

O decisionismo aqui não é imoral, tampouco ilegal, mas integra o sistema como se a mola-mestra a dar estabilidade a ele. Depara-se com um câncer sem cura, cujo tratamento é mero paliativo do “Direito da vontade”.

Estabelece aqui um rompimento com os limites estabelecidos com o sistema anterior, caindo no outro extremo: o julgador está completamente livre para valorar a prova (íntima convicção, sem que sequer tenha que fundamentar sua decisão). Para sair do positivismo do sistema anterior, caiu-se no excesso de discricionariedade e liberdade de julgamento, em que o juiz decide sem demonstrar os argumentos e elementos que amparam e legitimam a decisão (LOPES JR., 2016, p. 381).

Embora dito parcialmente superado – porque na instituição do Júri Popular, especialmente na sua segunda fase, é o sistema predominante no qual os jurados, *res mortalis* e par em condições ao acusado, julgam-no desobrigados de fundamentar seus veredictos – o modelo da íntima convicção é chaga viva e muito se aproxima daquilo que se entende por livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz, cujas variantes se expõe logo abaixo, mas cujo aprofundamento crítico será feito no próximo item quando trataremos das barreiras físicas ao decisionismo.

Pavimentado no art. 157, do Código de Processo Penal, o modelo de livre convencimento motivado desponta-se, pois, como alternativa sincrética, que visa eliminar os juízos substancialistas da íntima convicção e, por outro lado, aliviar o rigor da valoração de provas previamente definidas numa tabela onde se ignora completamente a capacidade do magistrado em aferir seu valor, extensão, dimensão e aplicabilidade.

Mas será que o sistema de persuasão racional resolve de fato o problema da discricionariedade, ou apenas a disfarça sob o pretexto de que a fundamentação deverá se arrimar no valor atribuído às provas pelo próprio juiz?

Em primeiro lugar, quadra observar que o norte da persuasão racional está na valoração da atividade intelectual do sujeito julgador.

Parte-se primeiramente do pressuposto de que os juízes são conhecedores da lei e da Constituição (*iuria novit cúria*). Só que se sabe que o brocardo não passa de simples presunção.

Toda decisão deve se respaldar na lei, e o dever de fundamentá-la provém de uma obrigação constitucionalmente prevista (CRFB, art. 93, inc. IX). Portanto, não se deve ignorar que a fundamentação das decisões é mais que um ponto trivial do processo, é uma questão de democracia.

Logo, constata-se que a cadeia lógica de convencimento do juiz é fruto de um processo psicológico de confrontação e análise da prova que passa pelo seu íntimo, mas cujo

resultado, necessariamente, deva se arrimar num pressuposto normativo, isto é, numa regra legal ou na sua aplicação analógica, num costume local ou num princípio jurídico aplicável ao caso, enfim. Nada mais do que aquilo que Alexy chamou, em sua teoria da argumentação jurídica, de *processo de subsunção lógica, tetatet* (ALEXY, 2014, p. 19), o conhecido “tête-à-tête”.

Com efeito, o ato de decidir motivadamente à luz das provas não deixa de ser, do mesmo modo, um ato interpretativo (hermenêutico) de produzir o direito para o caso concreto, onde o magistrado é o principal ator. Só que mais e ainda, com amplos poderes para tomar sua decisão.

Isso a princípio é bastante perigoso no sentido puramente cartesiano, mas ao mesmo tempo é algo necessário num Estado que se paute essencialmente pelo Direito e pelo uso da razão humana. Eis outro grande dilema que pode ser posto em contradição se vislumbrado sob o norte da Teoria Pura do Direito, como essência do positivismo normativista.

Hans Kelsen diz que a decisão não deixa de ser também um ato cognoscitivo de interpretação (diverso do autêntico), o qual não traz contribuição alguma à ciência jurídica, ou seja, não cria o Direito, senão resolve um problema casual lastreado, exclusivamente, numa posição insólita do julgador (KELSEN, 2015, p. 395-396).

Este raciocínio pode ser empregado, sob o pálio da teoria da argumentação, no sentido de que a atribuição de valor às provas faz parte do mecanismo da decisão.

Faz parte, portanto, dessa lógica de convencimento e motivação. Mas isso, sem dúvida, deixa uma aresta suficiente para que o decisionismo continue presente no julgamento dos juízes (homens de fato).

Levanta-se então uma última pergunta, a lógica de convencimento encontra sua força motriz na lei ou no coração do julgador?

Recomenda-se que o juiz julgue de acordo com a lei, mas que o elemento normativo (legal) não deva ser o único a dar vida a sua decisão, passando por cima, inclusive, do seu sentimento e da voz que provém de seu coração.

Com efeito, fosse, pois, o contrário, o processo de convencimento seria algo simplesmente mecanizado, onde os juízes podem, facilmente, ser substituídos por máquinas, configuradas com base apenas no Direito vigente.

Assim, talvez seja permitido dizer que a lógica do convencimento é uma mescla entre sentimento equidistante do interesse pessoal, romantismo da razão humana, e, por fim, a combinação dos preceitos jurídicos da lei – os quais presume que o juiz os conheça.

1.5 Persuasão racional do magistrado: e as barreiras ao decisionismo?

Já foi visto que a persuasão racional ou livre convencimento motivado é o sistema que, de acordo com a maioria da doutrina processual penal, vige no modelo brasileiro atual. Que ele seria um misto entre sistema legal de provas e íntima convicção, com quebrantes aos seus rigorismos e exageros. Enfim.

Pela sistemática da persuasão racional o juiz tem ampla liberdade para apreciar as provas, mas não deve se conduzir, unicamente, por suas impressões pessoais, senão pelo substrato fático que elas lhe trouxeram, tanto que deve apontar na sentença os motivos que foram determinantes a se chegar àquele resultado. Assim se espera, pelo menos.

Como se vê, se de um lado se faculta ao juiz o “pensar criativo”, a apreciação livre das provas, de outro está ele sujeito a regras jurídicas que o impedem de afastar-se do material probatório constante dos autos e que o obrigam a justificar a formação de seu convencimento (MORAIS; LOPES, 1993, p.43)

O juiz também não pode se deixar levar por paixões momentâneas de guiso político ou do interesse público, sob o pretexto de que estaria atendendo à vontade coletiva e que, a partir daí, sua decisão não padeceria de déficit democrático. Afinal, a legitimidade do magistrado, por força da própria natureza do Poder que ocupa – o qual nada se assemelha com os cargos eletivos – não depende do consenso comum, tampouco da maioria desse todo.

A legitimidade do juiz não decorre do consenso, tampouco da democracia formal, senão do aspecto substancial da democracia que o legitima enquanto guardião da eficácia do sistema de garantias da Constituição na tutela do débil submetido ao processo (LOPES JR., 2016, p. 382).

É bom lembrar que quando se avalia mais a fundo o livre convencimento motivado, depara-se com a seguinte problemática: o sistema da persuasão racional oferece algum mecanismo ou barreira a coibir o subjetivismo nas decisões judiciais?

Infelizmente, a resposta é negativa. Diferentemente da nova sistemática processual civil, inaugurada pela Lei n. 13.105/15 com entrada em vigor no mês de março do ano seguinte, em que se prevê uma série de fases, nas quais o juiz deva, obrigatoriamente, passar para que sua fundamentação seja tida como válida (CPC/15, art. 489, § 1º, incs. I a VI), no amplexo da legislação processual penal o mesmo ainda não acontece.

O art. 155 suscita numa pobre oração que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova que é produzida no contraditório judicial, impondo, como única ressalva, que a decisão não deverá pautar-se, apenas nos elementos que compuseram a investigação

criminal, ressaltando, ainda, a hipótese das provas cautelares irrepetíveis. Além dessa previsão, não há mais nada a se frear o decisório.

Dito isso se pergunta novamente: isso é convencimento motivado? Dizem que sim. Mas então, o que o difere da íntima convicção se a própria lei não estabelece sequer um só mecanismo para que o juiz decida apenas com base no que entende por certo ou errado?

A bem da realidade, guardadas as teses e os manuais de Processo Penal, é um mito crer também que exista diferença ontológica entre a íntima convicção e a livre convicção motivada/disfarçada ou persuasão (ir)racional, pois os juízes ainda continuam decidindo segundo seus (pré)conceitos, suas visões de mundo e valorações próprias, pelo calor do momento ou pela pressão popular ou simplesmente com o objetivo de se autopromoverem em veículos midiáticos. É um absurdo mas é o que é.

A doutrina jurídico-filosófica de Hart sintetiza, porquanto haja uma suposta condição de validade das normas jurídicas e regras principiológicas que as cercam, que a sociedade as cumpre sem muito se questionar os porquês. Isso, porém, leva-nos a conclusões descabidas de que o Estado está imune a erros. Quando se perquire, contudo, acerca dessas vicissitudes, chega-se aos dissabores de que há por traz do ente soberano há uma patologia sistêmica interna que afasta um setor de outro. Essa é quase uma previsão que se aproxima da situação de crise política vivenciada atualmente no Brasil, onde a eclosão deste problema levou ao distanciamento dos Poderes, privando a coletividade da prestação esperada. É a profecia de Hart; senão veja-se:

Grosso modo, o fato é que as normas reconhecidas como oficialmente válidas são geralmente obedecidas. Às vezes, entretanto, o setor oficial pode se afastar do setor privado, no sentido de que não há mais obediência às normas consideradas válidas segundo os critérios de validade em uso nos Tribunais. A variedade das formas pelas quais isso pode ocorrer se insere na patologia dos sistemas jurídicos, pois representa uma interrupção na complexa prática congruente à qual nos referimos quando emitimos o enunciado factual externo de que um sistema jurídico existe. Dá-se aqui um colapso parcial do que se pressupõe quando fazemos enunciados jurídicos internos a partir de dentro do sistema específico. (HART, 2012, p. 152).

Dito de outra forma, e analisando a proposição da persuasão na perspectiva de um sistema, é-se suficiente para se acreditar na ideia de que o livre convencimento motivado está no âmago de outro grande sistema, o *neo*-inquisitório (entenda-o como bom ou ruim), principalmente quando se avalia a regra do ônus da prova no Processo Penal, na qual se retira da redação do art. 156, do Código de Processo ser facultado ao magistrado, *ex officio*, ordenar, ainda que antes da persecução penal, a produção de provas ditas urgentes e

relevantes (critérios subjetivistas), cujo consectário em tal hipótese, de acordo com a regra do art. 83, do mesmo *codex*, é tornar aquele juiz o prevento para a ação penal.

Pense-se então ser muito fácil ao magistrado eleger-se o juiz daquele processo que queira julgar. Basta determinar a produção antecipada de alguma prova e avocar os autos para si. É, pois, o juiz competente. E o que há de se falar com relação a isto(?).

Diga-se agora: há ou não parcialidade nesses casos (?), aliás, o mesmo juiz protagonista da investigação (*Juiz Hércules*, juiz Moro), será o da instrução em contraditório e o que, ao final, irá prolatar o julgamento. Eis, pois, mais uma vez..., está-se diante do paradoxo: onde se situa o problema? Respondendo: o problema é crônico...

É claro que há uma falha legislativa grave, que hoje o novo Código de Processo Civil busca reparar, na proporção em que indica etapas de validade da fundamentação da decisão, a serem superadas, exaustivamente, pelo sujeito da subjetividade assujeitadora da modernidade (STRECK, 2015, p. 104). Porém, o mesmo ainda não aconteceu no campo do Processo Penal. E dizer que a regra contida na novel legislação processual civil aplicar-se-ia, por analogia, ao processo penal é algo muito equivocado, seja por força da própria especialidade que envolve a disciplina, seja por força dos fins de uma e de outra. A jurisdição civil é completamente diferente da penal. Exigir certas condições não previstas em lei para validar a sentença penal é uma tese muito ousada.

É lamentável, mas pelo azar ou pela sorte, no picadeiro do Processo Penal não há barreiras legais ao solipsismo.

Talvez isso pareça escarnecedor, abominável, desprezível ou repugnante (cabem aqui muitos outros predicados), mas, no insucesso do Direito, os juízes podem continuar decidindo como queiram, afinal a regra matriz de argumentação apenas diz que as decisões devem ser motivadas, sob pena de uma tal nulidade(zinha) – tesouro perdido do réu – que sendo reconhecida por um ou outro tribunal implicaria em sua liberdade ou, no mínimo, na procrastinação de seu cárcere nas situações de réu solto.

Este ainda é um desafio à nova geração de juristas que devem se antever a estes problemas, pois o Direito – assim como o constitucionalismo cujo aprofundamento será feito no último Capítulo – é um fenômeno cíclico e não imune a mudanças e inovações.

1.6 Conceito, classificação e funcionalidade da prova

Não há um único conceito ou mesmo consenso sobre o que vem a ser a prova e a sua natureza jurídica. Já se disse que as ideias contemporâneas acerca da fenomenologia da prova judiciária não são uniformes, tampouco resultam de evolução constante e linear, mas que, por outro lado, representam paradigmas referidos a sistemas concretos condicionados a circunstâncias culturais e modelos históricos de cada povo, dentro da abrangência jurisdicional, os quais se encontram imersos.

Não seria por esta única razão, facultado deixar de apontar uma definição sobre o que, conceitualmente e na disciplina do Processo Penal, entende-se por prova.

Sobre a prova pode ser compreendido o conjunto de atos processuais praticados para se averiguar a verdade e formar, assim, o convencimento do juiz sobre os fatos, hipotética ou factualmente criminoso que espera dele uma decisão (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, 2010, p. 112).

Já se disse, aliás, que o Processo Penal é um genuíno instrumento de retrospectiva aproximativa a determinado fato histórico, o qual é autêntico sucedâneo da prática de um ilícito determinado (LOPES JR., 2016, p. 355). As provas são, portanto, os meios pelos quais se revisitam estes fatos.

Todas as vezes que um indivíduo aparece como autor de um fato, que é, por força de lei, de consequências aflitivas, e que se trata de lhe fazer a aplicação devida, a condenação repousa sobre a certeza dos fatos, sobre a convicção que se gera na consciência do juiz.

A soma dos motivos geradores dessa certeza chama-se prova.

Quando medida sobre esses motivos, dá-se no espírito do juiz uma operação, igual a que tem lugar no de qualquer indivíduo que a respeito dos negócios de seu país procura convencer-se da verdade de certos fatos. É sobre a certeza adquirida, ou ao menos sobre as probabilidades mais bem fundadas, que, antes de entrarmos em relações de interesses com certas pessoas, formamos nosso juízo: esta é a base de nossas especulações de todo o gênero, quanto maior for a importância do objeto, tanto mais usamos de prudência antes de tratar sobre ele, tanto mais exigimos garantias de probabilidade (MITTERMAIER, 1997, p. 55).

O Livro III, Título 63, das Ordenações Filipinas conceituava expressamente a prova como sendo o “farol que deve guiar o juiz em suas decisões”, acerca das questões de fato. No ponto da definição clássico-conceitual, importa distinguir sobre o que vem a ser fonte, objeto e meios de obtenção da prova.

Por fonte de prova, compreendem-se os fatos percebidos pelo magistrado na sua atividade jurisdicional, àqueles a cujo intelecto do juiz deve estar atento a apreciá-los. Entenda-se, são os fatos que necessitam serem deglutidos através do processo, a fim de se

buscar aproximá-los à “realidade”, realidade esta por vezes inverídica, mas reportada nos autos.

Recorde-se ao que já foi construído à luz da filosofia de Bazarian, em que a realidade nem sempre corresponde a uma verdade objetiva. Sobre a constatação de que as provas também não tem a pretensão de verdade, eis, pois, o pertinente comentário:

A prova judiciária não se destina ao estabelecimento de uma verdade circunscrita ao processo, até porque este não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de solução de conflitos sociais; e para que esta finalidade última seja alcançada, a produção do convencimento judicial deve obedecer a determinados padrões e rituais, através dos quais a coletividade possa reconhecer-se (GOMES FILHO, 1997, p. 18).

Os meios de obtenção da prova, por outro lado, são os instrumentos hábeis a coletar estes elementos construtivos do processo.

A colaboração premiada é um meio de obtenção da prova, a ação controlada é outro, do mesmo modo que a infiltração de agentes também o é.

Enfim, são os mecanismos pelos quais se obtém as informações pertinentes a se comprovar algo no processo a cujo respeito demande decisão judicial.

Já o objeto da prova é o fato, em si, a ser provado, *e.g.*, uma evasão de divisas, um contrabando ou descaminho, uma fraude contra o sistema financeiro nacional, uma lavagem de capitais, uma corrupção ativa etc. É o fato principal do processo no qual se aponta o suposto autor e sob o qual se busca a informação sobre a prática do crime.

Acerca das provas há outra classificação importante, que é a que lhe distingue entre prova direta e prova indireta.

As provas diretas são as conectadas ‘diretamente’ ao fato a ser provado, o objeto da prova. As indiretas são as que estão ‘indiretamente’ ligadas a ele. As provas indiciárias – não confirmadas no contraditório, seja porque cautelares, seja porque irrepetíveis – são provas classificadas como indiretas.

Diga-se, ademais, que a funcionalidade da prova só tem sentido se vislumbrada no quadro do contraditório judicial, porque é através desta garantia que se possibilita ao acusado sua refutação imediata, ou pela via da defesa técnica realizada por advogado ou defensor, ou pela via do interrogatório judicial do acusado, como exercício de autodefesa.

É essa visão que coloca ação, defesa e contraditório como direitos a que sejam desenvolvidas todas as atividades necessárias à tutela dos próprios interesses ao longo de todo o processo, manifestando-se em uma série de posições de vantagem que se titularizam quer no autor, quer no réu (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, 2010, p. 113).

A partir desse dimensionamento, o direito à prova ganha funcionalidade, isto é, abstrai-se do nível exclusivamente legal e se realiza um processo de constitucionalização da prova. É como se fosse um típico método de legitimação o qual deva ser submetido ao crivo constitucional da garantia do contraditório para que passe a gozar de ampla validade.

Por fim, a exigência do contraditório como técnica de funcionalização da prova implica em outras consequências, como a proibição de utilização das provas que não foram introduzidas no processo pelo sujeito revestido de titularidade jurisdicional (v.g., prova produzida no âmbito de uma investigação conduzida pelo Ministério Público que se olvidou de acionar o Judiciário e colocá-lo a par dos resultados obtidos), ou a proibição de utilização de provas em que não se oportunizou o amplo debate das partes acerca delas.

Tudo isso está relacionado à importância de se respeitar garantias constitucionalmente calhadas em prol do acusado, nas quais encontram aderência e ganham proteção quando diante da cláusula constitucional de vedação às provas ilícitas no processo – tema a ser estudado no próximo capítulo.

1.7 Princípios e regras constitucionais que perpassam a prova no Processo Penal brasileiro

No plano teórico pairam diferenças importantes sobre a definição de regras e princípios, onde ambos compõem a denominada *norma jurídica*.

Por norma, compreende-se o *dever-ser* objetivo, o imperativo de regulamentação da conduta individual humana. É o comando genérico que coage os cidadãos a se comportarem de acordo com as pretensões de vida harmônica que coletividade em geral espera.

A norma acata valores elegidos pela sociedade no jogo democrático e pode assumir feição tanto de regra, quanto de princípios. Portanto, norma é sempre gênero.

Mas aqui fica para trás, já de todo anacrônica, a dualidade, ou, mais precisamente, o confronto princípio *versus* norma, uma vez que pelo novo discurso metodológico a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra (BONAVIDES, 2016, p. 282).

Para Kelsen, a norma se presta a servir-se como um lógico esquema de interpretação. E, em sua bifurcação, as regras prescrevem pois enunciados deônticos (é permitido, é autorizado, é prescrito, é vedado).

Assim, as regras devem ser cumpridas ou não. Ou a regra é válida ou não é válida. Numa situação de conflito, uma cede lugar à outra sem que fale em graduação hierárquica entre elas.

Ainda que de modo invertido, os tipos penais assumem formas de regras (v.g., matar alguém; subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel; apropriar-se de coisa alheia móvel etc.).

Os princípios, por sua vez, traduzem-se em mandados de otimização. Os *“princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”* (ALEXY, 2015, p. 588).

Ante o caso concreto devem ser aplicados, como explica o professor Robert Alexy, no máximo grau.

Diversamente das regras, os princípios admitem, contudo, graduação hierárquica.

No caso de colisão entre os princípios haverá a prevalência de um sobre o outro e não a invalidade do princípio menor. Este procedimento de “opção” de um princípio ao invés de outro, denomina-se técnica de ponderação – tema o qual será abordado quando do estudo da admissibilidade das provas ilícitas, oportunidade em que se fará o aprofundamento dialético necessário à sua perfeita compreensão.

Por ser a atividade probatória uma das mais importantes dentro da conjuntura Processual Penal, alguns princípios dotados de natureza constitucional ganham destaque especial quando de sua leitura. Volte-se a dizer que a verdade real não é um princípio constitucional.

Com exceção à ‘regra’ de vedação às provas obtidas pelos meios ilícitos, é possível se destacar alguns princípios importantes que têm aplicação prática direta no estudo da prova em matéria penal.

O primeiro deles, o qual se pode apontar de plano, é o do contraditório e ampla defesa. No seu aspecto extrínseco, o contraditório e a ampla defesa, como garantias fundamentais, indicam um dever positivo ao Estado, na medida em que se assegure às partes contrapostas, condições idênticas de paridade no processo, de modo que uma, em razão de sua posição ou condições estruturais próprias, não saia em vantagem com relação à outra, e vice-versa. A paridade de armas, a cuja parcela da dogmática considera um princípio autônomo do Direito Processual, é um desdobramento direto do princípio do contraditório.

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade (princípio da imparcialidade), ainda que se mantenha em meio às partes, deve preservar sua equidistância em relação a elas,

zelando pela mútua participação dos envolvidos, dando a eles a ampla possibilidade de apresentarem e refutarem todas as provas contidas no arcabouço do processo.

Sobre este princípio, aplicado às provas, é que se extrai a mensagem de que “*somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a ‘tese’ e a outra a ‘antítese’)* o juiz pode corporificar a ‘síntese’, na linha de um processo dialético” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2010, p. 61).

É-lhe, pois, da essência das provas – compreenda-as inseridas no modelo acusatório [ainda que filiemo-nos à corrente que aduz que no Brasil ainda vija o *neo*-inquisitorialismo (sistema processual a ser superado por força da Constituição de 1.988)] – que essas sejam produzidas ou, ao menos, confirmadas sob as variantes do contraditório.

Afinal, a redação do art. 155, do Código de Processo Penal preconiza que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, *produzida em contraditório judicial*, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.

O segundo princípio de envergadura constitucional que tem ampla aplicação às provas no Processo Penal é o da *publicidade*. Mas sobre este, calham importantes ressalvas.

É certo que pela própria natureza de determinados meios de obtenção da prova, e aqui se pode citar, p. ex., as interceptações telefônicas, a ação controlada e a infiltração de agentes, o sigilo e a não-publicidade fazem parte da essência desses meios de obtenção de prova.

Não sem razão poderia se dizer o contrário, pois a mitigação da publicidade nesses casos decorre da própria força de lei, de modo a se assegurar a prova a ser produzida no processo (vide: art. 1º, e art. 8º, *caput*, ambos, da Lei n. 9.296/96, e art. 8º, § 2º, art. 12, *caput*, e § 2º, ambos, da Lei n. 12.850/13).

De toda sorte, aos demais meios de obtenção da prova deve se resguardar a publicidade plena, salvo motivo justificado a se preservar a prova a ser colhida, pois a Constituição assim a autoriza na medida em que a considera relevante ao interesse público a ser preservado (CRFB, art. 93, inc. IX).

Lado outro, é sempre pertinente lembrar que, em virtude da própria vagueza nominal, utilizar do sigilo apenas em nome do interesse público pode comprometer, muitas vezes, a pretensão de liberdade do acusado, afinal de contas a expressão “interesse público” diz tudo e, ao mesmo tempo, não diz nada.

Nesse sentido, vale reprimir o teor da súmula vinculante n. 14, do STF que assegura ao defensor, no interesse de seu assistido, o amplo acesso aos elementos de prova já

documentados na investigação policial a fim de se resguardar o pleno exercício do seu direito de defesa.

A publicidade que envolve as provas na conjuntura do Processo Penal não deixa de ser também uma garantia em prol da sociedade na exata medida que permite a qualquer do povo, o livre acesso ao acervo probatório, e possa, assim, fiscalizar, “a olho nu”, a atividade jurisdicional que se opera no exercício da jurisdição penal.

Um terceiro princípio constitucional que encontra guarida em matéria de provas é o do *juiz natural* (CRFB, art. 5º, inc. LIII).

A garantia constitucional de que nenhuma pessoa será processada ou sentenciada senão pela autoridade competente, implica na obrigação de que apenas o Estado-juiz, através do juiz competente, é que tem a chancela para devassar os fatos e imiscuir-se na vida e na intimidade do réu, de modo a buscar uma resposta ao fato acobertado (objeto da prova). Não sem razão este é um dos mais importantes princípios a serem levados em consideração em similitude à avaliação da validade e licitude da prova.

Não se deve esquecer, *alfim*, que essa “invasão” da privacidade possui limites materiais, pois a intimidade também é uma garantia tutelada na órbita da Constituição (CRFB, art. 5º, incs. XI e XII). Sua inobservância invalida as provas e põe em xeque a higidez do devido processo legal.

1.8 A mitigação da *não-culpabilidade* como princípio matricial na prova penal

Na idade média as regras de ônus processuais probatórios eram totalmente diferentes do que se tem hoje no Processo Penal da atualidade.

O encargo de provar a inocência era inteiro do réu e, em razão da vigência dos juízos diabólicos sobrenaturais (próprios dos tribunais de Inquisição), a insuficiência das provas já pendia desfavorável ao réu, pois, creia-se, implicava-lhe na sua semiculpabilidade.

Equivalia-se a dizer que a regra era a da presunção de culpabilidade, ou seja, o réu já entrava no processo em situação de desvantagem pois de tudo já se presumia sua culpa (LOPES JR., 2016, p. 94).

No direito processual comum da época vigorava o princípio da presunção de culpa. O réu, pelo só fato de ser réu, era tido como culpado enquanto não sobreviesse uma eventual decisão absolutória. Os tribunais eclesiásticos, portanto, seguindo a mesma regra, ao lidarem com algum acusado de heresia partiam do pressuposto de ser verdadeira essa imputação. Logo, ficava mais fácil admitir que esse homem podia

ser levado à tortura, visando a confissão, mesmo porque o sofrimento assim infligido era insignificante diante da brutal pena que seria depois imposta pelas autoridades civis, a de morte na fogueira (GONZAGA, 1993, p. 89-90).

Beccaria já dizia que a certeza a qual se requer para convencer-se do réu culpado é a mesma que instrui todos os homens nos seus mais importantes negócios (BECCARIA, 2007, p. 28).

Isto põe em questão o fato de que o juízo de simples probabilismo, de estar sendo o sujeito processado, não é razoável para se obter a certeza de que autor de um crime praticado.

A presunção de inocência data a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1.776, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789 como sendo os primeiros ordenamentos modernos a tratar sobre ela.

Contudo, foi o pós-Segunda Guerra que mais contribuiu para que os excessos e rigorismos cedessem lugar às garantias de inocência presumida, tanto é que a Carta das Nações Unidas de 1.948 endossou o teor do texto da citada declaração de 1789. E é a partir deste marco que a não-culpabilidade se torna uma meta para o processo.

Hodiernamente, o princípio de não-culpabilidade é expressamente alçado ao quadro de direitos fundamentais individuais (CRFB, art. 5º, inc. LVII) e resulta do comando impositivo do Estado em imprimir, ao menos, na primeira via, a presunção de inocência aos acusados em geral.

Destarte, ao lado da ampla defesa e contraditório, é a principal garantia individual que o cidadão possui no processo. Aliás, essa ideia vem corroborada com a fórmula, segundo a qual, se se pairar dúvida sobre a culpa do réu, deve, por força de tal imperativo, o juiz absolvê-lo – *in dubio pro reo* (CPP, art. 386, inc. VII).

Ademais, a presunção de inocência não deixa de estar correlacionada aos princípios da humanidade – em sua conotação extraprocessual – e ao princípio de boa-fé ou *pro homine*, porque, ambos, partem da premissa de que o ser humano é digno de um ato de confiança é fé como contraprestação estatal mínima.

Isto demonstra o quão valoroso o é diante do aporisma estigmatizante que causa o processo nos acusados, visto num sentido amplo. A pessoa processada ainda que inocente traz consigo o estigma de criminoso. A nomenclatura que se dá a ele é a de “réu” – aquele que carrega a pecha de infrator.

A não-culpabilidade, como propõe Ferrajoli, é um *princípio de submissão à jurisdição penal*, além de ser uma opção garantista em prol da tutela da imunidade dos

inocentes, ainda que a custo da impunidade de algum culpado (FERRAJOLI, 2014, p. 505-506).

A isso também se acredita correto, pois se a jurisdição é concebida como atividade necessária à obtenção da prova penal, e se a prova, por outro lado, não tenha sido produzida mediante o juízo regular, ao acusado não se pode imputar a prática de crime algum, tampouco considerá-lo culpado, sem que antes se esgote todos os trâmites recursais de praxe que o sistema jurídico põe a sua disposição.

Infelizmente, a jurisprudência brasileira não tem prestigiado sua missão com a altivez exigida quando do descortinamento dos sentidos da não-culpabilidade, especialmente por não se interpretar, adequadamente, este princípio ou por reduzi-lo ao máximo seu grau de eficácia.

Exemplo disso foi o julgamento marcante e recente envolvendo o dito princípio no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em fevereiro de 2009, quando do julgamento do HC n. 84.078-7/MG, firmou-se no STF, até então, definitivo, entendimento muito importante sobre a regra (entenda-a como princípio) de não se presumir culpado o acusado sem antes do trânsito em julgado da condenação. Como consequência disso, condicionava-se a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da condenação. As vergastadas execuções provisórias de penas encontravam sua vedação neste julgado paradigmático.

Porém, o mesmo tribunal – subjugado “guardião da Constituição” por força do teor do art. 102, *caput*, da Carta Magna– revendo o que já havia decidido naquele *Habeas Corpus*, reformulou completamente seu entendimento, passando a permitir, ainda que não se operacionalizasse o trânsito em julgado da sentença, o cumprimento, imediato, da pena privativa de liberdade a partir de decisão de tribunal de 2º grau de apelação.

A estranha justificativa do Relator, Ministro Teori Zavascki, foi de que, em analogia ao já pacificado em matéria de inelegibilidade eleitoral (Lei Complementar n. 135/2010 – ADC’s n. 29 e 30, e ADI n. 45.78), a partir do momento em que tribunal de apelação confirma a sentença do juízo inicial, mitigar-se-ia a não-culpabilidade do réu, não mais havendo se falar em presunção de sua inocência, podendo, a partir de então, a pena ser executada provisoriamente (STF: Medida Cautelar em sede de Habeas Corpus n. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 17.02.2016).

Na concepção do Estado Democrático de Direito que, essencialmente, se pautela pela regra de progressividade dos direitos fundamentais ou de *vedação reacionária*, como diz Canotilho em sua teoria da constituição (CANOTILHO, 2012, p. 338), há uma proibição implícita a retrocessos sociais e em matéria de direitos humanos (efeito *cliquet*).

A interpretação dada pelo STF quanto à atenuação da não-culpabilidade se revela como genuíno anacronismo hermenêutico, em razão de, por um lado, desvalorar a norma constitucional, expressa, *in casu*, o princípio de inocência, e, por outro, aplicar analogia *in mallam partem* em matéria de Direito Penal – outro absurdo que faz do julgado verdadeiro *centauro do direito*.

Poderia se questionar, todavia, que não se aplicaria aqui esta regra de vedação temporal descontínua, porque não haveria no caso apreciado pelo Supremo retrocessão em matéria de direitos humanos ou sociais, ao se considerar que o princípio de não-culpabilidade continua presente na Constituição.

Mas, de todo modo, persiste um contra-argumento muito forte. De nada adianta determinada norma jurídica ver-se incólume no frio texto da lei ou da Constituição se a Corte Constitucional esvazia sua dimensão ao ponto de não tê-la mais eficácia prática alguma. É como se o corte cirúrgico necessário a se realizar no núcleo central da norma aleijasse-o, reduzindo seu grau de alcance a zero.

Disso se verifica o quão dramático tem se revelado o papel do Supremo Tribunal Federal em seu mister de interpretar a Constituição e dar a aplicação correta e justa aos direitos fundamentais nela albergados.

Logicamente, é de se dizer que a interpretação mais recente sobre a não-culpabilidade conclamada pelo Pretório Excelso é um passo para trás num abismo já superado há muito, mas há logicamente perspectivas de mudanças (espera-se para melhor), pois a comunidade jurídica continua num esforço incessante para que garantias como a da presunção de não-culpa seja mais valorosa que uma simples carta de boas-vindas àqueles infelizes que se veem sob a mira do processo criminal, o qual se diga fiador do mínimo necessário ao acusado.

2. PROVAS ILÍCITAS

2.1 Conceitos e bifurcações

No setor da disciplina da prova penal residem questões pontuais sobre o conceito da sua ilicitude, bem como a implicação que reverbera no processo anulando os atos praticados ou quando ainda vista em tempo a não causar prejuízo às partes, autorizando seu desentranhamento.

As provas ilícitas são, basicamente, aquelas vedadas pelo ordenamento vigente por implicarem no desrespeito de regras cunhadas na lei e, principalmente, na Constituição.

Como suscita Grinover, a vedação pode ser ainda oriunda da norma procedimental ou da norma material – constitucional ou penal. E ela pode ser também estabelecida pela violação do texto explícito, ou deduzida, implicitamente, da violação do sistema de princípios gerais do Direito (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, 2010, p. 124).

A partir desta classificação inicial é que ganha tônica os conceitos de prova ilícita ou ilegal e provas ilegítimas.

É bom distinguir que as primeiras decorrem de uma violação a norma de conteúdo material ou principiológico, enquanto as denominadas provas ilegítimas são consectárias das violações a regras procedimentais ou princípios originários destas.

Mas a principal diferença prática de uma para outra são os efeitos produzidos pela intensidade da norma violada.

Nas violações probatórias de conteúdo processual a sanção produzida será a decretação de nulidade exclusiva do ato que deferiu inobservância à norma processual. Caso, entretanto, a decisão tenha se arrimado, unicamente, no preceito violado, isso implicará a ineficácia daquele provimento.

Já as provas ilícitas propriamente ditas, mantidas nos autos, acarretam a nulidade completa de todo o processo.

Processualmente falando, após a vigência da Lei n. 11.690/08, o Código de Processo Penal apresentou a consequência prática de como se resolver a questão da prova obtida ilicitamente, mencionando em seu art. 157 que “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”.

Por assim ter firmado na sua redação, essas provas devem ser desentranhadas e, logo, destruídas por meio de ordem judicial.

Há ainda uma terceira classificação (RANGEL, 2003, p. 417), que aponta para as chamadas provas irregulares, segundo a qual, a prova não se classifica nem como ilícita, nem como ilegítima, pois não houve violação material ou processual direta, mas simples desrespeito de uma determinada formalidade extrínseca ao ato processual.

O clássico exemplo de prova irregular é o do mandado judicial de busca e apreensão que deixa de mencionar os fins da diligência, o qual é o mote da apreensão a ser efetuada (CPP, art. 243, inc. II).

A bem da realidade, essa classificação não surte efeito prático algum, porque se se deixou de atentar a um aspecto simplesmente formal da lei, incidir-se-á na segunda classificação, que é a das provas ilegítimas e se, pois, violou a lei, a prova deve ser desentranhada, como diz o Código de Processo para que, com isso, não recaia nulidade alguma sobre ela.

Tenha-se em vista que são exemplos clássicos de provas ilícitas, as obtidas mediante tortura ou maus tratos (CRFB, art. 5º, inc. III), as incautas com relação ao respeito da intimidade individual (CRFB, art. 5º, inc. V), ou por violação à cláusula de observância do sigilo pessoal (CRFB, art. 5º, inc. XII) e, ainda, as auferidas mediante atentado ao direito constitucional do silêncio do acusado (CRFB, art. 5º, inc. LXIII).

Ao lado dessas garantias, a proteção contra todo tipo de ingerência probatória foi também erigida à categoria de direito fundamental, mormente diante da previsão do texto maior que assim prescreveu:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVI – São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Portanto, a vedação da prova ilícita é um claro exemplo do modelo garantista fundado pela Constituição de 1988 que menciona no inciso LVI, do artigo 5º, a expressão “processo”, sem, no entanto, fazer distinção sobre os seus ramos diversos.

Logo, é uma proteção destinada não apenas ao Processo Penal, mas aos demais ramos da cadeia processual, p. ex., o Direito Processual Civil, o Direito Processual do Trabalho, o Direito Processual Eleitoral etc.

É de bom alvitre reprimir a observação feita por Aury Lopes Jr. quando o autor sinaliza que não devem ser importados juízos sincréticos no tratamento da prova ilícita pelas disciplinas do Processo Civil para o Processo Penal (LOPES JR., 2016, p. 406).

Quando se avalia a dimensão do Processo Civil e o faz paralelo ao Processo Penal está, na realidade, olvidando-se em ater que o último procedimentaliza o chamado *jus puniendi* do Estado, ou melhor, o direito de aplicar a punição penal sobre o indivíduo, sem contar que o objeto de tutela aqui, recai diretamente sobre a liberdade de locomoção do acusado.

O Processo Civil, por seu turno, possui outro âmbito de alcance.

No geral, atua na conformação de procedimentos a tangenciar a proteção de negócios, patrimônio, vida privada e direitos pessoais. Não é de se dizer que um seja mais relevante que outro. Apenas o dimensionamento do direito à prova é que possui conotação mais especificada em relação a certas liberdades públicas, os quais todos gozam.

O assunto da ilicitude da prova será mais aprofundado no tópico reservado a investigar a inadmissibilidade da prova ilícita e, por ora, faz-se apenas um apanhado geral sobre ele.

2.2 Limites de licitude da prova emprestada no Processo Penal

A disciplina processual penal permite, havendo relação entre os fatos e preenchidos determinados requisitos, a utilização de provas já colhidas em outros processos naquele que a instrução se deve realizar. É o que se chama de prova emprestada.

A prova emprestada, conforme expõe Tourinho Filho, *é aquela colhida num processo e trasladada para outro* (TOURINHO FILHO, 2012, p. 566).

Mas para que se possa utilizar o juiz e, muitas vezes, as partes, desta prova, existem limites, tanto materiais, quanto processuais para que não se fira a licitude que a Constituição busca resguardar.

Coloque-se diante da seguinte situação hipoteticamente pensada: Caio, agente da Polícia Federal, é alvo de processo criminal pela prática de reiterados crimes de corrupção passiva (CP, art. 317, § 1º), sendo que um deles foi por ter solicitado de Mévio, prefeito do Município X, vantagem econômica (propina) em troca de informá-lo de todas as fases da investigação que estava para ser deflagrada em seu desfavor, a se apurar a prática, em tese, do crime previsto no art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67, por ter ele supostamente desviado verbas repassadas àquela municipalidade das quais seriam destinadas à aquisição de aparelhos de ultrassonografia, provenientes do Ministério da Saúde.

O mesmo prefeito é alvo de um segundo processo criminal, desta vez no âmbito de competência da Justiça Comum Estadual, com a observância da prerrogativa de foro (CRFB, art. 29, inc. X), por ter, em concurso de agentes com Tício, vereador do Município X, desferido um golpe que causou lesão corporal grave em Carlos, presidente da Câmara de Vereadores daquela Cidade, incapacitando-o para as ocupações habituais por prazo superior a 30 dias, e cuja agressão foi originária de acirrada discussão naquele órgão legislativo quando, esforçavam-se para que fosse aprovado projeto de lei a fim de criarem uma unidade de saúde a ser implantada em um dos bairros da Cidade.

Quando da instrução do processo, a se apurar a lesão corporal – a qual, ainda que o vereador Tício não gozasse da prerrogativa de foro, tramitava, conjuntamente, no Tribunal de Justiça Estadual (súmula n. 704, do STF), por força da continência existente – Carlos é indagado do desembargador Estadual sobre o porquê tanto relutava para que não fosse aprovado o dito projeto de lei, visto que traria benefícios aos munícipes do citado bairro e da Cidade como um todo. Carlos informa que insistiria que o projeto não fosse aprovado porque obteve informações seguras que o prefeito Mévio pretendia criar a unidade de saúde a fim de subfaturar a compra de aparelhos de ultrassonografia, cuja verba já havia, inclusive, sido repassada ao Município pelo Ministério da Saúde e que, nesta empreitada criminosa havia, inclusive, a participação de agente federal, o qual não soube declinar o nome (Caio).

Diante destas informações, com supedâneo no art. 40, do Código de Processo Penal, o TJ encaminha uma cópia deste depoimento ao Ministério Público Federal para, no âmbito de suas atribuições institucionais, ter ciência, apurar o ocorrido ou então encaminhá-lo à Justiça Federal para que anexe em eventual processo-crime já em curso, caso já existisse.

Note-se que se trata de dois processos criminais distintos [um para se apurar corrupção passiva e ativa somada à infração prevista no Decreto-Lei n. 201/67 em concurso material (CP, art. 69) e, outro, para se apurar a lesão corporal grave], mas que, mesmo sem a existência de conexão ou continência entre eles, possuem elementos de provas auxiliares, pois a oitiva de Carlos, certamente, corroboraria com a apuração das infrações penais praticadas no âmbito da Justiça Federal, *in casu*, no TRF (CRFB, art. 29, inc. X), por Caio e Mévio com relação às corrupções e aos desvios de verbas provenientes da União (CRFB, art. 109, inc. IV).

Tomando em conta a situação exemplificativa apontada, poderia se indagar então: há limites materiais e processuais neste caso que vedariam a utilização desta prova (emprestada) naquele segundo processo a se tramitar na Justiça Federal?

Antes de responder a indagação, propositadamente colocada, é preciso se analisar os ditos pressupostos e limites à admissão da prova emprestada.

A doutrina costuma apontar quatro pressupostos de modo que a ilicitude não macule a prova emprestada, são eles: (i) que as partes sejam as mesmas; (ii) que o fato probando também o seja; (iii) que sejam observadas as regras formais de produção da prova; e, por último e mais importante, (iv) que se assegure o contraditório aos acusados sobre o empréstimo da prova, isto é, que as partes se manifestem sobre a utilização desta prova e possam contestá-la como se produzida numa instrução normal.

Faça-se um simples recorte para se dizer que, no que toca à observância do contraditório, há corrente dogmática afirmando que em se tratando de ‘investigação policial’, face à inquisitorialidade que a permeia, não poderia se falar em prova emprestada, e, sim, uma simples prática comum de obtenção de fatos mediante a utilização de documentos (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 323).

Atualmente, por força da súmula vinculante n. 14, do STF, não nos seria prudente concordar com esta afirmação, pois se se é oportunizada a análise do documento emprestado nos autos do inquérito, deve-se permitir ao investigado ou acusado que o conteste com outros elementos dispostos em sua defesa, ainda que isso seja feito fora da investigação, dentro do processo propriamente dito, mas desde que resguardado este direito.

Anote-se, entretanto, que essa não é a posição do STF quando firmou o seguinte entendimento:

“Não viola o entendimento da SV 14-STF a decisão do juiz que nega a réu denunciado com base em um acordo de colaboração premiada o acesso a outros termos de declarações que não digam respeito aos fatos pelos quais ele está sendo acusado, especialmente se tais declarações ainda estão sendo investigadas, situação na qual existe previsão de sigilo, nos termos do art. 7º da Lei nº 12.850/2013”.
[Rcl. n. 22.009 AgR/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 16/2/2016 (Informativo n. 814)].

Contudo, os maiores problemas acerca da prova emprestada circulam em torno do desrespeito às regras formais para sua obtenção, ao exemplo de uma infiltração de agentes que não se atente a observar a obrigatoriedade de autorização judicial prévia, com fixação de prazo estabelecido para duração da medida, com a participação efetiva do Ministério Público, e, com requisitos como aquele em que se diz que “*a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis*” (art. 10, §§ 1º ao 5º, da Lei n. 12.850/13).

Pensa-se, nestas situações, que não seria possível a utilização da prova emprestada sob pena de sê-la ilícita, por exemplo, ao não se ater à cláusula do devido processo legal e ao

sigilo constitucionalmente previsto em prol do indivíduo. Mas essa uma questão na qual a doutrina se divide.

Com relação ao fato hipoteticamente narrado acima que envolve os personagens Caio, Mévio, Tício e Carlos, não se vê óbice algum à utilização do depoimento de Carlos para se investigar os supostos crimes praticados por Caio e Mévio, sobretudo porque todos os requisitos apontados, a se admitir a prova emprestada, foram exaustivamente observados.

Não há nenhuma regra formal a ser atentada na juntada do documento consistente em simples depoimento testemunhal já coletado – os fatos, a despeito de distintos, envolvem os dois acusados (Caio e Mévio), e o contraditório judicial deverá ser resguardado.

Portanto, válida a prova utilizada a título de empréstimo naquele exemplo.

Por último, é preciosa a afirmação no sentido que compartilhar provas entre processos anda que de indelével utilidade, não se pode em prestígio ao devido processo legal, tornar-se um expediente de comodidade da Justiça (2009, p. 323), que deve se valer dos métodos ordinários de instrução.

A regra do corpo a corpo, de que a instrução probatória é mais do que uma simples etapa procedimental definida pelo Código de Processo Penal, não pode ser abandonada sob o pretexto de facilitar a atividade jurisdicional. Isto porque, é na sessão instrutória que as partes se dão conta dos principais pontos que tocam o processo.

As afirmações processuais ganham destaque ou são deixadas de lado a partir do momento que o provado é verificado, isto é, vivido na presença física das partes a ensejar preocupações para uma nova fase do processo, alegações finais, sentença e recursos.

Assim, os limites da utilização da prova emprestada irão depender da análise de cada caso em si, de acordo com suas particularidades, sempre resguardando os freios e contrapesos das liberdades públicas descritas na Constituição, de modo que o processo não as atrole sem sanções com vias prejudicar o acusado.

2.3 Inadmissibilidade da prova ilícita

A Constituição Federal contempla a vedação de utilização de provas ilícitas como uma garantia diretamente ligada à proteção individual da pessoa quanto às ingerências processuais causadas pela persecução penal a que as partes estão sujeitas.

Quando se diz que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”, tem-se por certo, como já visto, que não existe um ramo próprio do processo cuja garantia há de repercutir.

Não se tem dúvidas que se trata de uma expressão genérica, na qual alcança todos os ramos do processo. Mas, certamente, é no Processo Penal que ela realmente faz diferença, pois aqui as implicações de sua não observância acarretam graves consequências.

Essa garantia constitucional que veda as provas obtidas por meios ilícitos foi enfatizada no corpo do Código de Processo Penal a partir da alteração de seu texto, que se deu graças à Lei n. 11.690/08.

Inicialmente, uma simples modificação na sua redação, mas que acabou provocando conotações práticas importantíssimas, e dando a azo a perguntas e problemas de difícil solução.

Em tese a previsão do código contempla, com ênfase, violações legais e constitucionais, e a consequência é, basicamente, o desentranhamento da prova ilícita do processo (CPP, art. 157, § 3º) ou, em casos mais graves, sua nulidade, como já se disse no tópico anterior.

Mas pense na hipótese de o juiz após ter tido contato direto com aquela prova considerada ilícita venha se convencer da autoria de um crime, e mesmo depois de determinar o desentranhamento da prova contaminada, acabe condenando o acusado por força do fator psicológico que a prova ilícita lhe causara(?).

Ainda que o elemento da prova não mais se encontre no processo por ter sido desentranhada, sem dúvida ele foi determinante para que se formasse aquele convencimento, embora, repita-se, o magistrado não o mencione em sua decisão.

Disso poderia se indagar, houve ou não aplicação da lei ou da Constituição no caso em exame?

É óbvio que a resposta é negativa. A norma constitucional aqui não alcançou sua finalidade.

Então quem é responsável pelo desrespeito à Constituição neste caso? O juiz ou o legislador?

Primeiro, é necessário dizer o texto do art. 157, do Código de Processo Penal não foi aprovado integralmente como proposto pelo legislador.

A Lei n. 11.690/08 previa na redação do § 4º, do art. 157, que “*o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão*”.

O dispositivo citado, à época foi vetado pela Presidência da República sob o argumento de que o objetivo da então reforma processual seria impingir celeridade e simplificar os procedimentos de afastamento das provas declaradas ilícitas.

Com base nesse entendimento, para a Presidência da República, o afastamento do magistrado que conheceu da prova ilícita iria de encontro aos objetivos da celeridade e simplicidade, e isto causaria um atraso à marcha processual.

Eis o teor integral das razões do veto, às quais se encontram no sítio oficial do Planalto:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda instrução processual deva ser eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

Embora se pareça convincente as razões que justificaram a vedação do parágrafo apontado, não se pode acreditar que valores como celeridade e simplicidade, sobreponham-se à garantia de vedação às provas ilícitas.

Queira ou não, o fato é que o veto não foi derrubado pelo Congresso Nacional como uma possibilidade jurídica (CRFB, art. 66, § 4º) e acabou sendo mantido.

Portanto, ainda que o juiz não tome em consideração as razões de afirmação que estejam imbricadas a uma prova ilícita para se chegar numa decisão de mérito, ela poderá influir diretamente no seu convencimento motivado e leva-lo a prolação de condenação vedada pela Constituição.

Como conclusão cabe afirmar que as provas ilícitas em regra são inadmissíveis e qualquer tentativa de burlar este preceito por artifícios que o processo possa permitir são vedadas.

Sugere-se ao final que ao juiz que tomar conhecimento da prova ilícita e mesmo após ter determinado seu desentranhamento repousar no seu íntimo a convicção da culpa do acusado apenas por força daquela prova desentranhada não mais existente no processo, deve declarar-se suspeito e encaminhar os autos ao substituto legal, sob pena de comprometer a validade do processo pela violação da regra de proibição de se utilizar das provas ilícitas para prejudicar o direito de liberdade do acusado.

2.4 A admissibilidade da prova ilícita no Processo Penal: hipóteses justificadoras

A teoria dos direitos fundamentais explica que não há, no plano global do ordenamento jurídico, direitos ou garantias constitucionais revestidos da natureza absoluta ou ilimitada (BONAVIDES, 2016, p. 575).

O professor André Ramos Tavares da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo corrobora com este pensamento asseverando a inexistência de direitos humanos irrestritos (vê-se, a propósito aqui, a utilização das expressões direitos individuais, fundamentais e constitucionais como sinônimas de direitos humanos).

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada aos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais.

Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º não podem anular os direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material.

Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada “princípio da convivência das liberdades”, quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais (TAVARES, 2007, p. 460).

Acerca desta questão ganha tonicidade o chamado princípio de *livre convivência das liberdades públicas*.

A lógica a ser levada em consideração é a de que um direito sobrepõe-se a outro somente mediante a análise do caso a caso, pois os direitos individuais são limitados e não absolutos podendo, portanto, serem afastados em determinados casos quando um cede lugar ao outro. É aquilo que se chama de reserva de limitação dos direitos individuais que é analisada por Alexy na perspectiva da *teoria do alcance material* de Friedrich Müller (ALEXY, 2015, p. 310-311).

Em cotejo à teoria alemã *do alcance material* à qual se põe em simetria ao sistema constitucional do Brasil, Alexy diz ser possível classificar a reserva de limitação como algo próprio dos direitos humanos no plano normativo-constitucional.

Isto embora não encontre disposição expressa no texto da Constituição, decorre daquilo que chamou de *extensão material-normativa dos textos constitucionais*.

Com base nessa ideia a norma constitucional possui um conteúdo, muitas vezes, externo ao seu texto, o que dá base a certos valores que não perdem a substância de fundo

constitucional, ao exemplo do *favor rei* que se alinha a princípios expressos como o da presunção de não-culpabilidade, tratado com detalhes no item 1.8. desta pesquisa.

Tanto a ideia de limitação dos direitos fundamentais, quanto à de sua relatividade, já foi afirmada no Excelso Pretório no julgamento do RMS n. 23.452/RJ, Dj. 12.05.2000, tendo por relator o Min. Celso de Mello, cujo teor da ementa segue descrito:

Os direitos e as garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Nessa esteira, a vedação às provas ilícitas também não se revela como uma garantia de caráter absoluto, podendo também ser relativizada. Mas em quais hipóteses então?

Evidentemente, naquelas em que o afastamento da garantia da prova ilícita não prejudicar o réu.

Sobre a possibilidade de utilização da prova ilícita em favor do acusado, pense-se na seguinte situação, onde Caio está sendo acusado de ter assassinado Mévio, seu conhecido inimigo, enquanto este repousava na casa de Tício, à qual era toda monitorada por câmeras de segurança.

Diante da acusação, Caio invade a casa de Tício e consegue obter as imagens do circuito interno de segurança e comprova, com base naquela captação ilícita de imagens, dada a violação de domicílio, que na realidade fora outra pessoa o autor do crime.

Embora o exemplo seja muito simplório, ele é claro o bastante a demonstrar que, ainda que houvesse a invasão de domicílio a macular a interposta prova que será utilizada no processo como condição à absolvição do acusado, esta, por força do postulado do *favor rei* – o qual orienta o sistema penal – não poderá ser invalidada.

Nessas circunstâncias a garantia é relativizada e a proibição não se aplica ao processo porque a prova ilícita utilizada beneficiará o acusado.

Essa posição, contudo, encontra certas objeções no campo da doutrina, especialmente porque o postulado do *favor rei* não está expressamente previsto na Constituição, e em razão disso pairam diversos questionamentos acerca de sua hierarquia com relação às normas

textuais previstas no sentido literal da Constituição, no caso em exame, a inviolabilidade do domicílio (CRFB, art. 5º, inc. XI).

Por esse mesmo motivo é importante se recordar da *teoria do alcance material* de Müller, que além de anuir com a ideia de relativização dos direitos fundamentais, desmistifica a compreensão restrita de que só seria norma constitucional aquela expressamente prevista no texto da Constituição, esquecendo-se do alcance global que o sistema constitucional atinge.

É em penalistas mais arrojados de linhagem filosófica, como Eugênio Raúl Zaffaroni, que se faz possível justificar aplicação do *favor rei* com base na ideia de boa-fé e *pro homine*, a suavizar certas condições constitucionais (ZAFFARONI, 2003, p. 237).

Com base na aplicação de tratados internacionais dispostos a nivelá-los ao plano de normas constitucionais, em harmonia ao aporte idealizado pelo constituinte, quando, por sua vez, lançou mão de fazer da Constituição uma carta de recomendações que contemplasse todas as prováveis e possíveis situações do mundo prático que o direito contemplaria o *favor rei* como um princípio de envergadura a justificar o afrouxamento da regra que veda as provas ilícitas (2003, p. 237).

Ambos os princípios (boa-fé e *pro homine*) estão agasalhados no art. 31, da Convenção de Viena, e por força do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, podem ser internalizados no sistema constitucional brasileiro sem qualquer proibição.

O ideal de se internacionalizar o direito interno não é um desvio de pensamento que se mostre inatingível. É apenas uma forma de se atribuir sentido prático do direito no plano global.

Daí porque se justificar a aplicação do *favor rei* como cláusula de legitimação, a se admitir a utilização de provas ilícitas em benefício do acusado, em circunstâncias tais que uma garantia constitucional que poderia ser aplicada em seu favor venha a prejudicá-lo.

2.5 A prova ilícita por derivação, a teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada e o princípio da serendipidade

O Código de Processo Penal contempla ser também inadmissível as provas ilícitas por derivação.

Art. 157. (...)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

O dispositivo acima traz importantes teorias ao Processo Penal no que diz respeito às provas.

A prova ilícita por derivação se submete a um pressuposto necessário que é o reconhecimento de uma prova ilícita originária que desencadeia seus efeitos nas demais provas dela provenientes.

A partir de uma prova já considerada ilícita é que se avaliará a contaminação (por derivação) das demais provas que se desencadearam da primeira.

O citado parágrafo aponta importantes regras a serem observadas a partir de sua disciplina: (i) que a prova derivada seja inadmissível no processo (princípio da contaminação); (ii) que não existirá contaminação quando afastado o nexo de causalidade; e que, (iii) a prova não se contamina quando obtida por uma fonte independente.

É do mesmo dispositivo que se extrai a teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), idealizada pelo juiz Frankfurter da Corte Suprema estadunidense de 1937 no julgamento do caso *Nardone versus United States* em que se concluiu que, se a árvore está envenenada seus frutos também o estão, pois suas origens são ruins.

Aury Lopes Júnior cita como exemplo a apreensão de objeto de crime cuja informação sobre sua origem se deu através de escuta telefônica ilegal ou por meio de uma violação de correspondência eletrônica (LOPES JR., 2016, p. 414).

No exemplo, embora a busca e apreensão tenha se atido às cautelas constitucionais e processuais reclamadas, sua origem é viciada e, portanto, a contaminaria, provocando um verdadeiro *efeito dominó de ilicitude*.

A intensidade do vício da prova derivada é a mesma da que a contaminou.

Sendo assim, o início da contaminação é verificado desde a primeira prova maculada no processo, e o desentranhamento dos autos deve começar a partir daí, com aquela sugestão feita de declaração de suspeição do juiz que teve contato com a prova, caso o convencimento sobre a culpa do réu persista em seu íntimo mesmo após o desentranhamento.

Infelizmente, os tribunais brasileiros não têm dado a acuidade devida no tratamento das provas ilícitas por derivação, sob pretexto de economia e aproveitamento dos atos processuais já praticados, os quais possuem um visível ônus ao Poder Público.

Refazer os atos processuais trazem dois “inconvenientes” ao Estado, e isso talvez seja a razão da banalização do problema.

O primeiro desses inconvenientes é o que o sobrecarrega financeiramente. Um único processo no Brasil possui elevado custo financeiro, que atinge desde o sistema de segurança pública, até o próprio Ministério Público, Defensoria em alguns casos, e o Judiciário.

O segundo inconveniente é que em dados momentos, por ter o prazo se encerrado para instrução, refazê-la, implicará na soltura do acusado, atrasando o provimento judicial e, conseqüentemente, a resposta que o Judiciário tem a dar sobre o fato em juízo à sociedade.

Entra em cena então o famigerado princípio da fonte independente (*independent source limitation*) que é sustentado pela ideia de não obstante haver uma prova ilícita inicial o nexo causal (relação de causa e efeito) não se comunica com aquela segunda prova cuja ilicitude é discutida se esta estiver divorciada dos meios de conexão com aquela (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 632-633).

Significa, pois, dizer que, aquela segunda prova ilícita poderia ter sido perfeitamente descoberta de outra forma, através de uma fonte totalmente independente daquela ilícita.

Querendo ou não, este princípio suaviza a responsabilidade do Judiciário em não acolher a ilicitude da prova e assim a considerá-la, atropelando mais uma vez uma garantia constitucional expressa em detrimento de valores menores.

Mas a lógica de justiça no Estado de Direito não deve se ater a questões como essas, colocando as garantias constitucionais sempre em segundo plano (como se menos importantes).

A ideia de justiça no plexo do Estado Democrático de Direito se funda também no seu papel de autonomia e objetividade (RAWLS, 2016, p. 634). Todas as interferências racionais que trazem custos à não observância dos direitos fundamentais devem ser afastadas dos órgãos dotados de jurisdição, sob pena da perda dos valores mais caros contemplados no texto constitucional.

Atento a esta realidade, a 2ª Turma do STF quando do julgamento do RHC n. 90.376/RJ de relatoria do Min. Celso de Mello, Dj. 30.04.2007, entendeu pela aplicação da prova ilícita por derivação, apondo exatamente a *teoria dos frutos da árvore envenenada*, cuja ementa segue descrita:

ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (...). A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE

ENVENENADA (*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. – A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “*due processo of law*” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. – A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitam a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. – Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. – Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. – A questão da fonte autônoma de prova (“*an independent source*”) e a sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida – Doutrina – Precedente do Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência comparada (a experiência da Suprema Corte Americana): casos “*Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920); *Segura v. United States* (1984); *Nix v. Williams* (1984); *Murray v. United States* (1988)”, v.g.

Como visto do aresto o reconhecimento da prova ilícita por derivação visa tornar mais intensa a tutela constitucional que preserva os direitos e as prerrogativas assistidas aos acusados. Deriva necessariamente do regime democrático desses direitos e se solidificam a partir da sua declaração judicial.

O julgado problematiza a dificuldade com que a questão é tratada no âmbito dos tribunais, que com timidez ainda destoam do sentido da Constituição para primar por outros valores menos importantes em detrimento aos mais nobres insertos no art. 5º, da Constituição.

Por fim calha fazer menção ao denominado “princípio da serendipidade” (*serendipity*) que se traduz na ideia de encontros ou descobertas afortunadas a que a doutrina clássica costuma chamar de descoberta fortuita ou inevitável que pode ou não estar relacionado com o fato investigado.

Pense na seguinte situação hipotética: Determinado Juiz de Direito titular de uma das Varas Criminais da Comarca de Belo Horizonte-MG autoriza interceptação telefônica em

Inquérito Policial instaurado pela Polícia Civil para investigar e apurar o crime moeda falsa (art. 289, do Código Penal) ocorrido na capital mineira. No decorrer das investigações se descobre que se trata de uma organização criminosa especializada no cometimento do tráfico internacional de drogas. Diante disso o juízo autoriza a prorrogação das interceptações telefônicas por sucessivas vezes, totalizando o número de 09 (nove), cada uma com o prazo de 30 (trinta) dias. Na nona prorrogação uma conversa é interceptada e se logra descobrir, fortuitamente, que a organização criminosa também atuava na prática de tráfico internacional. Diante disso, sabedor que este último crime seria da competência da Justiça Federal (art. 70, da Lei n. 11.343/06), declina de sua competência para aquele Juízo a fim de prosseguir nas investigações e para que o Ministério Público Federal ofereça denúncia.

Pergunta-se: As provas obtidas naquele expediente investigatório poderão vir a ser usadas em eventual processo-crime a ser deflagrado?

Não. Entendemos que neste caso, mesmo diante da descoberta fortuita (serendipidade) do crime de tráfico internacional quando se investigava o crime de moeda falsa, há uma grave violação com relação à regra de competência que macularia desde o princípio as investigações e a persecução penal iniciada.

O art. 1º, da Lei n. 9.296/96 estabelece que as interceptações de comunicações telefônicas se destinam à prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, e que para sua validade dependerá de ordem de juiz que seja competente para julgar a ação principal.

No caso do exemplo dado o Juiz de Direito não detém competência para processar e julgar crimes de moeda falsa, a que compete à Justiça Federal (CRFB, art. 109, inc. IV).

Por essa razão não poderia ter autorizado as interceptações telefônicas que conduziram à descoberta fortuita da prática do tráfico internacional de drogas, levando a caracterizar a nulidade prevista no art. 564, inc. I, do Código de Processo Penal, sendo ela absoluta por violar uma regra de competência material, prevista na Constituição.

Como sucedâneo, não será também possível a utilização das provas quanto à descoberta do tráfico internacional por insurgência da regra do § 1º, do art. 157, do Código de Processo Penal que veda a utilização das provas ilícitas por derivação.

Contudo, é bom abrir um parêntese para fazer um esclarecimento no sentido de que diante dessas informações, após a inutilização dessas provas que se dará por incidente próprio (CPP, art. 157, § 3º), poderá o Juízo Criminal da Justiça Federal (CPP, art. 40) requisitar a instauração de Inquérito Policial junto à Polícia Federal (CPP, art. 5º, inc. II) para que inicie

nova investigação criminal apurando esses fatos, sem se valer, entretanto, de qualquer prova viciada.

Recentemente se posicionou o Superior Tribunal de Justiça quanto à serendipidade no sentido de serem válidas as provas descobertas casualmente por crimes diversos dos investigados quando a descoberta se der por órgão jurisdicional dotado de competência para apurá-los e julgá-los.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. OPERAÇÃO ASAFE. VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA PELA AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS QUE EMBASARAM A DENÚNCIA. DESNECESSIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO NO QUAL HOVE SERENDIPIDADE OU ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. NÃO CONFIGURAÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PRIMEIRA MEDIDA INVESTIGATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADES DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AMBIENTAIS. STJ É A AUTORIDADE COATORA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Não há violação ao princípio da ampla defesa a ausência das decisões que decretaram a quebra de sigilo telefônico em investigação originária, na qual de modo fortuito ou serendipidade se constatou a existência de indícios da prática de crime diverso do que se buscava, servindo os documentos juntados aos autos como mera *notitia criminis*, em razão da total independência e autonomia das investigações por não haver conexão delitiva.

2. O chamado fenômeno da serendipidade ou o encontro fortuito de provas - que se caracteriza pela descoberta de outros crimes ou sujeitos ativos em investigação com fim diverso - não acarreta qualquer nulidade ao inquérito que se sucede no foro competente, desde que remetidos os autos à instância competente tão logo verificados indícios em face da autoridade.

3. Eventuais insurgências em face de decisões proferidas pelo ministro(a) relator(a) de inquéritos que tramitaram perante a Corte Especial do STJ, devem ser submetidas ao crivo do Supremo Tribunal Federal, face sua competência originária conforme art. 102, I, I, CF.

4. Recurso em *Habeas Corpus* parcialmente conhecido e improvido.

(RHC 60.871/MT, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, DJe. 17/10/2016).

O reconhecimento do princípio em contrário senso levaria à sua aplicação inadequada, importando a nulidade dessas provas.

Além disso, para a utilização adequada dessas provas deve haver uma relação de conexão ou continência com o crime anteriormente investigado que autorize sua apuração.

Ainda sobre o exemplo dado resta saber se houve nulidade em razão do prazo de prorrogação das interceptações quando a lei diz em seu art. 5º, que essas serão pelo período de 15 (quinze) dias.

Pensamos que neste ponto não haveria nulidade alguma, pois em casos como tais não há um limite de prorrogação fixado pela lei, levando-nos a crer que fosse em tempo inferior ou superior, tal não repercutiria negativamente em defesa dos investigados como, aliás, foi feito com a nova Lei de Infiltração de Agentes de Polícia na internet para investigar e apurar

crimes contra a dignidade sexual praticados contra criança ou adolescente (Lei n. 13.441 de 09 de maio de 2017), onde o legislador estabeleceu um prazo máximo de 720 (setecentos e vinte) dias para duração da medida.

Assim, é preciso, antes, ater-se às regras constitucionais que cercam o sistema processual para depois se dizer se será possível ou não usar dessas provas para buscar a punição de algum acusado, pois além das regras procedimentais o processo se envolve por um complexo conjunto de normas retiradas da Constituição como uma diretriz gerencial de sua finalidade.

2.6 O postulado da proporcionalidade como teoria aplicada às provas ilícitas

A reavaliação do sistema probatório no Processual Penal brasileiro demanda o cotejo da extensão do estudo da licitude da prova e de seus reverses pelo desrespeito a fórmulas legais e prescrições constitucionais que são vislumbradas vezes por direitos fundamentais, vezes por garantias, mas sempre, sob um mecanismo axiomático extraído do núcleo da Constituição (seus valores fundamentais voltados à pessoa humana).

As formulações constitucionais, por mais simétricas que possam parecer, não são equações matemáticas. Possuem dimensão semântica e dependem de um esforço essencialmente hermenêutico a buscar suas expressões dentro do conceito sistêmico da sociedade, o qual se pauta nos atributos humanísticos que ganharam importância a partir do momento em que o indivíduo passou a enxergar que mesmo a estrita ordem legal poderia dar vazão a barbáries sem precedentes, com consequências percebidas após anos, como é o caso das atrocidades legalizadas da Segunda Guerra por força do regime nazista.

Foi, aliás, sob o pretexto da legalidade e do espírito revolucionário do regime nazista que, no julgamento de 05 de junho de 1.936, o Tribunal de Hamburgo decidiu retirar da tutela dos pais o único filho, apenas porque professavam a doutrina *Testemunhas de Jeová*, e esse entendimento era contrário às convicções políticas ideológicas proclamadas por *Hitler*.

A partir daí, a máquina do horror se impôs a esfolar qualquer que se insurgisse às ceticidades ou credices do *nacional-socialista*.

Atrocidades de todos os patamares passaram a se legitimar sob o pálio de uma interposta legalidade estrita que lhes conferia a Constituição de Weimar no esforço de se enaltecer uma “raça genuinamente pura”, como se o ser humano não tivesse raízes fincadas no seu histórico cultural ou familiar (SOUZA CRUZ, 2004, p. 159).

Opondo-se a este cenário, tudo se convergia na imperatividade da promoção do *livre desenvolvimento*, como corolário da liberdade de escolha, e na *dignidade humana*, fonte ética dos sentidos exegéticos da nova ordem jurídica alemã, pois alçada como ponto normativo máximo, e valor supremo absolutizado no cabedal hierárquico das normas fundamentais [cf., art. 1º, 1 – *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1.949): *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt* (A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o Poder Público)].

Entra em cena o chamado *princípio de unidade*, o qual se traduz na formulação genérica de que não existe um comando expresso que hierarquize em patamares mais ou menos elevados a estrutura das normas constitucionais, mas que, porquanto não haja prevalência expressa dessas normas, a *dignidade humana* ocuparia o ápice de todos os valores a reger os demais que irradiem ao seu entorno. É um metaprincípio.

Abaixo da dignidade, passou-se a se admitir a ideia de possibilidade da relativização dos direitos fundamentais pela *lei da proporcionalidade* (*Verhältnismässigkeit*) quando, diante de uma situação de conflito, em que o choque se verificava entre direitos de mesma envergadura, o juiz era obrigado a dar uma sentença, afastando ou mantendo uma norma de conteúdo fundamental em detrimento de outra, pois, embora aparentemente de mesmo jaez, pela coexistência da *dignidade da pessoa humana*, aquela que se sobressaiu era mais valiosa que a outra que acabou cedendo seu lugar.

O balanceamento se aplicava com vias à promoção da personalidade do indivíduo sub-rogado ao dizer do Estado.

Logo, a preponderância de um princípio sobre outro seria determinada pelas especificidades de cada caso, nada garantindo que o mesmo critério fosse empregado noutras situações a se chegar a uma decisão padronizada (2004, p. 160), o que culminaria na formação de jurisprudência que pusesse fim a toda discussão que se desdobrasse naquelas condições que desencadearam a decisão jurídica já resolvida pela teoria em exame.

Assim, garantia-se que os tribunais não engessassem fórmulas ementarias com base na lei da proporcionalidade.

A proporcionalidade tem, portanto, primazia na pessoa humana, e é através da valorização do indivíduo que se pode estabelecer um critério de racionalidade científica à sua aplicação, dentro da órbita da teoria dos direitos fundamentais que se propõe a explicá-la.

Uma rudimentar noção de proporcionalidade remonta o limiar do século XVIII, e os princípios do *jusnaturalismo* com ideais iluministas.

Em 1.791, numa conferência proferida ao rei da Prússia, Friedrerich Wilhelmm, propõe, estatuidando o Direito de Polícia (*Polizei-Recht*), que o Estado somente esteja autorizado a devassar a liberdade das pessoas, na medida em que fosse necessário se manter a ampla liberdade e a estrita segurança de todos (GUERRA FILHO, 2007, p. 58).

Como visto, a concepção que temos hoje de proporcionalidade provém do direito alemão, e ainda é bem recente.

Foi definida na Corte alemã em 1.993 quando se discutia os limites da liberdade de imprensa, oportunidade em que o autor Robert Alexy desenvolve em sua Teoria dos Direitos Fundamentais a máxima segundo a qual “*quanto maior for o grau de não-satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*” (ALEXY, 2015, p. 167).

Portanto, se um princípio não cumpre seu papel da melhor maneira, e outro se mostra apto a fazê-lo, este último, por melhor se ajustar à situação concreta e enaltecer com maior verniz a dignidade da pessoa humana, deverá se impor ao primeiro.

É, basicamente, essa, a ideia inicial da proporcionalidade.

Para a teoria da prova essa doutrina ganhou também aderência, pois foi justamente através do postulado da proporcionalidade que, por vezes, admite-se a aplicação de provas ilícitas em favor do acusado, indo em confronto, inclusive como visto, com a garantia fundamental que veda expressamente sua utilização, mas em proveito de um bem maior, o valor Justiça – também previsto na Constituição como sendo um objetivo da República (CRFB, art. 3º, inc. I) – pode ser utilizada para beneficiar o réu.

Tragicamente, a história e a evolução da jurisprudência narram eventos onde se admitiu a prova ilícita em desfavor do acusado, como patente violação da Constituição e em anunciada negação à teoria dos direitos fundamentais (STF – HC n. 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dj. 14.12.2001, e HC n. 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dj. 16.05.2003).

Em ambos os casos, contudo, foi utilizado o *princípio do interesse público* e da *verdade real* – combatido incansavelmente no primeiro capítulo – como mote da fundamentação dos dois julgados. Não poderia sê-lo a proporcionalidade, pois se fosse, seria a deturpação mais clara e absurda dessa teoria.

Ainda assim, os julgados são episódios quase esquecidos no histórico dos tribunais, e hoje superados pelo avanço no estudo dos direitos fundamentais que jamais admitiriam situação como tal. Ou, pelo menos, espera-se que assim o seja.

Todavia, o estudo da proporcionalidade é marcado por uma densa névoa cinzenta. Sua própria natureza é bastante obscura nos tribunais e na dogmática.

Tanto isso é verdade que a doutrina local não chegou a um consenso ou algo próximo a descortinar sua verdadeira essência.

Alguns, entendem-na por ser uma *regra* (SILVA, 2010, p. 169), outros um *princípio* (SARLET, 2012, p. 404-405), outros, por um *postulado normativo* (ÁVILA, 2009, p. 68) e, uma última corrente, por ser uma *condição de possibilidade* (NEVES, 2013, p. 109-110).

Esse destoamento conteudístico acerca da proporcionalidade acaba dando azo a uma chuva de posições consistentes a distanciar sua fórmula do seu sentido, e hoje, chega-se aos impropérios de se afirmar que existiriam várias teorias que circundam a proporcionalidade, aplicadas, muitas vezes, no próprio Supremo Tribunal Federal, cujos membros a definem de acordo com suas convicções argumentativas. Evidentemente, aquelas que mais os interessam a resolver um problema de modo pré-intencional, lançando mão até mesmo da dignidade humana em proveito de outras garantias, apenas porque constitucionalmente previstas no texto de um ordenamento jurídico – como se as coisas fossem tão simples assim, abandonando as verdadeiras ascendências desta teoria.

É puramente impossível falar do estudo da prova no Processo Penal, sem, no entanto, admiti-la em situações nas quais sua ilicitude é patente, mas, ao mesmo tempo, inescusável à defesa do réu.

Situações em que, se não se utilizar da prova ilícita, a condenação do acusado é mais que certa, ferindo um dos fundamentos da República, que é a dignidade humana.

Recorde-se do exemplo dado no tópico anterior, onde o acusado se vale da invasão do domicílio alheio para buscar imagens do circuito de segurança interno a comprovar que jamais esteve no local do crime pelas condições dadas na acusação.

Pode-se até dizer que a problemática se resolveria pelo princípio do *favor innocentiae*, *favor libertatis* ou *favor rei* (expressões sinônimas a designar o sistema processual penal garantista).

A bem da realidade, esses problemas não se resolvem apenas por estes princípios. É pela teoria da proporcionalidade que a questão se assenta adequadamente.

Uma última indagação vem à tona no contexto do mesmo exemplo que foi trabalhado no tópico anterior. E se a prova ilícita utilizada para beneficiar um réu em um determinado processo acabe ensejando a descoberta do verdadeiro responsável pelo crime o qual estava sendo injustamente acusado? Poderá ser utilizada contra esse novo suspeito em outro processo judicial?

Evidentemente que não. O sistema processual penal e os rigores constitucionais não admitiriam que a prova ilícita pudesse prejudicar alguém, mesmo que em contrassenso aos valores da descoberta do real.

Veja-se que as garantias constitucionais admitem até sua relativização pela teoria dos direitos fundamentais, mas nunca para prejudicar a pessoa, a relativização das garantias constitucionais será sempre *pro homine*.

Atente-se, contudo, que a proporcionalidade, em si, não é apenas a ponderação, o mero balanceamento ou sopesamento de valores constitucionais. Não.

Pelo menos na teoria alemã de Robert Alexy, a análise da proporcionalidade se coaduna num trivial elementar (*necessidade + adequação + proporcionalidade em sentido estrito*), que forma o agente de fundamentação hábil a justificá-la, e buscar dar a ela seu perfeito enquadramento.

Cada um desses pressupostos ou subprincípios têm um sentido próprio.

A *necessidade* implica na opção pela medida menos gravosa ao indivíduo quando da escolha de um princípio por outro.

A *adequação* exige uma idoneidade ou correção do meio utilizado para o fim desejado.

Por último, a *proporcionalidade em sentido estrito*, revelaria a relação de custo/benefício da norma constitucional examinada. Aqui, como verdadeira ponderação de valores.

Daniel Sarmiento vislumbra o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito como um sopesamento necessário a dirimir o choque ou o simples conflito desses direitos fundamentais (SARMENTO, Daniel, 2002, p. 89).

Aproxima-se à ideia das normas constitucionais que são inconstitucionais em episódios isolados.

Na verdade, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que são restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas se ocorrer o contrário, patente será sua inconstitucionalidade (SARMENTO, Daniel, 2002, p. 89).

Se se está diante, afinal, de um choque de direitos fundamentais – prestes a romper com os valores incutidos na sociedade pela Constituição – é bom que seja logo remediado, porque este abalo, por menor que possa parecer, pode deixar trincas, rachaduras e frestas a

mostrar visível, a fragilidade da Lei Maior afastando de vez sua rigidez como ora a Constituição é classificada.

Isto, evidentemente, não seria um bom sinal, porque a rigidez da Constituição demonstra a solidez das estruturas e organismos de uma nação que se diga fincada num ordenamento jurídico que realmente ordene algo.

Não bastasse, há visível problema que a teoria dos direitos fundamentais ainda não conseguiu resolver, principalmente levando em conta que no Brasil prevalece uma cultura positivista, à qual exige como condição de validade a certos preceitos que eles estejam expressamente previstos em lei.

Não há previsão legal da regra ou, como entenderem, do princípio da proporcionalidade, por assim dizer.

O único dispositivo de ordem constitucional que fala sobre ela, mas no seu sentido de razoabilidade (o qual não deve ser confundido aqui) é o inc. LXXVIII, do art. 5º, ao proclamar a garantia de duração razoável do processo.

O Código de Processo Penal avançou um pouco além com a reforma promovida pela lei n. 12.403/11, que em seu art. 282, trouxera nos seus dois incisos a ideia de *necessidade e adequação*, sem, no entanto, regulamentar o terceiro subprincípio da proporcionalidade, qual seja, a *proporcionalidade em sentido estrito*.

Talvez o sugestivo de se regulamentar a proporcionalidade no plano das normas constitucionais seria uma saída, principalmente para a teoria da decisão jurídica e dos direitos fundamentais que se veem em constante embate com decisões que relutam em aplicá-la na sua fórmula mais superficial, sem adentrar na sua análise tridimensional e esgotar todos os seus pressupostos, limitando, de certo modo, o subjetivismo adjacente nessas decisões.

Crê-se que a proposta crie um feixe condizente com os problemas evidenciados no estudo dessa teoria, abarcando todos seus requisitos, de sorte a reduzir as chancelas do solipsismo ainda arraigado nas decisões proferidas Brasil afora e auxiliar nas questões mais difíceis sobre a utilização da prova ilícita em favor do acusado pela famigerada lei da proporcionalidade.

3. SOBRE A LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: VISÃO GERAL E MÉTODOS DE OBTENÇÃO DA PROVA NA CONJUNTURA DO PROCESSO PENAL MODERNO

3.1 O crime organizado em seu contexto histórico e evolução das ferramentas legais

É difícil se chegar num marco histórico que principia o surgimento do crime organizado a impulsionar a máquina estatal fazendo com que teça legislações eficazes a combater essas modalidades delituosas.

Sem base a titubeios, é possível afirmar por outro lado que o fenômeno da globalização muito contribuiu para o desenvolvimento da indústria do crime, sobretudo ante a constante modernização dos meios de comunicação, equipamentos tecnológicos, mobilidade de informação e a facilidade da conexão e transporte de dados ligando longínquos continentes a apenas um clique de distância.

O avanço do crime potencialmente organizado foi denominado pelos italianos de *fenômeno de globalização inversa*, que designou a influência deste processo acelerado de comunicação ao incremento da máquina criminosa (MUSCI, 2011, p. 06).

Em julho de 2010 a Organização das Nações Unidas lançou um relatório cujo tema foi “*A globalização do crime: uma avaliação sobre a ameaça do crime organizado transnacional*”, no qual se conclui que o crime organizado representa hoje uma das principais forças não institucionalizada (relatório UNODC de julho de 2010).

Atualmente, mais que a formação de carteis, os influxos do tráfico transnacional de armas, drogas, munições, o contrabando e descaminho de materiais fruto da pirataria e o tráfico de pessoas para fins de trabalho forçado ou de exploração sexual são os alvos prediletos dessas organizações.

Para isso, no entanto, os mecanismos e as ferramentas legais deveriam acompanhar esta evolução sem se perder de mente os diplomas internacionais e regionais sobre Direitos Humanos.

Mas o problema ainda está num ramo criminoso diferenciado que as barreiras da legislação penal ainda não se mostrou suficientemente eficazmente a contê-lo. Os chamados *cybercrimes*.

Os *cybercrimes* são golpes e fraudes praticados pela internet, lançados rede afora sem uma vítima individualizada, através de aplicativos com finalidade espia que, num universo de mais de 96,4 milhões de usuários da internet apenas no Brasil, devassa

imperceptivelmente o patrimônio particular, mas cuja somatória global acaba sendo algo extremamente lucrativo aos criminosos que hoje dominam este ramo. Isso sem se falar da pornografia infantil em sites especializados que vendem a imagem de crianças e adolescentes, vítimas deste sistema criminoso repugnante.

Tudo isso está ligado a um problema ainda maior, também provocado pelo crime organizado. O subdesenvolvimento dos países que são atingidos diretamente pelas redes ativas das mega organizações criminosas, limitando as finanças do país em razão dos altos gastos com segurança pública.

Não se pode esquecer ainda que nos países dominados pelos *cybercrimes* há um desinteresse por parte de investidores estrangeiros que acabam não fazendo a opção pelo país por temer colocar em risco seus negócios.

Se o desenvolvimento é um processo de construção de uma sociedade trabalhadora, as ações criminosas funcionam como uma espécie de “antidesenvolvimento”, destruindo as relações sobre as quais a sociedade é baseada. O crime interfere diretamente na economia do País, provocando estagnação econômica, e com ela, o subdesenvolvimento. Criminalidade e economia enfraquecida são dois fatores de maior causa de insatisfação da população, porque são as causas principais do subdesenvolvimento (MENDRONI, 2016, p. 505).

Dentro da concepção de que o avanço da globalização é capaz de melhorar a qualidade de vida, ela traz consigo, também, a pecha de ascensão do crime organizado, cujos integrantes enxergam nas zonas de livre comércio e circulação, mais uma possibilidade de alçar voos mais densos e cada vez mais atrativos, seja do ponto de vista financeiro, seja do ponto de vista da impunidade de seus agentes.

Não há como negar, porém, que a globalização econômica, a criação de zonas de livre comércio e livre circulação de bens e pessoas, com a supressão ou diminuição de controles fronteiriços e alfandegários, o liberalismo econômico e a consequente desregulamentação de vários mercados, a queda da cortina de ferro, o avanço tecnológico e a queda nos custos das telecomunicações e transportes, a popularização da informática e da internet, as redes bancárias mundiais e as diferenças de bem-estar entre países ricos e pobres criaram uma nova realidade para a sociedade e, como parte dela, para as práticas delituosas organizadas transnacionais, que encontravam nessa nova realidade o caldo ideal para sua expansão (BALTAZAR JR., 2010, p. 83).

A preocupação no plano internacional de propiciar ferramentas condizentes a combater a macrocriminalidade teve como origem a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York em 15 de novembro de 2000, que acabou sendo subscrita pelo Brasil, com entrada em vigor aos 29 de setembro de 2003,

integrando efetivamente o ordenamento jurídico pátrio desde 12 de março de 2004, quando da edição do Decreto n. 5.015/04.

Importante documento internacional, no plano global de combate à corrupção, é, sem dúvida, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2005, posteriormente incorporada ao plano doméstico através do Decreto n. 5.687/06, aos 31 de janeiro de 2006.

Ambas as Convenções apresentadas assinalaram que os Estados-membros deveriam passar a buscar mecanismos espontâneos de enfrentamento às organizações criminosas de acordo com as particularidades regionais e metodologia repressiva local, a fim de identificar seus componentes, sequestrar os bens originários dessas estruturas e coibir cautelarmente os crimes ainda não praticados pelas organizações, evitando que outras vítimas sejam alvos de sua atuação perniciososa.

Por fim, aos 02 de agosto de 2013, foi publicada a Lei n. 12.850/13 que definiu organização criminosa e dispôs, expressamente, sobre a investigação criminal nesses casos específicos, os meios particulares de obtenção da prova, as infrações penais correlatas, e as disposições de ordem processual para os feitos que envolvessem efetivamente crimes praticados por organizações criminosas, revogando expressamente a obsoleta Lei n. 9.034/95 que disciplinava a matéria, mas que deixava uma série de questões que a legislação não era capaz de lidar e, tampouco, resolvê-las.

As megainvestigações que assolam os noticiários diuturnamente, com dezenas de investigados presos, foi sem dúvida fonte direta de inspiração para que o legislador editasse a Lei n. 12.850/13, no que a doutrina especializada chamou de “*Sistema Emergencial do Processo Penal*” (CHOUKR, 2009, p. 209-210).

É neste quadro de crescente avanço da criminalidade organizada que o Brasil acabou se aderindo à tendência internacional de experiências outrora bem-sucedidas, como ocorreu, aliás, em países como Alemanha, Itália, Estados Unidos e Espanha, primando sempre pela célere resposta no enfrentamento dessa modalidade tão avançada e destrutiva à segurança coletiva.

A perspectiva que se tem em dias atuais, principalmente depois dos escândalos de corrupção envolvendo políticos do “mais grosso calibre” – que coercitivamente foram arrancados de seus postos pela máquina judiciária– é que a sociedade civil organizada se alerte e passe a cobrar do Judiciário e dos demais poderes e órgãos como é o caso do Ministério Público e da imprensa que, inegavelmente, exercem indelével papel diante desses casos, a fim de que se agilizar e efetivar cada vez mais o papel da justiça penal, buscando

reprimir, incessantemente, a atuação desses grupos que viam, no arripio ou obscurantismo da ausência de lei seu verdadeiro porto-seguro a margear a impunidade de seus integrantes e colaboradores indiretos.

3.2 A Lei 12.850/13 como marco impactante no combate à criminalidade organizada no Brasil: visão geral

Até a edição da Lei n. 12.850/13 havia uma indefinição conceitual do que realmente vinha a ser “organização criminosa”.

Os conceitos que se tinham eram de *grupo criminoso organizado*, *grupo estruturado* e outros que, eventualmente, interessavam para a caracterização dos produtos ou proveitos dessa atividade delituosa como, por exemplo, o conceito de *infração grave*, de *grupo estruturado*, de *produto do crime*, o próprio conceito de *confisco*, *entrega vigiada* etc., todos definidos pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, o citado Decreto n. 5.015/04.

Por mais bem desenhados que fossem essas designações conceituais, persistiam dúvidas sobre elas e nas suas hipóteses de enquadramento diante dos problemas criminais práticos. Sem falar que a ausência de lei penal em sentido estrito a se definir o delito de organização criminosa, impossibilitando a aplicação de sanção penal para essa prática antijurídica ameaçadora à paz e segurança nacionais.

A Lei n. 12.850/13 foi expressa em tipificar e conceituar o que vem a ser uma “organização criminosa”, prevendo, além dos requisitos gerais, que antes não eram tão claros, uma pena para essa prática delitativa a variar de 03 (três) a 08 (oito) anos de reclusão, sem prejuízo da aplicação de outras sanções provenientes das demais infrações cometidas pelas organizações criminosas – lembrando que a conceituação e distinção de organização criminosa para o delito de *associação criminosa* será tratada no tópico seguinte com a acuidade devida.

Criou-se, ainda, a possibilidade subsidiária da Lei de Organizações Criminosas alcançar infrações penais proscritas em Convenções ou Tratados Internacionais, quando iniciada a execução no Brasil ou no exterior, o resultado ou o pretendido resultado venha a se dar aqui ou lá (relação de internacionalidade), de sorte a reduzir a margem de impunidade para esses criminosos. Recorde-se que nessas hipóteses haverá competência material da Justiça Federal para o julgamento (CRFB, art. 109, inc. V).

Sem contar na possibilidade de se aplicar os mecanismos de contenção da Lei de Organizações Criminosas aos grupos terroristas, compreendidos como os que se voltam à prática de atos de terrorismo motivados por razões xenofóbicas, discriminatórias e preconceituosas à raça, à cor, ou à religião, com finalidade de provocar o terror e expor a perigo, pessoas, patrimônio, incolumidade pública e paz coletiva.

Todos esses conceitos foram definidos no art. 2º, da Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016, designada *Lei Antiterrorismo*, que assim os previu, *verbis*:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

(...)

IV sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

Por força de disposição expressa esses crimes serão investigados no âmbito da Polícia Federal e julgados também pela Justiça Federal, numa combinação entre o art. 109, inc. IV, da Constituição da República e art. 11, da Lei n. 13.260/16.

Em síntese, os crimes de terrorismo hoje são causa de grande preocupação em países desenvolvidos, potências mundiais ou em países de terceiro mundo ao espalhar o medo na população e disseminar o ódio entre seus integrantes que na maior parte das vezes compõem-se de jovens com veias e convicções ortodoxo- fundamentalistas.

Narra a história que o termo *terrorisme*, em francês, é derivado do latim *terroris*, podendo ser definido como “atos de violência praticados para gerar medo generalizado na população”; foi referido pela primeira vez no século XVIII, nos anos de 1793/1794, em alusão aos jacobinos que utilizavam aquilo que se denominava uma “Doutrina do Terror” ou “Reino do Terror” para comandar o país durante a Revolução Francesa, liderada por Maximilien Robespierre, mandando inúmeras pessoas para a morte na guilhotina.

Organizações criminosas da espécie “Terroristas”, também buscam, a exemplo das demais, o eixo “dinheiro-poder”. Entretanto, escorados em princípios fundamentalistas, grupos terroristas necessitam do dinheiro para a aquisição de

material bélico e do poder para persuadir potenciais novos integrantes, a maioria jovens para integrar e seguir os seus preceitos, quase sempre com conotação e finalidades religiosas extremistas (MENDRONI, 2016, p. 83).

Para todas essas hipóteses, incluindo como visto o terrorismo no rol de alcance da Lei de Organizações Criminosas, o legislador fez questão de avocar meios específicos para obtenção da prova, sendo eles a *colaboração premiada*, a *captação ambiental*, a *ação controlada*, o *acesso a registros de informações e dados*, as *interceptações de dados telefônicos e telemáticos* – que já eram previstas e é atualmente regulada no âmbito da Lei n. 9.296/96 –, o *afastamento do sigilo financeiro, bancário e fiscal* – também disciplinado na Lei Complementar n. 105/01, a *infiltração de agentes*, e, por último, a *cooperação institucional*, como importante mecanismo de troca de dados entre demais Estados e organismos estrangeiros a se fechar o cerco para a rota e aos tentáculos do crime transnacional.

Todas essas ferramentas foram previstas no art. 3º, da Lei de Organizações Criminosas e são disciplinadas nos seus demais artigos subsequentes.

Pelo que se vê, portanto, quando se está diante de uma organização criminosa, seja ela simples ou com finalidades terroristas, as técnicas para seu enfrentamento devem ser muito mais arrojadas, com emprego de recursos sofisticados ao que os já comumente utilizados nas investigações ordinárias onde na maioria das vezes os membros sequer possuem algum conhecimento específico sobre o alvo de sua atuação delituosa.

Diferentemente, nas organizações criminosas, mesmo que informalmente, há clara divisão de tarefas dentro de cada uma dessas estruturas, a se buscar margens mais amplas ao êxito da empreita delituosa.

Os membros dessas organizações primam pelas chancelas da impunidade, a fim de que, tão logo, voltem a fazer novas vítimas, aumentando a rentabilidade da empresa do crime.

Outros pontos abarcados pela Lei das Organizações Criminosas, como o controle que o magistrado exerce sobre o termo de colaboração (LOC, art. 4º, §§ 6º e 7º), a possibilidade de afastamento do direito do silêncio do colaborador (LOC, art. 4º, § 14), a indispensabilidade de defensor ao pretense colaborador na assinatura das condições do termo de colaboração premiada (LOC, art. 4º, § 15) e a exigibilidade de utilização pelo juiz na sentença de outros meios de prova a se confirmar a higidez da declaração prestada na colaboração (LOC, art. 4º, § 16), são assuntos que virão à discussão quando do tópico 3.4 e subtópicos 3.4.1, 3.4.2, 3.4.3, 3.4.4 e 3.4.5, onde se buscará tecer uma abordagem mais complexa e detalhada sobre cada uma desses mecanismos, hoje importantíssimos ao Processo Penal da Modernidade.

3.3 A terminologia organização criminosa, definição e diferenciação do crime de associação criminosa

Como foi visto, já se tem claro por pressupostos descritivos o conceito de organização criminosa.

Por lei, são exigidos alguns poucos requisitos para que se tenha configurado este crime em espécie.

A Lei n. 12.850/13 fala na associação de no mínimo 04 (quatro) pessoas, estruturalmente ordenada, com divisão de tarefas (mesmo que informalmente) com finalidade de obtenção de vantagem de qualquer natureza, através do esforço mútuo para a prática de infrações penais que tenham pena máxima superior a 04 (quatro) anos ou que, ainda não se exigindo o quantum de pena em abstrato da infração praticada, que a infração tenha a essência a relação de transnacionalidade ou de internacionalidade.

Vejamos o texto legal contendo a definição no novo tipo penal:

Art. 1º (...)

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) 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 infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Note-se ser quase imperceptível enxergar diferença ontológica entre os conceitos de *organização* para *associação*.

Na associação diz-se, pois, haver uma solidariedade entre os integrantes, ao passo que na organização há, pois, uma estrutura bem ordenada, composta de articulações e relações objetivas com intensas regras de subordinação hierárquica do poderio do líder (MENDRONI, 2016, p. 10). É a partir daí que se volta a cogitar na possibilidade de aplicação da *teoria do domínio do fato* como uma alternativa jurídica ao Direito Penal preocupado com a impunidade – sobre o tema foi dedicado um tópico exclusivo neste Capítulo a tratar do assunto.

Essas definições, contudo, não trazem na prática o agente distintivo entre a *associação criminosa* para a *organização criminosa*, daí porque é preciso buscar suas diferenças a partir da comparação do texto da lei.

O crime de *associação criminosa*, remodelado a partir do conceito do crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288), exige a simples associação entre 03 (três) ou mais pessoas

para o fim exclusivo da prática de crimes, com possibilidade de causa de aumento de pena se houver utilização de armas ou então a participação de criança ou adolescente.

Na figura da associação criminosa não se fala em “divisão de tarefas”, “subordinação” ou exigência de infração penal com “pena superior a 04 (quatro) anos” ou que tenham ainda a natureza transnacional como relação de internacionalidade.

É, portanto, uma figura muito mais rudimentar e muito menos letal se comparada às organizações criminosas que têm estruturas bem definidas e mais bem aparelhadas.

Com o objetivo de aclarar os conceitos no plano prático, Marcelo Batlouni Mendroni cita o exemplo segundo o qual três ou mais pessoas, ajustam-se para assaltar bancos, acertando dia, horário e local, decidindo funções de vigilância e execução entre cada um dos componentes, seguindo para a prática delitiva.

Praticam o assalto na agência mirada e prosseguem em outros assaltos seguindo o mesmo *modus operandi* daí em diante.

Com esses dados fornecidos, está-se diante de uma *associação criminosa* voltada à prática de roubos a bancos.

Se, contudo, há um planejamento estratégico, mediante divisão de tarefas que são ordenadas por um líder (subordinação hierárquica), onde os componentes, que somam quatro ou mais pessoas, estudam as rotinas das potenciais vítimas, o sistema de vigilância da agência, contando por vezes com a participação de pessoas, sejam elas prestadoras de serviço ou não, mas infiltradas na agência bancária com o fim de neutralizar a segurança da mirada instituição financeira vítima, certamente, estar-se-á diante de uma genuína *organização criminosa* voltada à prática de roubos a instituições financeiras bancárias (2016, p. 10).

Muitas vezes essas organizações criminosas misturam suas atividades ilícitas com outras lícitas paralelamente desenvolvidas, buscando a lavagem do capital auferido, como uma espécie de *ciclo criminal-legal*, dando ensejo aos crimes de ocultação/dissimulação de capitais de origem ilícita (*lavagem de dinheiro*), cujas modalidades estão abarcadas na Lei n. 9.613/98, à qual foi recentemente alterada pela Lei n. 12.683/12 que acabou ampliando as hipóteses de lavagem de dinheiro, estendendo-a a qualquer modalidade de infração penal, a contemplar crimes e contravenções penais, tendo por objetivo principal contemplar a contravenção penal conhecida por “*jogo do bicho*” (art. 58, do Decreto n. 3.688/41), e com previsão de causa de aumento de pena se o crime for praticado por organização criminosa (§ 4º) e trazendo no seu plano espécie a parte de colaboração premiada (§ 5º). É, pois, o dispositivo:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado);

VI - (revogado);

VII - (revogado);

VIII - (revogado).

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Daí porque hoje se dizer que as organizações criminosas comportam-se como se verdadeiras empresas que movimentam o mercado econômico, mas que por ter no seu pano de fundo uma promiscuidade própria do crime organizado faz inúmeras vítimas, destruindo unidades familiares, espalhando o perigo em detrimento da ordem e paz, difundindo a desgraça e a insegurança na sociedade a qual se vê acuada pela sua atuação cada vez mais obscena a burlar os cercos da segurança pública e causar o mal generalizado.

Isso sem se considerar ainda quando as mesmas organizações se infiltram no sistema político, financiando veladamente candidatos que se predispõem a auxiliá-las, votando projetos ou os executando a fim de favorecer-las e estruturá-las cada vez mais, seja na órbita do Executivo ou Legislativo Municipal, Estadual ou Federal, corrompendo inclusive membros do Judiciário e do Ministério Público, que também não são imunes de suas garras perniciosas.

Por último se conclui, porém, que o caminhar da legislação tem procurado andar em simetria ao avanço do crime organizado, fechando trincheiras e impondo dificuldades à impunidade dessas estruturas cada vez mais acuada pelo esforço mútuo dos poderes constituídos, preocupados com o futuro da Nação brasileira tanto assolada pela criminalidade sem punição ou resposta.

3.4 Métodos de obtenção da prova regulados pela lei de organizações criminosas

Será dedicado nos demais subtópicos a abordagem dos métodos de coleta de prova que foram disciplinados pela Lei das Organizações Criminosas, com exceção apenas dos já previstos em outras legislações, como a lei que cuida de regradar o afastamento do sigilo telefônico e telemático (Lei n. 9.296/96), e a que trata do afastamento do sigilo financeiro, bancário e fiscal (Lei Complementar n. 105/01), embora com relação a esta última tenha o STF decidido recentemente importante questão relacionada a não violação à cláusula constitucional do sigilo pessoal quando a Receita Federal solicitar informações pessoais de contribuintes a instituição bancária sem prévia ordem judicial (ADIs n. 2.386, 2.397 e 2.859 e RE n. 601.314).

Afora aos meios específicos de coleta da prova, ficou expresso na Lei das Organizações Criminosas previsões quanto ao acesso a registros, a dados cadastrais e outros documentos de informações, que não será objeto de um tópico específico como será com relação à *colaboração premiada*, à *captação ambiental*, à *ação controlada*, à *infiltração de agentes* e à *cooperação institucional*.

Sobre esses temas não tratados é bom apenas reprimir que as concessionárias e empresas de telefonia deverão, de agora em diante, manter à disposição das autoridades policiais, do Ministério Público e das autoridades judiciais, bancos de dados permanentes contendo informações sobre ligações efetuadas pelos terminais dos investigados pelo prazo de até 05 (cinco) anos.

O mesmo deverá se dar com relação às empresas de transporte (rodoviário, ferroviário, aéreo etc.) que passarão a arquivar informações sobre seus usuários contendo as dados sobre viagens e passageiros, data, horário e destino, às quais poderão ser solicitadas a qualquer tempo dentro do limite dos cinco anos. É o que agora se prescreve nos arts. 15, 16 e 17, da Lei n. 12.850/13.

Superada essas noções iniciais sobre a abrangência de cada tópico, passa-se, agora, a analisá-los, um a um.

3.4.1 Colaboração ou delação premiada(?): definição, abrangência e alcance

A primeira perquisição que se coloca a avaliar é acerca da terminologia adequada para se designar o método de coleta de prova chamado de colaboração premiada, no qual um

dos integrantes da estrutura criminosa presta auxílio em favor da Justiça, seja na investigação ou na própria instrução processual a fim de derrocar a atuação da estrutura criminosa por meio de informações privilegiadas sem as quais não seria provável alcançar o resultado almejado no dismantelo da organização.

Veicula-se imprensa afora a denominação “*delação premiada*”. Seria, pois, inadequada tendo em vista que a lei utiliza da expressão “*colaboração premiada*”?

Não que a denominação “*delação premiada*” seria incorreta para designar o auxílio prestado na investigação ou mesmo no processo-crime em si.

O substantivo feminino *delação* tem como significado a ação de delatar, de denunciar um crime ou revelá-lo.

A terminologia incute, assim, uma ideia tanto quanto pejorativa com relação à colaboração prestada pelo agente que se propõe a auxiliar, mediante a revelação de informações importantes, o aparato repressivo do Estado.

Soa, deste modo, a expressão como se algo imoral, o que mesmo pela melhor das intenções, o Direito não haveria de permitir.

Por essa exata razão a terminologia mais apropriada foi a que o legislador optou, ou seja, de designar essa ferramenta probatória de “*colaboração premiada*”.

Vale ressaltar que a colaboração premiada, embora ganhe maior destaque e alcance com a Lei das Organizações Criminosas, não é instituto inédito no Brasil voltado ao sistema processual penal.

Outras legislações extravagantes também a previam, podendo se apontar dentre elas: (i) a Lei n. 7.492/86 (art. 25, § 2º); (ii) a Lei n. 8.072/90 (art. 8º, parágrafo único); (iii) a Lei n. 8.137/90 (art. 16, parágrafo único); (iv) a Lei n. 9.034/95 (art. 6º) *revogada pela Lei n. 12.850/13*; (v) a Lei n. 9.269/96, que alterou a redação do art. 159, § 4º, do Código Penal; (vi) a Lei n. 9.613/98 (art. 1º, § 5º); (vii) a Lei n. 9.807/99 (arts. 13 e 14); (viii) a Lei n. 11.343/06 (art. 41); e, por último, (ix) a Lei n. 12.683/12, que alterou a Lei n. 9.613/98.

Provavelmente a inspiração do legislador brasileiro para se modelar o instituto na Lei das Organizações Criminosas partiu da bem-sucedida “*empreitada contra o crime organizado na Itália*” (DINO, 2015, p. 442), que utilizou largamente do instituto da “*colaboração premiada*” e resultou em centenas de condenações, incluindo membros da alta cúpula das conhecidas máfias *Cosa Nostra*, *Ndrangheta (La Santa)*, *Camorra* e *Sacra Corona Unita*.

Sem sombra de dúvidas, as megainvestigações que assolam os noticiários diuturnamente, com dezenas de investigados/acusados presos foram fonte direta de inspiração

para que o legislador editasse, portanto, uma ordenamento mais claro e incisivo no combate ao crime organizado no Brasil, no que a doutrina denominou de “*sistema emergencial do Processo Penal*” (CHOUKR, 2009, p. 209-210).

Mas, afinal, no que a colaboração premiada consiste?

Qual sua natureza jurídica e os pormenores que a lei exige para que este relevante meio de prova não extrapole os limites da legalidade, esbarrando-se na garantia constitucional que veda a utilização de provas ilícitas?

É o que veremos a partir do vislumbre do teor do dispositivo específico da Lei das Organizações Criminosas.

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

A análise do texto de lei permite-nos concluir que a colaboração premiada tem natureza de benefício legal destinado ao agente colaborador, *dês que* o aparato da justiça criminal alcance qualquer dos resultados arrolados naqueles incisos, culminando com a concessão do perdão judicial [causa extintiva da punibilidade (CP, art. 107, inc. IX)], até uma redução de pena ou mesmo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (detalhe: ainda que, para essa última hipótese, haja operado o trânsito em julgado da condenação).

Qual seria então a natureza da colaboração premiada?

A colaboração premiada pode ser compreendida como um acordo de vontades, mas que ao mesmo tempo se revela como um *meio-acordo*, sobretudo por depender de decisão de um juiz que, embora não entremeie essa negociação, quando a homologa decide pela aplicação de um benefício por outro, o qual será dosado como prêmio ao colaborador.

É, sem dúvida, uma forma de “barganha” que realiza a justiça com o suspeito ou acusado da prática de um crime, ou seja, agentes públicos ficam, por lei, autorizados a realizar “acordos” com criminosos.

Alguns sustentam, por isso mesmo, que se reveste de prática antiética. Não concordamos com esse raciocínio, porque se busca exatamente a aplicação de um

instrumento previsto em lei – trazido, portanto, ao mundo jurídico, que tem a finalidade de tornar mais eficiente a aplicação da justiça, exatamente nos casos considerados mais graves, que abalam de forma mais agressiva a ordem pública (...) Permite-se o afrouxamento de uma punição pela facilitação da ação da justiça em face do objetivo de coibir a continuidade ou majoração da prática criminosa de maior vulto e/ou intensidade (MENDRONI, 2016, p. 152).

Nessa linha de pensamento, a colaboração premiada permite que se breque a atuação da organização criminosa, facilitando sobremodo a linear performance da Justiça quando se deparar com a atuação de organizações criminosas.

José Paulo Baltazar Júnior assevera que a colaboração premiada pode ser vista como modalidade de conformidade no Processo Penal à tendência de *justiça negociada*, sobretudo quando o acordo envolver trocas mútuas entre o Estado e o criminoso (BALTAZAR JÚNIOR, 2012, p. 650).

Antes da Lei n. 12.850/13 a jurisprudência oscilava sobre sua natureza jurídica que variava em considerá-la causa de redução de pena ou o perdão judicial.

PROCESSO PENAL – CORREIÇÃO PARCIAL – DELAÇÃO PREMIADA – LIMITES LEGAIS – EXTRAPOLAÇÕES ADMITIDAS EM FAVOR DO CIDADÃO – CONTROLE – PROCEDIMENTO. Não seguiu a legislação brasileira modelos do direito comparado de delação premiada como negociação do direito de ação, tendo todos os normativos nacionais tratado a colaboração como favor de pena, como minorante ou excludente da punibilidade (perdão judicial), na lavagem de capitais ainda admitindo o regramento do regime inicial e a substituição da pena privativa de liberdade. No limite legal é simplesmente reconhecida a incidência e dosado o favor correspondente quando da sentença criminal, sem necessidade de prévia intervenção ministerial. A prática tem ampliado os limites legais da delação premiada, seja pela incorporação de modelos do direito comparado, seja pela eficácia investigatória ou segurança ao delator, com a formalização de acordos desde o início das investigações criminais, então homologado pelo juiz. Embora criação extralegal, é ela mantida pela inexistência de interesse recursal dos envolvidos – ressalvada hipótese de direito indisponível -, não sendo moral e faltando legitimidade a terceiros em discutir favores concedidos ao delator. Acorda-se a provocação e a manutenção da ação penal, por negociação de seu titular e juízo homologatório de mera legalidade pelo magistrado, na omissão ministerial cabendo o reexame na forma do art. 28 CPP. Acordam-se favores processuais (suspensão do processo, liberdade provisória, dispensa de fiança, obrigações de depor ou de realizar determinadas provas pessoais...), penais (redução ou limitação de penas, estipulação de regimes prisionais mais benéficos, ampliação e criação de modalidades alternativas de respostas criminais, exclusão de perdimento...), fora dos limites dos fatos (para revelação de outros crimes da quadrilha...), ou mesmo extrapenais (reparando danos do crime, dando imediato atendimento às vítimas...), com plena intervenção do juiz na fixação ou alteração das condições, sujeitas a reexame pelo Tribunal. Formalizado previamente o acordo, com a intervenção do agente ministerial e do delator, com seu advogado, é ele autuado em procedimento separado, com sigilo parcial ou total (em fase inicial investigatória onde sua revelação possa prejudicar diligências em andamento), e final reunião à ação penal no limite que envolva os fatos perseguidos. Provido parcialmente o recurso para oportunizar ao magistrado nova análise do acordo ofertado, de sua viabilidade e condições, sujeitas as divergências a reexame do juízo de conveniência pelo Tribunal, pois matérias estranhas à titularidade ministerial do direito de ação penal. (TRF-4, 7ª Turma, unânime, CP 2009.04.00.035046-4/PR, Rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro, Requerido: Juiz Federal Substituto de Francisco Beltrão, j. 03/09/2009).

Hoje parece que a colaboração pode assumir tanto a forma de um ou de outro benefício (extinção da punibilidade, causa de redução de pena e causa de substituição de pena) a depender do seu resultado que ela traga ao processo.

Algumas questões pontuais vêm, portanto, à tona.

A primeira delas é que a opção por um benefício ou outro ao colaborador, encontra-se unicamente nas mãos do magistrado, que avaliará as condições do caso de acordo com a natureza, as circunstâncias, a gravidade, a repercussão social do fato criminoso e, principalmente, o grau de eficácia nos resultados alcançados com a participação do agente colaborador.

Trata-se sem dúvida um poder discricionário do juiz, haja vista que a lei não traça requisitos objetivos a pesar a decisão judicial.

Essa subjetividade do juiz, embora pareça se mostrar adequada, porque em certos casos o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia ao colaborador como forma de aplicação do perdão judicial, cai naquele grande problema tão discutido pela teoria da decisão jurídica que é a abertura ao solipsismo no sistema de justiça brasileira.

Por mais que se discorde desta afirmação, infelizmente o legislador optou por não resolver a questão com critérios mais claros, e o fez atribuindo todo este encargo à pessoa do juiz.

Outro problema reside na retratação da proposta de colaboração, quando esta já tiver sido prestada nos autos (art. 4º, § 10, da LOC).

Não obstante a lei venha dizer que as partes poderão se retratar da proposta, caso em que essas provas incriminatórias, em tese não poderão ser utilizadas, volta-se novamente àquele problema discutido no tópico 2.3 desta pesquisa, onde o juiz acaba tendo contato com a declaração de certeza sobre a culpa do acusado, contaminando a prova então produzida.

Será que diante do caso concreto, mesmo havendo proibição de se utilizar desta prova, iria absolver um acusado no qual se sabe ser criminoso?

A lei simplesmente calou-se diante desta possibilidade, deixando um imenso vácuo sobre o assunto.

Volta-se a defender a necessidade de se desentranhar essa prova e substituir o juiz que, aliás, a apreciou, sob pena de se violar a garantia constitucional que veda a utilização de provas ilícitas e que veda os efeitos desta prova.

O raciocínio é o mesmo com relação ao suprimido § 4º, do art. 157, do Código de Processo Penal, que previa que “*o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão*”.

Uma última questão que merece ser enfrentada diz respeito ao vazamento e veiculação de informações obtidas por meio das ferramentas de coleta da prova, o que inclui desde os depoimentos em sede de colaboração premiada, até mesmo as famigeradas quebras de sigilo, fiscal, bancário, telefônico e telemático.

Parece-se que a imprensa, o próprio Ministério Público e Judiciário, ou ainda os demais organismos da persecução criminal – o que inclui a polícia judiciária – ainda não deram conta do sigilo que deve se guardar a essas informações. Sigilo, aliás, tutelado por um preceito penal previsto no art. 21 e parágrafo da LOC.

Há pouco tempo borbulhou na imprensa uma conversa entre o ex-Presidente Lula e a ex-Presidente, *recém-impeachmada*, Dilma Rousseff, onde ambos criticavam a atuação da Justiça Federal no Estado do Paraná para se apurar os escândalos políticos praticados contra bens e direitos da União.

A veiculação do diálogo foi autorizada pelo juiz que conduzia o processo e as investigações. Incorreu, portanto, este magistrado na supradita infração penal?

Deliberadamente não se irá responder ao questionado porque a resposta parece ser simples a qualquer entendedor do Direito que tenha o mínimo de bom senso.

Não é porque um indivíduo goze de status político ou qualquer cargo ou emprego público, seja ele magistrado, membro do Ministério Público ou outro não menos importante que irá se blindar contra os auspícios da lei.

A lei vale para todos, respeitá-la e cumpri-la, por uma questão democrática e igualitária, é dever de todo cidadão.

Agora já se tem claro que o instituto da colaboração premiada inova a sistemática das provas no processo penal, principalmente diante de casos complexos envolvendo organizações criminosas. Mas é necessário, porém, ater-se à cautela de que a utilização deste meio de prova deve ser excepcional, observando-se a unidade de conjunto que dê escoramento no depoimento prestado pelo colaborador com outros meios de prova coletados no processo a somar a afirmação prestada em sede de colaboração, lembrando também que as medidas dispostas na LOC devem ser aplicadas apenas quando o processo disser respeito a infrações penais praticadas por organizações criminosas.

3.4.2 Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos

A captação ambiental, também conhecida como interceptação e gravação de imagens e sons, é o meio de prova no qual os elementos do crime são obtidos com a utilização de ferramentas que captam sinais eletromagnéticos, sejam eles através de recursos ópticos (imagens) e/ou acústicos (sonoros), ou mesclando-os (filmagens e sons) como meio mais apurado a se provar algo.

A Lei das Organizações Criminosas não disciplina este método com pormenores bem delineados como fez parcialmente com relação à colaboração premiada. Apenas a cita como uma técnica agora autorizada por lei, sem, contudo, regrá-la.

Não é de se negar que o avanço nos meios tecnológicos proporcionou a sofisticação e sua acessibilidade a todas as classes sociais. Não é difícil também notar a quantidade de câmeras espalhadas em residências, comércios e locais públicos monitorando, incessante, a atividade humana.

A privacidade acaba cedendo lugar à segurança privada e coletiva e as pessoas permanecem concordes a essa troca em busca da vida pacífica e harmoniosa.

A utilização dessa ferramenta destinada a fazer prova em processos judiciais tornar-se cada vez mais comum. É um tipo de prova quase incontestável, porque possível identificar com precisão a atuação isolada de delinquentes ou mesmo dos grupos organizados.

Mas em nome desses valores, nem tudo também é permitido como se a segurança justificasse o Estado de exceção.

Não se descarta, porém, a possibilidade de submeter o conteúdo dessas provas a perícias e análises técnicas a apurar, detalhadamente, as imagens e sons às semelhanças dos infratores, corroborando com a atividade jurisdicional prestada nos feitos criminais que tenham participação efetiva das organizações criminosas.

Em razão da Lei de Organizações Criminosas não estabelecer normas claras que regulamentassem este método de coleta de prova, por exemplo, deixando de falar se dependerá de ordem judicial prévia, ou se a ordem judicial poderá ser posterior à coleta dessas imagens ou áudios, pairam inúmeras inconsistências que podem contaminar futuramente a prova produzida por este meio.

Pense-se na hipótese da gravação obtida no interior de uma residência, a qual não foi autorizada pelo juiz, de modo a ferir a garantia da inviolabilidade do domicílio (CRFB, art. 5º, inc. XI) ou a intimidade das pessoas que nela habitam (CRFB, art. 5º, inc. X). Qual seria então seu grau de validade?

Se a captação das imagens ou dos áudios ocorrer em local público, não haverá necessidade alguma de ordem judicial prévia, porque, aliás, ninguém estará albergado pela garantia do sigilo ou da privacidade constitucionais nessas hipóteses.

Também não será possível aventar o sigilo quando um dos interlocutores, por exemplo, capta seus próprios áudios ou imagens com outras pessoas e os reverbera na instância do processo como elemento probatório de seu interesse. O ideal é que nessa hipótese, em se tratando de áudio ou imagens, cristalize-os em ata notarial lavrada por tabelionato de notas, como atualmente disciplinado pelo atual Código de Processo Civil (CPC/15, art. 384).

Mas no caso da situação em que são implantadas câmeras pelos agentes da polícia judiciária no interior da residência sem ordem judicial prévia, certamente se estará diante de patente violação constitucional, pois a casa, como cediço, é o asilo inviolável, ninguém podendo nela penetrar ou permanecer sem o consentimento do morador, salvo nas situações excepcionais previstas na Constituição, donde não se exige a prévia ordem judicial.

No vértice constitucional, além das situações postas em análise, é possível se deparar com choques entre princípios que tutelem os valores privacidade e sigilo pessoais, os quais serão resolvidos, no vislumbre do caso a caso, pela utilização da teoria da proporcionalidade – que já foi trabalhada no capítulo anterior (tópico 2.6) – como uma saída interessante à resolução daquelas celeumas de maior intensidade.

Pensa-se, contudo, haver determinados limites à utilização desta prova. Ainda que a decisão que admita este elemento seja posterior à sua produção, é necessário que ela faça menção expressa sobre sua admissão no processo.

Isto é necessário, inclusive, para se viabilizar o questionamento desta prova em vias recursais e se formar uma jurisprudência cada vez mais sólida sobre o assunto, tapando os argueiros deixados pelo legislador.

Por fim, nunca se pode olvidar que a atividade jurisdicional na esfera criminal não deve se manter silente ao desenvolvimento da instrução, pois cada prova que é produzida no processo reforça muitas vezes as chances da condenação ou absolvição do acusado.

Essas questões, portanto, devem ser expressas a se resguardar sempre o contraditório como uma das mais importantes garantias individuais, jamais se perdendo de vista também que os velhos princípios do Direito Penal dão conta que a Constituição ocupa o ápice do ordenamento que serpenteia a atuação do Estado, limitando e dosando seu poder, mantendo-o incólume aos influxos e pressões circunstanciais que estão à margem da lei.

3.4.3 Ação controlada

Também conhecida como técnica de retardamento do flagrante na busca de um melhor resultado ao desmantelo eficaz da organização criminosa, a ação controlada consiste na atividade em que se posterga a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada pelas organizações criminosas, associações criminosas paralelas, ou mesmo, criminosos com atuação isolada que se unem, exclusivamente, na empreitada delitiva para dar suporte ao crime organizado e auferir alguma vantagem naquele exclusivo episódio.

Com o objetivo de superar as expectativas das Leis n. 9.034/95 e 10.217/01, a Lei n. 12.850/13, expôs algumas exigências a se compatibilizar com o cenário de investigação prévia ao processo, ao cenário da Constituição, que cada vez se torne mais presente na persecução penal como um ideal a ser mirado e alcançado.

De início, a Lei de Organizações Criminosas prevê que o retardamento da intervenção policial ou administrativa, a depender do caso, será previamente comunicada ao juiz competente que poderá fixar limites (constitucionais e legais) à atuação policial e cientificará, a posteriori, o órgão do Ministério Público.

Vale dizer também que, por disposição legal, a comunicação deverá ser sigilosamente distribuída ou apensada a algum expediente em trâmite na Vara, resguardando as informações obtidas da investigação.

Com o fim da diligência a autoridade que a conduziu elaborará relatório circunstanciado sobre as medidas adotadas.

Uma última cautela diz respeito ao procedimento de ação controlada cuja atuação da organização criminosa transponha fronteiras entre países.

Nesses casos é necessário conjugá-la com a ferramenta da cooperação internacional, visando legitimar a ação policial de modo a compatibilizá-la às regras constitucionais de outros países em respeito a soberania de cada ente internacional.

A lei não contempla expressamente essa situação, mas a *ação controlada, flagrante postergado* ou *vigiado* pode muito bem ser associado a outras técnicas de investigação e coleta de prova como, por exemplo, às escutas telefônicas e à infiltração de agentes para se garantir um resultado mais eficaz.

Na amplitude de sua aplicação, a ação controlada pode, evidentemente, ser realizada independentemente da atuação de agentes infiltrados, embora possam decorrer as situações mais eficientes à apuração dos fatos relacionados a uma organização criminosa. Explicamos: quando o agente se infiltra na organização criminosa, acaba conhecendo-a “por dentro”, seus integrantes e respectivos papéis – de comando ou

de execução, o foco de suas ações criminosas principais, secundárias, os métodos de lavagem de dinheiro etc. viabiliza-se assim que, a partir de trabalho de inteligência, ela seja monitorada e se aguarde o melhor momento para agir – assim entendido como aquele em que ao mesmo tempo possa viabilizar maior coleta de material probatório e não perder as oportunidades de contenção de crimes mais ofensivos, de prender integrantes etc. Sem a infiltração, a situação pode decorrer de um monitoramento – por interceptações de comunicações, campanhas (com fotos e filmagens) etc. A eficiência da ação controlada não será a mesma sem a infiltração de agentes, porque nesse contexto não será possível o mesmo nível de informações; mas certamente também é legal e possível. Tudo dependerá, evidentemente, da análise de possibilidades em cada caso concreto (MENDRONI, 2016, p. 212).

Assim a conjugação da ação controlada com outros mecanismos dissolutórios da atuação criminosa pode ser muito bem incentivada, desde que se atente para as cautelas constitucionais previstas.

3.4.4 Infiltração de agentes

A infiltração de agentes é um dos métodos mais sofisticados, e ao mesmo tempo arriscados, de coleta de prova que visa drenar a atuação das organizações criminosas e confirmar a identidade de cada um dos seus membros, bem como as funções internas desempenhadas por eles.

Diversamente da ação controlada que prescinde de autorização judicial prévia, mas simples comunicação da Justiça, na infiltração de agentes há, como pré-requisito, necessidade de requerimento do órgão do Ministério Público que poderá ser precedida de representação da autoridade policial, e posterior ordem judicial autorizando que os agentes da polícia judiciária se infiltrem na organização criminosa buscando informações privilegiadas que, de outro modo, seriam impossíveis de obtê-las.

O requerimento formulado pelo órgão ministerial ou a representação da autoridade policial constarão, obrigatoriamente, a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes infiltrados e, quando for possível, os nomes ou alcunhas dos investigados e o local da infiltração.

Para que a decisão que autoriza a infiltração de agentes tenha validade, deverá se escorar em motivada e sigilosa argumentação.

Além disso, é pressuposto necessário à concessão da infiltração de agentes que haja indícios razoáveis do crime de organização criminosa (art. 2º, da LOC) e desde que a prova não possa ser obtida por outros meios.

Entende-se também ser possível a associação da infiltração de agentes a outras técnicas que corroborem no desmantelo da organização criminosa.

A lei estabelece um prazo de 06 (seis) meses para que os agentes permaneçam infiltrados, podendo este prazo ser prorrogado por quantas vezes bastar uma vez comprovada a necessidade de renovação da medida.

Esgotada a duração do prazo, a autoridade policial elaborará relatório circunstanciado, o qual será apresentado ao juiz.

Quando o relatório for confeccionado sem a participação do Ministério Público a referendá-lo, este deverá ser comunicado para, querendo, exarar seu parecer sobre o ocorrido, colocando a salvo a possibilidade, ainda, de o *Parquet*, no curso da infiltração requisitar a qualquer tempo diligências que entender cabíveis e requerer a confecção de relatórios pormenorizados das atividades desenvolvidas pelos agentes infiltrados.

Por ser medida que envolve risco ao policial infiltrado, a Lei de Organizações Criminosas reserva a possibilidade de se adotar medidas que resguardem sua identidade e segurança como, p. ex., com a confecção de documentos com identidades diversas, a concessão de veículos descaracterizados, a mudança de endereço e outras formas de preservá-los.

Havendo, todavia, indícios de que o agente infiltrado sofre risco iminente, podendo ser descoberto, a operação deverá ser sustada pelo Ministério Público ou pela própria autoridade policial que comunicará, nesta última hipótese, o órgão ministerial e, em seguida, o fará ao juiz competente.

Um dos pontos negativos sobre a infiltração de agentes é com relação à previsão de que se o infiltrado não guardar, em sua atuação, a proporcionalidade devida, poderá se responsabilizar pelos excessos cometidos no curso da operação.

O dispositivo em análise é o art. 13, da Lei n. 12.850/13 que prevê, inclusive, em seu parágrafo único a excludente de culpabilidade da '*exigibilidade de conduta diversa*' para isentar o policial que agir com excessos na operação.

Ambas as previsões são impertinentes e desnecessárias.

O *caput* do art. 13, somente reforça a tese que a medida da infiltração será extremamente arriscada ao agente que se predispor a ela. Primeiro porque já envolve um risco à própria integridade física do policial infiltrado que, caso venha ser descoberto, poderá pagar pelo preço de sua vida, visto que o crime organizado não poupa aqueles que se insurgem contra seu poderio, principalmente policiais. Segundo, somada à gravidade de ter que se

aventurar, infiltrando-se na cadeia da organização, poderá se responsabilizar civil ou criminalmente por excessos subjetivos que a lei não os prevê.

Esses excessos estão a cargo da interpretação do chefe da operação (delegado ou promotor de justiça), os quais serão avaliados, posteriormente, por um magistrado.

Já o parágrafo único apenas contempla uma única excludente, e ainda assim, da culpabilidade, como se, na prática, não fosse possível a aferição de outras hipóteses de isenção da responsabilidade do agente, como as excludentes de ilicitude (v.g., legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de um direito).

3.4.5 Cooperação institucional

A cooperação institucional foi prevista no art. 3º, inc. VIII, da Lei n. 12.850/13 como mais uma modalidade de buscar meios de prova a coibir a atuação das organizações criminosas que se espalham nas contexturas interestaduais e internacionais.

Embora o objeto de concentração dessa pesquisa venha fincar seus pés no estudo sobre a prova no Processo Penal, pode-se dizer que a cooperação institucional é uma tendência do Direito Processual do novo milênio, tanto que o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15) fez previsão quanto a essa nova modalidade em seu art. 26, designando-a de “Cooperação Internacional” entre instituições, no qual traça alguns requisitos a se preservar a soberania local, garantias constitucionais do devido processo legal, igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros residentes ou não no Brasil, e outras relacionadas ao acesso à justiça, assegurando-se assistência judiciária àqueles que se mostrarem necessitados, dentre outras garantias a par do texto constitucional.

Esse espírito de modernização do Direito Processual do novo milênio evidencia, além da preocupação com a prova produzida por essas ferramentas da cooperação institucional, que é necessário, antes de tudo, ater-se às disposições constitucionais então asseguradas aos brasileiros e demais que se acharem no território, dando verdadeira ênfase à força normativa da Constituição, como, aliás, já assinalava Hesse, face aos chamados implicativos constitucionais realizáveis - *realizierbare Voraussetzungen* - (HESSE, 1991, p. 25).

Diga-se, inclusive, que com o fenômeno da globalização, as redes internacionais do crime organizado ficaram muito mais sólidas e estruturadas, insurgindo-se, pois, a

necessidade de uma cooperação institucional muito mais eficiente e simétrica a conter a atuação das grandes redes transacionais do crime organizado.

Recentemente, outra legislação veio à tona a compatibilizar e reforçar o aparelho estatal quanto ao combate ao crime organizado, notadamente a Lei n. 13.344, de 06 de outubro de 2016, na qual traçou mecanismos visando a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas, em complemento ao Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, adotado em Nova York em 15 de novembro de 2000 e incorporado ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto n. 5.017 de 12 de março de 2004, dispondo ainda sobre medidas de atenção às vítimas dessa modalidade criminosa que hoje se instala no plano global e tem no Brasil um hospedeiro propício ao seu desenvolvimento pela própria condição de vulnerabilidade dos brasileiros.

A citada e nova legislação é o cumprimento de uma promessa feita pelo Brasil no plano internacional de enfrentar o tráfico internacional de pessoas seguindo alguns valores essencialmente humanitários, como por exemplo, o respeito à dignidade da pessoa humana; a promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos; a universalidade, indivisibilidade e interdependência desses órgãos; a não discriminação por motivo de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, atuação profissional, raça, religião, faixa etária, situação migratória ou qualquer outro status a diferenciar um de outro trazendo benefícios desiguais; a transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas; a atenção integral às vítimas diretas e indiretas, independentemente de nacionalidade e de colaboração em investigações ou processos judiciais; e, a proteção integral da criança e do adolescente (art. 2º, da Lei n. 13.344/16).

Além disso, na dimensão de atuação contra o tráfico internacional de pessoas, o Brasil se empenha por via da citada lei a obedecer ao panorama de fortalecimento do pacto federativo, por meio da atuação conjunta e articulada das esferas de governo no âmbito das respectivas competências, com articulação e empenho de organizações governamentais e não governamentais nacionais e estrangeiras; com o incentivo à participação da sociedade em instâncias de controle social e das entidades de classe ou profissionais na discussão das políticas sobre tráfico de pessoas; com a estruturação da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas, envolvendo todas as esferas de governo e organizações da sociedade civil; com o fortalecimento da atuação em áreas ou regiões de maior incidência do delito, como, por exemplo, áreas de fronteira, portos, aeroportos, rodovias, estações rodoviárias e

ferroviárias; com o estímulo à própria cooperação internacional; com o incentivo à realização de estudos e pesquisas e ao seu compartilhamento; com a preservação do sigilo dos procedimentos administrativos e judiciais, nos termos da pertinente legislação; e, com a gestão integrada para coordenação da política e dos planos nacionais de enfrentamento ao tráfico de pessoas (art. 3º, da Lei n. 13.344/16).

Além dessas alterações recentes na legislação local, o Brasil por meio de acordos bilaterais, tratados regionais e multilaterais já se comprometeu internacionalmente em cooperar através do esforço de suas instituições, auxiliando na frenagem dessas organizações criminosas por meio de práticas recíprocas de investigação.

Por toda sorte, revela-se que há um desejo antigo em fechar todos os pontos abertos para que o enfrentamento ao crime organizado seja muito mais proeminente e eficaz diante da realidade na qual ele vem ganhando cada vez mais força.

Neste contexto, é ainda possível citar pelo menos 20 (vinte) ajustes internacionais bilaterais, dentre eles Acordos ou Tratados envolvendo diversos outros países como, por exemplo, os firmados com o Canadá (Acordo de Assistência Mútua em Matéria Penal – Decreto n. 6.747/09); China (Acordo sobre Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal – Decreto n. 6.282/07); Colômbia (Acordo de Cooperação Judiciária e Assistência Mútua em Matéria Penal – Decreto n. 3.895/01); Coreia do Sul (Acordo sobre Assistência Judiciária Mútua em Matéria Penal – Decreto n. 5.721/06); Cuba (Acordo de Cooperação Judicial em Matéria Penal – Decreto n. 6.462/08); Espanha (Acordo de Cooperação e Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal – Decreto n. 6.681/08); Estados Unidos da América (Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal – Decreto n. 3.810/01); França (Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal – Decreto 3.324/99); Honduras (Tratado de Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal – Decreto n. 8.046/13); Itália (Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal – Decreto n. 862/93); México (Acordo de Assistência Jurídica Internacional em Matéria Penal – Decreto n. 7.595/11); Nigéria (Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal – Decreto n. 7.582/11); Panamá (Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal – Decreto n.7.596/11); Peru (Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal – Decreto n. 3.988/01); Portugal (Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal – Decreto n. 1.320/94); Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (Tratado de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal – Decreto n. 8.047/94); Suíça (Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal – Decreto n. 6.974/09); Suriname (Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal – Decreto n. 6.832/09); Ucrânia (Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal – Decreto n. 5.984/06); e, o último e mais recente,

publicado em 19 de outubro de 2016 firmado entre o Brasil e a Polônia (Acordo firmando no Campo da Luta Contra o Crime Organizado e outras modalidades delituosas – Decreto n. 8.882/16), dentre outros documentos internacionais cristalizando acordos multilaterais na forma de Convenções, Tratados Internacionais e Protocolos facultativos e adicionais.

Como se percebe o principal objetivo é sem dúvida a troca de informações através de organismos que compõe a estrutura do sistema da justiça criminal e outros órgãos da segurança pública brasileira e de outros países para, numa atuação conjunta e com soma de esforços, baseando-se na troca de experiências bem-sucedidas no plano internacional, feche o cerco contra a atuação de organizações criminosas potencialmente nocivas à segurança local e mundial.

É, pois, com fundamento nesses pactos que a República Federativa do Brasil obriga-se, mediante a proposta de reciprocidade, a auxiliar na investigação dos membros dessas organizações, fornecendo dados sobre pessoas supostamente envolvidas e bens adquiridos para coibir com mais efetividade o crime organizado transnacional que encontra tentáculos em grandes redes internacionais, atualmente estabelecendo morada no território brasileiro.

3.5 Aspectos procedimentais inaugurados pela legislação atual: prazo de instrução e decretação de sigilo

Além de prever novas ferramentas de coletas de prova, a Lei das Organizações Criminosas trouxe importantes alterações a se regular o procedimento penal.

A primeira delas é a que prescreve a obrigatoriedade do procedimento ordinário a se apurar as infrações cometidas pelas organizações criminosas, estabelecendo, agora, expressamente, que a instrução criminal não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando se tratar de réu preso, com uma observação importante que é a de que esse prazo poderá ser prorrogado por mais 120 (cento e vinte) dias, através de decisão fundamentada, onde a motivação deverá explicitar sobre as razões da prorrogação, típicas da complexidade da causa ou de atos procrastinatórios que são atribuídos ao próprio réu (art. 22, e parágrafo único, da Lei n. 12.850/13).

Ainda que não se concorde com um prazo tão extenso como o de 240 (duzentos e quarenta) dias para se manter encarcerado um acusado sem que se profira sentença neste interregno, há a partir da Lei das Organizações Criminosas essa previsão autorizando uma instrução mais dilatada.

Sobre isso persiste a crítica de que, neste ponto, mais uma vez a Constituição foi colocada em segundo plano, simplesmente por força de interesses processuais atinentes à ineficiência e falta de condições do aparelho da justiça criminal brasileira.

Não se deveria esquecer que após doze anos da Emenda Constitucional n. 45/2004, se tem assegurada a razoável duração do processo e dos meios que garantam celeridade na sua tramitação (CRFB, art. 5º, inc. LXXVIII).

O dispositivo da LOC que autoriza a dilação da instrução pelo prazo de até 240 (duzentos e quarenta) dias – art. 22, parágrafo único – está na contramão de um processo célere e justo, pois na medida em que se atrasam os feitos judiciais, com a hipótese de prisões cautelares decretadas, há uma inegável antecipação da pena ao acusado, com sérias consequências sobre o acautelamento provisório, ferindo dentre outros princípios o fundamento de dignidade da pessoa humana.

Conclui-se que a lógica foi invertida, ao invés de o Estado se ajustar aos direitos reconhecidos em favor do cidadão, o cidadão é que teve que se adequar – cedendo seus direitos – ante a falência do aparelho estatal.

Pensa-se que uma prisão cautelar de duzentos e quarenta dias é por demais desarrazoada, pois implica necessariamente na violação direta do estado de *não-culpabilidade prévia* como sugere o texto da Constituição (CRFB, art. 5º, inc. LVII).

Sob essa linha de raciocínio, ousa-se, inclusive, a dizer que a Constituição se equiparou, aqui, a uma simples folha ou pedaço de papel, a se contrapor ao conceito de Constituição Jurídica firmado no apogeu do pensamento iluminista, ao se construir um primeiro conceito sociológico de Constituição, o qual deveras ser observado até os dias atuais (LASSALE, 2015, p. 22-23).

O prazo de duzentos e quarenta dias, ainda que escorado numa decisão que supostamente justifique-o, é longo demais a finalizar a instrução probatória.

Sem dúvida, como dito, antecipa a punição do indivíduo e está na contramão do sentido de celeridade e razoabilidade do processo.

A Lei das Organizações Criminosas trouxe também a previsão de se decretar o sigilo judicial das investigações a se apurar os crimes de organização criminosa ou delitos conexos praticados por elas.

Tradicionalmente, chega-se a supor que o sucesso da investigação criminal devesse pautar na sua característica de sigilosidade, preservando provas ditas mais importantes a compor um caderno processual.

Muito pelo contrário, o sigilo extremado remonta a ideia de um processo genuinamente inquisitório, onde as provas são ocultadas das próprias partes, do réu, principalmente.

Mesmo que o Código de Processo Penal trate do sigilo como uma característica do Inquérito Policial (CPP, art. 20), é sempre relevante se recordar que o dito dispositivo foi sublinhado dentro de outro contexto constitucional, isto é, em um período no qual as atuais garantias da publicidade eram exceção.

Por isso é importante ter em mente que o sigilo deve ser adotado apenas em casos extremos, onde a transparência realmente prejudique a descoberta da prova e a probabilidade de verdade (*princípio de probabilidade*) que se busca com a *persecutio criminis*.

De Sanctis assinala também que a cultura baseada no secretismo limita a igualdade das partes, prejudicando o réu que é o vassalo da instituição processual.

A estrutura, que se baseava no secretismo, e não na publicidade, anteriormente dominante, radicava na pretensão da defesa dos interesses dos intervenientes processuais, porquanto tinha-se noção de que a publicidade tinha prejudicado a igualdade, por sujeitar aqueles que incriminavam alguém de maior poderio à vingança deste, desincentivando-se, assim, o recurso aos tribunais por parte dos menos influentes (DE SANCTIS, 2009, p. 11-12).

O sigilo absoluto nas investigações ou na instrução fere a Constituição que põe a salvo a publicidade como regra na redação do art. 93, inc. IX, excepcionando-a apenas em casos em que o sigilo não prejudique o interesse público da informação. Mesmo assim, pensamos deva ser garantido o acesso do seu conteúdo às partes e aos seus advogados.

A decretação do sigilo em si não é grande novidade. O detalhe mais importante está na previsão segundo a qual será assegurado ao defensor, no interesse de seu assistido, o amplo acesso aos elementos de prova que possam dizer respeito ao exercício do direito de defesa.

A única exigência imposta pela lei foi a de que, para que o defensor possa acessar aos autos sob o qual recai o sigilo, deverá requerer, previamente ao juiz, que, verificando a inexistência de diligência investigatória que mereça observar à sigilosidade, concederá o acesso aos autos à defesa pelo prazo de até 03 (três) dias, podendo este ser estendido ao critério do juiz da causa.

Nesse sentido, parece que a legislação andou em sintonia com a súmula vinculante de número 14, do STF que prevê ser “*direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa*”.

A redação do texto do art. 23, da Lei n. 12.850/13, é, inclusive, muito parecida com a da apontada súmula, mostrando que o legislador tem seguido as diretivas da Suprema Corte no aspecto de acessibilidade aos defensores nos procedimentos judiciais ou investigatórios que, embora estejam sob a reserva do segredo de justiça, possam ter acesso a elas.

Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

Parágrafo único. Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

A ideia talvez seja a de um processo mais transparente, sem surpresas que tenha por objeto a boa-fé entre as partes de sorte a não se criar situações que venham obstar o livre exercício do contraditório como garantia essencialmente fundamental do réu na sua missão (ônus) de defender-se amplamente.

Por outro lado não se pode perder de vista que o sigilo em dadas situações, mormente nas que tratam de apurações de delitos cometidos por organizações criminosas é uma ferramenta essencial à preservação da integridade física e também psicológica das testemunhas e membros das organizações criminosas que ora se afiguram na condição de colaboradores.

Há, então, um interesse de se alcançar um ponto de equilíbrio que no mesmo tempo atinja o sigilo como preservação das apurações investigativas e zelo pelos direitos fundamentais que o sigilo absoluto poderia afetar.

O Direito em si é uma mescla de seus institutos que os vê sob a égide de interesse do Estado em compatibilização com interesses dos cidadãos, suas garantias.

É exatamente por isso que se diz que o sistema vigente é um sistema garantista por excelência. Não por ele ser bom, mas porque a Constituição prevê uma gama de direitos aptos a proteger o homem das ingerências e excessos do Estado, porque final de contas o poder é sempre sedutor, cega seu titular e essa cegueira os corrompe ao ponto de ferir o cidadão em sua dignidade de pessoa, lesando sua liberdade e igualdade, ferindo sua essência de ser humano.

3.6 A teoria do domínio do fato aplicada às organizações criminosas: apontamentos e críticas constitucionais

Na sua maioria, as organizações criminosas obedecem uma divisão de tarefas baseada na regra de hierarquização, a qual se estrutura a partir de sofisticadas redes de atuação, tendo por base uma escalonização setorial de funções, que vão desde atividades ilícitas às quais se relacionam à prática de infrações penais, até as operacionalizadas por setores encarregados de lavagem e ocultação de bens e valores, que supostamente, divorciando-as de sua finalidade abjeta, classificariam como uma simples atividade mercantil lícita.

Como o Direito Penal se baseia no critério de responsabilidade subjetiva, isto é, a responsabilização pessoal do autor do fato, para se apurar o grau de culpa de cada integrante da organização criminosa, é preciso socorrer-se da chamada *teoria do domínio do fato* que busca dissociar do mandante ou chefe da organização a qualidade de simples partícipe, passando a figurar-se como verdadeiro autor (direto) da infração penal.

Mas será que isso funciona na prática tendo em vista um Direito Penal que, obrigatoriamente, deva se alinhar aos comandos constitucionais? É o que se verá adiante após um breve introito sobre a famigerada teoria.

Após sua idealização na Alemanha em 1.939 por obra do finalismo de Hans Welzel – no qual para os crimes dolosos seria autor quem detivesse o controle final do fato – a teoria do domínio do fato foi posteriormente aperfeiçoada por um dos maiores penalistas do século XX, o jurista Claus Roxin que a redesenhou em sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft* de 1.963.

Mais tarde a teoria ganhou projeção internacional e logo passou a ser estudada nos demais países Europeus e da América Latina, ao exemplo do Brasil.

A teoria do domínio do fato, em suma, cumpre o papel de mesclar os impropérios da ‘teria objetiva’ da autoria com os da ‘teoria subjetiva extremada’, formando-se um critério prático objetivo-subjetivo, no qual “autor é todo aquele que possui o ‘poder de decisão’, o ‘poder de mando’ ante a realização do fato”.

Mas para que isso seja considerado válido dentro dos limites dessa teoria, é necessário que se satisfaça a demonstração que aquele que determinou a ação detenha posição hierárquica superior na estrutura criminosa, sob pena de remontar os critérios da teoria objetiva da autoria, que na realidade é o que o domínio do fato busca suavizar.

Em linhas gerais, pela teoria do domínio do fato, é irrelevante que o chefe da organização criminosa se encampe do conceito de mandante ou colaborador *direto*, bastando

apenas que ocupe sua posição originária e tenha *consciência dos ilícitos cometidos pela organização*.

Levando em consideração esse único critério será ele classificado como autor ou coautor da empreitada delituosa, independentemente de outros autores diretos da infração penal.

Para a teoria do domínio do fato autor não é apenas quem executa a ação descrita no tipo penal, mas, também, aquele que se valha de outrem para executá-la, considerando-se, pois, verdadeiro “*senhor do fato*”, pois sem ele a infração não se daria.

A teoria do domínio do fato vista sob a égide da imparcialidade que deve assumir o Direito Penal, é uma forma de exasperar a responsabilidade criminal dos chefes do crime organizado.

Contudo, é sempre muito bom lembrar que esses rigores excessivos sem um critério justo de aplicação do Direito pode deturpar os limites constitucionais impostos pelo ordenamento jurídico, violando-se princípios das mais variadas intensidades como, por exemplo, o da legalidade e da culpabilidade.

No Brasil, a teoria do domínio do fato foi, de certo modo, banalizada e mal interpretada, sobretudo quando o STF, no julgamento da Ação Penal n. 470 (processo do “mensalão”), entendeu por aplicá-la de uma forma exagerada, buscando a qualquer preço a punição dos “cabeças” daquela organização.

Pela sistemática constitucional que hoje é fundada no Brasil, sobretudo após vinte e oito anos da promulgação da Constituição, deve-se dizer que porquanto essa teoria se mostre apta à efetivação de um Direito Penal aplicado às organizações criminosas, ainda não se faz possível sustentar condenações penais baseadas exclusivamente neste critério.

E nunca é demais lembrar que existem variadas classificações de organizações criminosas, cada uma com uma forma específica de atuação.

Apenas para que se permita chegar a essa conclusão, nunca é demais frisar que na configuração classificatória de espécies de organizações criminosas identificam-se quatro modalidades distintas: (i) a ‘*tradicional*’ ou ‘*clássica*’, cujo exemplo mais famoso são as máfias ou organizações mafiosas, às quais em síntese são a mesma coisa, onde há clara divisão de tarefas, com relação hierárquica e subordinação para a prática de crimes dos mais variados tipos; (ii) as chamadas *organizações criminosas sob a forma de ‘redes’*, cujas atividades se operam através dos aparatos da globalização, sem uma base hierárquica bem definida, e que funcionam provisoriamente, aproveitando-se das ondas abertas à criminalidade internacional, como, por exemplo, os movimentos migratórios de refugiados onde o tráfico

humano acaba se valendo desses imigrantes desolados de seus lares, que muitas vezes se tornam presas fáceis e atrativas ao trabalho escravo, e até mesmo à prostituição internacional, cujas vítimas se sujeitam a qualquer suposta nova condição de vida “mais digna”; (iii) as *organizações criminosas ditas ‘empresariais’*, que desempenham atividades primárias lícitas, produzindo, gerando emprego e renda, mas que no seu pano de fundo, secundariamente, desenvolvem-se praticando crimes de diversas outras estirpes, como infrações fiscais ao exemplo da evasão de divisas (art. 22, da Lei n. 7.492/86), ambientais (Lei n. 9.605/96), formação de carteis (art. 4º, incs. I e II, da Lei n. 8.137/90) e outras como fraudes em licitações, exposição de materiais e produtos à venda no mercado internacional abaixo do preço normal para desfazer seus excedentes e prejudicar potenciais concorrentes [*dumping* (*'dampin'*)] lavando capitais e praticando falsidades documentais das mais diversas ordens; e, (iv) as *organizações criminosas ‘endógenas’*, que se rotulam como uma subespécie de organização criminosa que embora sua atuação se dê dentro de um único país, atue em diversos setores das instituições governamentais e poderes constituídos, vezes no Executivo, vezes no Legislativo, vezes no Judiciário e vezes na órbita de todos esses poderes e em outros órgãos como Ministério Público e departamentos de Polícia, muitas vezes praticando crimes contra a administração pública, crimes eleitorais, licitatórios e outros praticados por servidores públicos e agentes políticos.

Tomando por base essas classificações, nunca é desarrazoado dizer que mesmo o chefe da organização criminosa, para que seja responsabilizado pelos ilícitos praticados por seus, digamos que, “subordinados”, é imprescindível que haja, além do vínculo hierárquico direto entre um e outro, uma relação expressa da ordem emanada por ele aos autores diretos da infração penal. Caso contrário, esbarrar-se-ia no imperativo do Direito Penal baseado na responsabilidade objetiva que, de modo reflexo, ofende, com já dito mais de uma vez, a garantia constitucional prevista no art. 5º, inc. XLV.

Outra obtemperação pertinente à teoria do domínio do fato diz respeito à pressão social em processos que se proliferam e são aumentados através do clamor midiático.

Embora isso pareça estarrecedor, o Direito Penal não se opera pela vontade democrática. Não obstante a democracia seja a mola propulsora do ordenamento jurídico em sentido lato – porque a Constituição reza que a República se constitui num Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, *caput*), em que o exercício do poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (CRFB, art. 1º, parágrafo único) – não é o Poder Legislativo, em sua função essencialmente típica, o competente para julgar e definir pela aplicação da lei penal diante dos casos concretos.

Isso ratifica aquele pensamento segundo o qual o Direito Penal não se efetiva pela vontade do povo. É efetivado através da ordem jurisdicional, dada por um Poder que seja independente e imparcial, através de um juiz legalmente investido de suas atribuições.

Talvez seja justamente por isso que ainda persista o dogma de que “aos juízes faltaria legitimidade democrática” uma vez que suas decisões estão isentas da “vontade do povo”.

Deste modo, a despeito dos casos de alta repercussão política, como por exemplo, “mensalão” e, numa realidade mais contemporânea, “*operação lava-jato*”, nenhuma decisão judicial deve se pautar, exclusivamente, naquilo que o povo ou ainda a mídia definem por justa ou ideal.

Afinal, como é estampado por Alf Ross na obra *On law and justice*, o conceito de justiça, numa ideia de direito positivo, é indefinido por essência, é subjetivo por elementar, e, ainda que em seu sentido mais cartesiano, não se enquadra num padrão jurídico-político onde sua ideologia reflète-se no valor racional generalizado (ROSS, 2007, p. 326).

É, assim, necessário que haja a conjugação de valores dentre os quais coexista o sentido na norma enquanto empregada num simples texto escrito com a decisão que a partir dela ganhe tônica.

É exatamente por isso que a ideia de justiça no âmbito da positividade do Direito é algo constitutivo, dependendo do fato concreto para o seu dimensionamento.

Ao se redigir talvez a mais completa obra sobre teoria da justiça, John Rawls sustenta que ao se defender uma concepção de justiça, deve-se, antes de tudo, ter a certeza de que essa concepção está entre as alternativas permitidas e estipuladas pelos padrões formais da sociedade, sem se negligenciar quanto aos imperativos travados pelo contexto temporal que se vive (RAWLS, 2016, p. 168), ou seja, sem se deixar levar pelas paixões de momento, ou pelas pressões psicológicas que a sociedade impõe aos juízes diante dos casos que lhes geram revolta.

A teoria do domínio do fato para uma realidade de “justiça abasileirada”, ainda é um avanço incompatível com o estágio de maturidade constitucional que o Brasil se encontra.

A evolução da Constituição ou de qualquer lei, depende da evolução das instituições sociais, estando uma, em simetria com a outra, isto é, as instituições devem acompanhar a evolução das leis, caso contrário, estar-se-á diante de uma nódoa congênita onde as leis são muito evoluídas para uma sociedade atrasada, ou vice-versa.

A ideia de teoria do domínio do fato ainda precisa ser amadurecida, pois é bom se recordar que, pelo menos na realidade do sistema penal, vive-se um Código da década de

quarenta, com instituições da década de trinta, porém na primeira década do atual século XXI, tão efervescente e conturbado.

4. O PAPEL DO CONSTITUCIONALISMO NO PROCESSO PENAL E SUAS REVERBERAÇÕES NO DIREITO À PROVA

4.1 O Constitucionalismo: historicismo, técnica, movimento ou sistema constitucional?

Não é nova a ideia da existência de um “*Constitucionalismo*”, ao mesmo tempo em que não é pequena a discussão sobre sua conceituação, se se enquadraria num conceito de *historicismo*, no de uma *técnica*, num *movimento* ou ainda num *sistema constitucional* a alcançar toda universalidade dos direitos individuais. O fato é que o Constitucionalismo, como um tema candente no universo jurídico, principalmente nos últimos anos, pode ser vislumbrado sob todas essas diversas perspectivas de análises, lembrando-se que dentro de cada uma dessas nuances com contornos distintos e bem peculiares, trata-se em verdade de um tema polissêmico e de conceituações evidentemente pluralísticas.

André Ramos Tavares em seu Curso de Direito Constitucional aduz sobre a existência de um Constitucionalismo antigo que remonta a cultura judaica.

Retornando a mais recolhida história hebraica na rudimentar ótica do Estado teocrático, a “*Lei do Senhor*” fundaria a primeira limitação àquele povo, dito eleito.

O decálogo, ao lado dos outros 613 mandamentos previstos na *Torah*, representou o ordenamento básico dos Hebreus, pois tecia regras mínimas essenciais à convivência harmônica, vinculava suas ações aos desígnios do D’us *Iahweh* (*YHWH*), o D’us *Ado-nai* (יְהוָה) e impunha-lhes limites com verdadeira força normativa.

É errôneo supor que o constitucionalismo surgiu apenas com o advento das revoluções modernas, que instauraram a democracia e afastaram os regimes absolutistas até então existentes (...).

Embora se trate de um movimento bastante tímido se comparado a seu atual estágio de desenvolvimento, é preciso aceitar que aos Hebreus se deve a primeira aparição do constitucionalismo (TAVARES, 2007, p. 3-4).

O Constitucionalismo está também intimamente jungido à ideia de democracia, como elo indissociável.

No século V a.C., com a criação das estudadas *Cidades-Estados* da Grécia antiga, tinha-se a primeira e mais evoluída concepção de núcleo político de uma democracia constitucional.

Esses núcleos políticos se guiavam mediante a racionalização do poder, através de um ordenamento dirigido a drenar os mandos governamentais, estabelecendo diferentes funções estatais que se distribuíam entre os mais diversos detentores de cargos públicos –

lembrando que para se chegar a esses cargos, bastava a simples condição inicial de cidadão – por lapso temporal definido, o que já impunha uma restrição à vitaliciedade no poder e a superioridade entre castas, sendo mais uma finalidade assinalada pela razão e desejo de constituir uma comunidade genuína e puramente política no seu sentido democrático.

Na Idade Média destacaram-se os regimes absolutistas. O poder absolutizado tolhia a possibilidade de um controle jurídico sobre as instituições e decisões dos soberanos que, afinal, estavam acima da própria lei.

A força e o poder subjugavam as pessoas e sob qualquer pretexto de contrariedade impunha-lhes a pena capital, ou para infrações menores, penas cruéis e desumanas, dentre elas a punição corporal à praça pública, mutilação de membros, deserção de posses, degredo etc.

Na Idade Média era expressamente vedada a possibilidade de participação popular, pois o *regime de castas* já definia a função que cada um deveria ocupar eternamente na comunidade em que vivia, sem qualquer possibilidade de ascensão pelo esforço do trabalho ou pelo destaque intelectual.

Mas ainda na Idade Média ressurgiu o Constitucionalismo como movimento de conquistas de liberdades, ainda que voltadas a certo núcleo popular.

Inspirada nos ideais dos barões e da nobreza, consolida-se aos 15 de junho de 1.215 um texto inicial o qual é submetido ao rei *João Sem-Terra* para aprová-lo.

Pressionado pelos reiterados fracassos de seu reinado e pelo descontentamento por parte da nobreza da cosmópole inglesa, o rei João vem a aprovar o documento quatro dias depois, o qual foi intitulado de *Magna Charta Libertatum* de 19 de junho de 1.215, cujo texto foi redigido inteiramente no latim.

A redação inicial do documento continha em seu item 61, uma das mais importantes ressalvas e limitações de poder, a conhecida “*Cláusula de Segurança*”.

Em nome daquela previsão cria-se um órgão denominado de “*Comitê dos Barões*” que tinha o poder de rever ou reformar as decisões do rei, podendo se valer inclusive da força se necessário fosse.

O *Comitê dos Barões* era um importante órgão de revisão e controle das decisões reais. Por meio dele o poder do reinado encontrava barreira limitativa.

Mais adiante, com a morte do rei João em 18 de outubro de 1.216, seu filho Henrique III assume o trono, e ao atingir sua maioridade plena em 1.225, pois assumira o reinado ainda pupilo, acaba por reprecipitar grande parte dos dispositivos limitativos do poder do reinado inglês contidos na *Magna Charta*, inclusive a dita cláusula de segurança.

Narra a história que a intenção do rei Henrique III era de cassar integralmente o texto da Carta Magna, não o fazendo, porém, porque o ordenamento teve peso tão forte nos costumes do povo inglês que passou a integrar o direito comum como através de um processo natural.

Mesmo com alguns decotes e reformas, a *Magna Charta Libertatum* sem dúvida é o documento mais importante e solene que marcava o início de um Constitucionalismo medieval, trazendo novos ares e inspirações aos homens da época, pois seu texto fazia menção expressa aos valores Direito e Justiça como aspiração primeira a ser buscada pelas decisões reais e religiosas.

No alavancar da história e início do século XVII, são deflagrados outros movimentos que marcaram a biografia do Constitucionalismo inglês.

Destacam-se a *Petition of Rights* de 1.628, como declaração de liberdade civil do povo, elaborada pelo Parlamento e encaminhada ao Rei Carlos I, cujo texto da petição enaltecia o órgão parlamentar como representante direto do povo, legitimando-o também à tomada de decisões e diretivas ao povo.

No texto da *Petition of Rights* estavam conscritas proibições imperativas como a de que “nenhum tributo pode ser imposto sem o consentimento do Parlamento”; de que “nenhum súdito pode ser encarcerado sem motivo demonstrado; de que “nenhum soldado pode ser aquartelado nas casas dos cidadãos, e a Lei Marcial não pode ser usada em tempo de paz”.

Outros importantes marcos históricos do constitucionalismo inglês são o *Habeas Corpus Amendment Act* de 1.679 como regulamentação do instituto do *Habeas Corpus*, a se remediar e reprimir casos de prisões arbitrárias, ilegais e abusivas; o *Bill of Rights* de 1.688, como outro importante marco de reconhecimento de direitos de primeira e segunda dimensão, ao exemplo da livre expressão e manifestação, da liberdade política e da liberdade religiosa.

Todos esses diplomas emancipatórios a fundo trazem a lume a contraposição de uma monarquia absolutista em face de uma monarquia essencialmente constitucional, insurgindo-se com isto à ideia de uma *Constituição mista* ou *Constituição pluralista* que visa inserir classes populares esquecidas no alcance de um Estado mais participativo e inclusivo.

Daí em diante o movimento de limitação do poder se espalha por quase toda Europa ocidental, com contornos e características que se amoldavam aos costumes e às especificidades de cada país daquele continente.

Não sem razão se afirma não haver um único constitucionalismo, mas vários, que se aproximariam uns dos outros pelo seu sentido universal de valorizar e reconhecer os direitos

dos homens, limitando o poder de uma determinada gama de pessoas com vias a buscar a emancipação dos cidadãos pela sua inserção num contexto social mais igualitário. Um típico movimento de conquistas a liberdades públicas e individuais.

O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrónicos e em espaços históricos, geográficos culturais diversos. Em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos* (o constitucionalismo inglês, constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural (CANOTILHO, 2003, p. 51).

Sem dúvida, a grande contribuição do Constitucionalismo medieval ao Constitucionalismo moderno como transformação épica no estágio de evolução do Direito, está na afirmação do “*princípio de primazia da lei*” em que o poder político deve ser legalmente limitado e que garanta, como fim primeiro de um Estado, a participação plena e publicizada dos indivíduos por meio de constituições escritas – *e.g.*, a Constituição norte-americana de 17 de setembro de 1.787, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1.789 – hoje uma tendência amplamente difundida, que visa, sobretudo, o prestígio aos direitos individuais mínimos, como os de igualdade e liberdade, ora conferidos a todos num sentido irrestrito, isto é, válidos e exigíveis em qualquer tempo e a qualquer lugar.

Ao mesmo tempo não deixa de ser o Constitucionalismo também uma experiência histórica, pois sua evolução gradativa muito contribui para a interpretação do Direito que hoje se tem.

A ideia de Constitucionalismo como uma experiência histórica está, aliás, intimamente relacionada à contribuição que cada um desses movimentos trouxeram ao conceito semântico e atual de Constituição, como sendo um documento escrito que destaca direitos e garantias, mas que também e sobretudo limita o poder em face de abusos perpetrados por governos despóticos e irrepreensíveis.

O conceito de Constituição em sentido moderno relaciona-se originariamente com o constitucionalismo como experiência histórica associada aos movimentos revolucionários do século XVIII. O constitucionalismo apresenta-se inicialmente como semântica político-jurídica que reflete a pressão estrutural por diferenciação entre política e direito no âmbito da emergente sociedade multicêntrica da modernidade (NEVES, 2013, p. 53).

O Constitucionalismo alberga, pois, conceitos não só de um historicismo como sendo um processo constitucional de continuidade histórica, mas de um movimento, de uma técnica,

de um sistema ou ideologia constitucional irrestrita que ora se volve a expandir os direitos e as liberdades públicas, universalizando-os na tessitura da sociedade multicêntrica.

O Constitucionalismo também se opõe abertamente ao governo autoritário, sob um contexto político-democrático efetivo que se ergue através das ordens constitucionais mais distintas, tendentes a internalizá-las, suplantando dogmas que encontram harmonia e similaridade entre si, como *verdade, consenso, continuidade, participação, solidariedade e integração*, não obstante já se tenha observado que esses préstimos valorativos sejam alcançados em longo prazo, como algo a se pensar para um Constitucionalismo do porvindouro, do amanhã, do futuro.

Não se pode deixar de trazer à baila também as discussões atuais que se convergem à tendência de um Constitucionalismo global, com a elaboração de uma Constituição Nacional, mas que essa tendência deva antes de tudo superar os problemas que o toca.

Sobre essa pontuação Canotilho ressalta que enquanto o problema da constituição nacional era a limitação jurídica do poder absoluto, o problema do constitucionalismo global reconduziria à regulação de dinâmicas sociais diversas, relacionadas à questão da digitalização dos meios comunicativos, a privatização e a rede global (CANOTILHO, 2012, p.286).

Sobre essas questões acerca do estudo da evolução e aplicabilidade dos direitos fundamentais como obra exponencial do Constitucionalismo contemporâneo, avançaremos nos próximos tópicos.

4.2 O Constitucionalismo e seu papel na teoria dos direitos fundamentais

Como visto anteriormente o Constitucionalismo se erige na teoria dos direitos fundamentais exercendo o papel de um “núcleo criativo de direitos naturais e positivos” que são inaugurados a partir de um marco divisor paradoxal do sistema jurídico, o “movimento constitucional”, o qual encontra seu ápice na outorga da Constituição escrita.

A concepção de uma Constituição escrita vai muito mais além que o rebuscado conceito de Constituição civil que se julga por boa e harmoniosa dentro da clássica lupa kantiana de um código de postura dos governos.

Antes disso, porém, mister dizer que a Constituição, como obra máxima do Constitucionalismo, erige-se através de alicerces axiomáticos elementares de um sistema, o

qual se verte a um corpo sólido da matriz governamental dotada de rigidez valorativa e de efetiva normatividade.

Esses pilares de sustentação são os direitos fundamentais vezes rotulados por princípios, vezes por regras, e os quais irão compor a nova Constituição.

Este cabedal normativo é escalonado segundo o grau de peso e relevância e também de acordo com sua localização no plano textual da norma matriz o qual se suplanta, formando um complexo rol de direitos e garantias voltados à proteção da pessoa humana na órbita do Estado de Direito.

Os direitos fundamentais no ponto de vista material são consagrados pelo princípio de soberania, atendendo a exigências ideológicas mínimas que cada Estado demanda no seu processo de emancipação individual dos cidadãos. Porquanto apenas excepcionalmente se relativizam através do critério da legalidade e nos limites impostos pela lei (BONAVIDES, 2016, p. 575) ou, ainda, em situações de conflito em que um acaba cedendo lugar ao outro por meio de critérios de ponderação.

É por assim dizer que os mesmos direitos fundamentais, vivificados pelo Constitucionalismo através de seus movimentos, foram divididos em gerações, ou dimensões de seu alcance.

Sem titubeio, a Revolução Francesa como movimento de inspiração e quebra paradigmática da era turva para a era de clarificação foi o grande salto à guinada emancipatória do homem, doravante tratado como pessoa e cidadão, passando à condição de não-coisa.

Os lemas *Liberté, Egalité e Fraternité* canalizaram sem dúvida a tendência universalizante do jusnaturalismo do século XVIII a um positivismo sobrepujante, rompendo com os dogmas da monarquia opressora em busca de uma democracia liberal-constitucionalista como a que se vê ou a que se almeja em tempos de contemporaneidade.

Na mesma senda os lemas de liberdade, de igualdade e de fraternidade inspiraram a divisão agrupada de princípios-norte que remetem a valores esperáveis por uma classe insatisfeita e pouco favorecida.

São assim divididos em direitos de primeira, segunda e terceira geração/dimensão. Lembre-se que se costuma tecer uma crítica terminológica à classificação dos direitos segundo o critério de “gerações”, dando primazia à expressão “dimensões de direitos”, isso porque a ideia de várias gerações poderia levar ao impropério de uma geração superar ou ultrapassar a outra, enquanto à ideia de dimensões permitiria a livre convivência de uma para com outra.

Ao mesmo tempo, é pertinente dizer que a denominação geração de direitos foi a terminologia originalmente proposta pelo estudioso tcheco-francês Karel Vasak quando em 1.979 proferia sua aula magna sobre a importância dos Direitos Humanos nos lemas da Revolução Francesa, junto à Universidade de Estrasburgo na França.

A teoria é mais tarde difundida pelo professor Norberto Bobbio em seus escritos sobre os Direitos Humanos que reunidos foram compilados na obra *A Era dos Direitos*.

Em razão disso serão utilizados os dois critérios ao tratar da variação entre os graus desses direitos – o critério ‘geração/dimensão’ o qual permite a compreensão do tema sem desprezar seu alcance filosófico e terminológico.

Nessa classificação, portanto, tem-se que os direitos de primeira geração/dimensão são aqueles ligados ao dogma de *liberdade*.

São sem dúvida os direitos civis e políticos conferidos aos homens doravante livres, correspondendo à fase inaugural do Constitucionalismo ocidental moderno. Lembre-se mais uma vez que esses direitos já alcançaram um patamar de universalidade, pois todas as constituições democráticas da modernidade os reconhecem amplamente, não mais sendo possível repristiná-los de seus textos.

Nos direitos de segunda geração/dimensão são incorporados os direitos sociais, culturais e econômicos.

Conectam-se ao lema de *igualdade* e têm o propósito de nivelar os indivíduos a partir de condições sociais mínimas de existência.

Os direitos de segunda geração/dimensão são inaugurados a partir dos ideais filosóficos proclamados pelo Constitucionalismo da social-democracia e passam a ter destaque a partir dos marcos constitucionais do segundo pós-guerra (1.939-1.945), nomeadamente na órbita do estado de bem-estar social (*welfare state*), mas serpentearam, contudo, como diz Paulo Bonavides, por um ciclo de baixíssima normatividade, com eficácia duvidosa em razão da fragilidade prestacional de um Estado que prescrevia mas não prestava, e em virtude da carência e limitação de seus recursos (BONAVIDES, 2016, p. 578-579).

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira geração; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma (Ibid., p. 579).

Transcendendo, pois, a visão garantista individualista como arcabouço jurídico de uma gradação de direitos, passa-se a vislumbrar a perspectiva de que os direitos da segunda geração/dimensão também deveriam ser assegurados às instituições a que são atribuídas competências de políticas públicas.

Tão importante quanto a previsão dos direitos de tal envergadura e jaez, é a sua concretização por meio das ações programáticas que são elaboradas pelas mesmas instituições, governamentais ou não governamentais.

A essas instituições também devem ser assegurado um núcleo mínimo de condições de efetivação dos direitos, sob pena de tornar a Constituição – como produto refinado do Constitucionalismo (volte-se a dizer) – uma carta simbólica exclusivamente programática, com escopos como os de que “um dia talvez poderá se concretizar por nela estar prevista a obrigação estatal” ou interpretações neste sentido.

Ao Constitucionalismo comprometido com a verdade e outros valores já declinados pelo *Neoconstitucionalismo*, como, por exemplo, *consenso*, *continuidade*, *participação*, *solidariedade*, *integração* etc., deve ser divorciada a visão substancialmente alegórica de um texto muito bonito e pouco efetivo, sob pena de torná-lo conteudisticamente vazio, com a criação de cartas políticas que não passam de simulacro não existencial, mas jurídico, quebrantando princípios e regras básicas que deveriam animar a lei maior de um Estado pela pretensão de seu povo.

Paralelamente a esses direitos de segunda geração/dimensão, compõem os chamados direitos de terceira geração/dimensão aqueles ligados ao valor axiomático de *fraternidade* ou de solidariedade.

Diversamente dos direitos de primeira e segunda geração/dimensão que se voltam à proteção da pessoa como ente individual autônomo, os direitos de terceira geração/dimensão se cercam para a proteção da ‘generalidade humana’, seja um grupo, uma coletividade ou o interesse de um Estado em si próprio.

Na perspectiva interna do Estado os direitos de terceira geração/dimensão prestar-se-iam a traçar panoramas mais amplos, cujos entes públicos devessem se pautar dentro do juízo de essencialidade, como, por exemplo, a ajuda recíproca, o dever de se levar em conta os interesses de outros Estados em razão de dificuldades causadas por crises econômicas, políticas e sociais e a cooperação internacional no sentido até da prestação de auxílio financeiro quando verificada situação de crise externa (solidariedade internacional).

Compõe também a classe de direitos de terceira geração/dimensão o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, ao livre desenvolvimento, à comunicação, ao patrimônio coletivo da humanidade e o direito à paz.

Este rol não é, porém, exaustivo, podendo ser incorporados por tantos outros que possam integrar o valor fraternidade, de acordo com os momentos de evolução e conquista brindados pela história dos Direitos Humanos fundamentais.

Por último, dentro desta classificação – embora hajam autores que digam haver mais outras duas classificações (direitos de quinta e sexta geração/dimensão) – tem-se os chamados direitos de quarta geração/dimensão que seriam aqueles em cuja globalização e o avanço dos meios tecnológicos representou o grande salto decisivo à sua eclosão, o direito à democracia efetiva e positivada, o direito à informação e ao pluralismo político etc.

Em um de seus ensaios, Bobbio adverte que os grandes problemas dos direitos do homem na atualidade estariam ligados à ideia de democracia e de paz (direitos de terceira e quarta geração/dimensão), dada sua importância no contexto turbulento a cuja humanidade estaria atravessando, e que, portanto, direitos do homem, democracia e paz, refletem três momentos necessários ao progresso da humanidade.

Não sem razão esclarece também que o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos traz em seu preâmbulo o substantivo *paz* como sendo um dos fundamentos a se alcançar a dignidade plena das pessoas – (...) *o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da 'paz' no mundo.*

A citação é a seguinte:

A princípio, a enorme importância do tema dos direitos do homem depende do fato de ele estar extremamente ligado aos dois problemas fundamentais do nosso tempo, a democracia e a paz. O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Vale sempre o velho ditado – e recentemente tivemos uma nova experiência – que diz *inter arma silent leges*. Hoje estamos cada vez mais convencidos que o ideal da paz perpétua só pode ser perseguido através de uma democratização progressiva do sistema internacional e que essa democratização não pode estar separada da gradual e cada vez mais efetiva proteção dos direitos do homem acima de cada um dos Estados. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com os próprios cidadãos (BOBBIO, 2004, p. 203).

Por conclusão, o Constitucionalismo rotulado nesta vertente como movimento de conquista irrefreável da liberdade e do reconhecimento de novos direitos, acaba se assentando como disciplina mãe das prerrogativas individuais que brotam em meio às desventuras e ingerências dos governos.

Neste contexto, é facilmente possível enxergá-lo como um sistema constitucional de alteração das bases e valores do Estado de Direito.

Em resumo, para nós, é o Constitucionalismo – vislumbrado sob a projeção horizontal dos direitos fundamentais dentro do complexo sistema de Direito Constitucional – o conjunto de um esforço mútuo de agentes parlamentares e da própria sociedade civil organizada que busca melhorar suas condições jurídicas em face à desarmonia das normas jurídicas.

E nesse sentido o Constitucionalismo é bem visível quando parlamentares de bem se voltam contra os auspícios de gestores e outros agentes públicos que alimentam suas mórbidas pretensões no vácuo da lei.

O bom Constitucionalismo, no entanto, não compactua com os artificios ardilosos de governantes imersos num niilismo moral e ético de crenças políticas, mas, muito pelo contrário, permite através de outros mecanismos refratários (sistema de freios e contrapesos – *checks and balances*), efervesçam-se as vozes da mudança para o bem, sem que se perca o bom estilo de romper com um sistema arruinado pelas penúrias da sociedade capitalista moderna, preservando-se do esfacelamento seus próprios integrantes/destinatários, o povo, “*como instância global de atribuição de legitimidade democrática*” (MÜLLER, 2010, p. 49).

Com isso, tem-se no Constitucionalismo a tábua de salvação da humanidade, buscando preservar e avançar na criação e no reconhecimento de novos direitos voltados à proteção das pessoas em descompasso ao arbítrio de poder.

4.3 Os marcos constitucionais do Brasil e a Constituição de 1988 como fruto inspirador a um Constitucionalismo do crepúsculo da Nova Era

A história das constituições no Brasil não acompanhou a evolução e os saltos positivos dos demais países independentes ao entorno do mundo.

É bom se recordar que o Brasil ainda é uma nação recente e que até o final do século XIX a escravidão fazia parte do cotidiano desse povo, quando somente foi abolida pela sanção real da Lei Imperial n. 3.353 de 13 de maio de 1.888, pela princesa Isabel, e, além disso, o

processo de efetivação dos direitos sociais começa a ser implantado somente a partir das últimas décadas, com períodos de ascensão e declínio como se verá de agora em diante, mormente em razão dos regimes ditatoriais vigentes no País dos anos 60 até os anos 80.

Desde a concepção da rudimentar e pouco libertadora Constituição Imperial de 1.824 até a Constituição Republicana de 1.988 transcorre-se um longo caminho de altos e baixos na história do Constitucionalismo brasileiro.

Lembrando mais uma vez da existência de vários Constitucionalismos e que eles se desenham ao mesmo tempo com contornos distintos, nos dados espaços territoriais em que são verificados.

O primeiro movimento constitucional do Brasil é marcado pela incipiente tensão entre os ideais de independência à Coroa portuguesa e a resiliência dos interesses da monarquia que aos poucos acaba perdendo sua força, logo cedendo lugar a uma república militar coronelista com ares de uma tímida ditadura.

A proposta de uma monarquia constitucionalista que se inspirava na Constituição Francesa de 1.814, jamais se operou no Brasil.

A Constituição Imperial, de 24 de março de 1.824 foi outorgada ao povo pelo Imperador Dom Pedro I, como uma carta impositiva (e não conquistada) de direitos.

Como dito, sorvida nos ideais franceses da doutrina constitucionalista liberal-conservadora, a primeira Constituição do Brasil se espelhou na tripartição dos poderes moldada por Montesquieu, com um Poder Legislativo, um Judiciário e um Executivo.

Todos, porém, subjugados a um quarto Poder, denominado de “*Moderador*” que, além de tornar o Imperador inimputável sob os rigorismos da lei, isentando-o de qualquer responsabilidade por atos então praticados ainda que dolosamente, impunha-se também o Poder Moderador como hierarquicamente superior aos demais, e declarava Dom Pedro I como chefe de Estado.

A inimputabilidade do Imperador decorria do art. 99, daquela Constituição, cujo texto dizia que “*A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma*”.

O Poder Moderador por sua vez inovado no Brasil com a Constituição de 1.824 foi um autêntico subterfugio à proposta de dosagem do autoritarismo monárquico que sempre se fez presente até a proclamação da república aos 15 de novembro de 1.889.

Diga-se que concentrar a fiscalização e organização política a um único poder, considerado o revisor dos demais o qual era evocado para deliberar acerca das questões

“polêmicas”, significava a zomba completa à independência institucional que deveria cercar os demais órgãos e Poderes do Império como foi proposto por Montesquieu em sua teoria.

Ainda assim, o dito Poder Moderador se manteve na Carta Imperial, que por sinal teve um processo muito turbulento, cheio de interesses e impropérios que fazia vista grossa ao desrespeito dos lemas de liberdade, igualdade e fraternidade já difundidos na França por ocasião da grande revolução como um imperativo categórico do Estado.

Apenas a título de informação é bom ressaltar que a Igreja Católica – religião oficial à época – teve participação proeminente na elaboração do texto daquela Carta Política.

Somavam, por azar ou sorte, vinte e dois, o número de padres que compunham a assembleia constituinte que foi instalada para discuti-la e aprová-la. A propósito sob a presidência do Bispo Capelão-Mor Dom José Caetano da Silva Coutinho.

Além disso, os demais deputados que integravam a assembleia formavam três linhas distintas pensamento, cada uma com ideologias diferentes a serem instauradas para um modelo típico de governo que se amoldasse à realidade da monarquia brasileira.

A primeira linha, a cuja afeição do Imperador era maior, era liderada por José Bonifácio de Andrada e Silva que defendia sê-la forte e centralizada, mas com aspirações liberalistas, que já estudava, inclusive, a viabilidade de alforria aos escravos e a possibilidade da reforma agrária e implantação de planos econômicos mais arrojados para se livrar de empréstimos estrangeiros.

A segunda linha era formada por portugueses absolutistas que defendia a fundação de uma monarquia absoluta com amplos poderes e privilégios ao reino e aos membros da Coroa, o que embora estranho não agradava o Imperador Dom Pedro I, pois não queria também cumular muitos poderes de modo pensado a se evitar uma revolta imoderada levando o Império ao súbito declínio, como ato de suicídio desapressado.

E por último a linha, composta pelos chamados “liberais federalistas”, corrente que convergia por uma monarquia de faixada, apenas figurando “no papel”, mas não gerindo os interesses, tampouco decidindo as questões do País, que ficaria a cargo do Parlamento.

Das três correntes ideológicas, a primeira foi a que prosperou e que manteve sua visão na Carta de 1.824.

Muito embora possa se soar estranho, contudo, a Constituição do Império de 1.824 foi uma das primeiras no mundo a fazer alusão a um rol de direitos e garantias individuais, ora previsto no Título VIII, dedicado às “*disposições geraes, e garantias dos direitos civis, e politicos dos cidadãos brasileiros*”, cujas previsões constavam na grande maioria em seu derradeiro artigo 179, que era composto de trinta e cinco incisos.

Obviamente, tratam-se de disposições que na prática não se operacionalizavam, mas que já apontava ao início de uma nova era, guiada sob os padrões do liberalismo político.

Em suma é possível classificar a Constituição Imperial como uma Carta Política outorgada, analítica com riqueza em detalhamento, dogmática, pois se sustentava em pilares idealizados por homens de pensamento livre e no que pese sua pretensão de rigidez, era uma Constituição semirrígida.

Mais tarde proclama-se a República em 1.889, e quase dois anos depois a Constituição de 24 de fevereiro de 1.891 traz ares de um novo recomeço à nação monárquica que jaz um dia.

Foi através do esforço hercúleo de homens de personalidade forte como Ruy Barbosa e Prudente de Moraes que a primeira Constituição da República se amolda a outros documentos solenes de nações mais evoluídas, como a Constituição da Argentina, dos Estados Unidos da América e da própria Constituição Suíça, que detinham a tendência descentralizadora do sistema federalista consagrando também a existência de apenas três poderes, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário como idealização perfeita à teoria tripartite de Montesquieu.

A Constituição da Velha República era classificada por ser uma Carta promulgada, escrita, rígida e material, o que significava o rompimento ainda que tímido ao modelo imposto pelas monarquias absolutistas vigentes em sua maioria até o século XIX.

Com a primeira Carta Republicana o sistema governamental foi totalmente reestruturado.

Além de ter rompido com as instituições monárquicas, os cargos de senadores deixaram de ser vitalícios e seus mandatos passaram a ter duração de nove anos, o sistema presidencialista foi implantado, sendo o chefe do Executivo o presidente da República que era eleito pelo voto direto, porém não-secreto, aos maiores de 21 anos desde que alfabetizados, e para exercer o cargo por mandatos de quatro anos, vedada a reeleição imediata.

A igreja católica deixa também de ser a religião oficial do Estado como o era na Constituição Imperial, e o País passa a adotar uma ideologia não confessional.

No que toca aos direitos fundamentais, são excluídas as penas de morte, de banimento e outras degradantes, passando-se a prever o *Habeas Corpus* como garantia fundamental, assegurando-lhes, ainda, aos acusados o amplo direito de defesa.

Mais adiante, sob o pretexto de se organizar um regime democrático que assegurasse à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, promulga-se, como fruto da Revolução constitucionalista de 1.932 e rompendo com as tradições da já

superada velha República, a segunda Constituição Republicana de 16 de julho de 1.934, terceira Constituição brasileira e segunda republicana, que acompanhava a tendência progressista de países Europeus, lembrando, contudo, a embrionária ascensão dos regimes fascistas autoritários da Itália e Alemanha que ganhavam proeminência dia a dia.

Embora seu estágio de duração tenha sido muito pequeno, a Constituição de 1.934 – apelidada de *Constituição de Weimar* em analogia à alemã – trouxera nobres e de não menos importantes conquistas aos brasileiros.

Direitos passaram a ser reconhecidos como, por exemplo, o do voto obrigatório para maiores de dezoito anos, passando a ser então secreto e extensivo às mulheres, o que já estava previsto na legislação infraconstitucional da época – Código Eleitoral de 1.932.

A participação mais efetiva no processo político também aumentou com a Constituição de 1.934.

Criou-se a Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho como órgãos integrantes do Poder Judiciário, com autonomia e independência para julgar matérias específicas de sua competência.

Mas as grandes proezas da Constituição de 1.934 se deram no âmbito dos direitos sociais com a proibição do trabalho infantil, a previsão de jornada de trabalho de oito horas, o repouso semanal obrigatório, a possibilidade de indenização por demissão sem justa causa, a assistência médica e dentária aos trabalhadores em geral, a assistência remunerada à trabalhadora grávida, e a proibição de diferença salarial para o mesmo emprego por motivo de sexo, idade, nacionalidade ou estado civil, as quais somam um rol de direitos sociais elementares, destacando o Brasil como país de vanguarda e inclusão na América Latina.

Três anos mais tarde, todavia, o então Presidente da República Getúlio Vargas ao impor o regime ditatorial do Estado Novo, outorga aos 10 de novembro de 1.937, juntamente com o novo modelo regimental, a quarta Constituição brasileira que ficou conhecida como *Constituição Polaca*, recuando na efervescência epocal do início da Segunda Grande Guerra que se eclodia ao norte e centro da Europa e reverberava seus influxos negativos no Brasil.

A brasileira de 1.937 é considerada a primeira Constituição republicana autoritária que tinha como destaque a grande quantidade de poder concentrada nas mãos do Presidente da República.

Com a outorga desta Constituição, ao chefe do Executivo cabia a nomeação de interventores que, por sua vez, competia-lhes, pois, nomear as autoridades municipais.

O regime autoritário fascista brasileiro perdurou até o final da Segunda Guerra.

O advento desta Constituição foi marcado pelo retrocesso aos direitos fundamentais conquistados pela Constituição anterior.

Novamente passou-se a permitir a pena de morte, como retrocessão às conquistas do liberalismo moderno, e se estabeleceu eleições indiretas para Presidente da República com mandatos de seis anos.

No âmbito dos direitos sociais passou-se a não mais se permitir o direito à greve como uma das formas de reivindicar melhoria aos trabalhadores no geral.

Como visto, o Constitucionalismo brasileiro já nessa fase foi marcado por momentos de altos e baixos, pois ao mesmo tempo em que a Constituição de 1.937 tolhia direitos conquistados com grande louvor, a quinta Constituição, de 1.946 rompe com seu regime despótico para restaurar a ordem anteriormente abolida e dar vida e sentido aos direitos fundamentais, passando a fazer menção expressa aos princípios de igualdade e legalidade, assim como também veio a permitir o direito de liberdade de manifestação, de consciência e de crença religiosa, a inviolabilidade individual, a separação dos poderes e, mais uma vez, a extinção da pena de morte em nome do solene direito à vida.

A penúltima e sexta Constituição do Brasil também foi outorgada e marcou um período de baixa normatividade e retrocessos no reconhecimento de direitos fundamentais por conta dos anos turvos de ditadura militar.

Aos 24 de janeiro de 1.967 quando de sua outorga, o Brasil vivia um período de grande turbulência e pressão dos militares que exigiam a todo custo a institucionalização da ditadura, o que foi feito com a então nova Constituição, ora encomendada pelo Presidente Castelo Branco e elaborada pelos juristas Levi Carneiro, Miguel Seabra Fagundes, Orosimbo Nonato e Themístocles Brandão Cavalcanti, que logo tratariam de regular no plano constitucional os desejos dos militares.

A Constituição de 1.967, posteriormente reformulada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1.969, teve como destaque principal a concentração o comando sob o domínio exclusivo do Executivo, conferindo ainda àquele Poder a prerrogativa de legislar sobre assuntos relacionados à segurança nacional, finanças e sobre a possibilidade de se aplicar pena de morte para determinados crimes, ampliando as competências da Justiça Militar, e a possibilidade de censura e aplicação de penas de banimento, o que marca a história de inúmeros políticos da atualidade que, descontentes, rebelaram-se contra o governo opressor.

No âmbito eleitoral foram previstas eleições indiretas para o cargo de Presidente da República com mandatos de cinco anos.

Não obstante ainda recente, a Constituição de 1.967, e EC n. 1 de 1.969 marcou a história com tintas de sangue, de medo e abuso do governo para engessar as conquistas das demais ordens constitucionais que a antecederam e apagar definitivamente o brilho do Constitucionalismo do pós Segunda Guerra.

Mas mais uma vez o Constitucionalismo se mostra presente com seus declives e ascensões.

Em 1º de fevereiro de 1.987 dando início ao processo de redemocratização do Brasil após incisivas reivindicações populares, instaura-se a Assembleia Nacional Constituinte que tinha como propósito atender as inquietações da população insatisfeita aos rompantes da ditadura militar, que se estendera por mais de 21 anos e foi contida com o governo civil de José Sarney o qual era convocado a assumir o lugar do já adoentado e mais tarde falecido Tancredo Neves, eleito indiretamente Presidente da República pelo Colégio Eleitoral, onde representava a chamada Aliança Democrática, opositora do Partido Democrático Social, presidido por Paulo Maluf e Flávio Portela Marcílio que estranhamente se afeiçoava à base dos militares.

Aos 22 de setembro de 1.988, encerram-se os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte após votação e posterior aprovação do texto já consolidado da Constituição que é promulgada aos 05 de outubro daquele mesmo ano.

Sem dúvida, a brasileira de 1.988 como assim é chamada por grande parte dos juristas foi a Constituição mais completa de todos tempos a uma realidade de Brasil e talvez até numa perspectiva global, com um amplíssimo cabedal de direitos e garantias fundamentais alocados propositalmente bem no início de seu texto.

Isso, justamente com o objetivo de denotar a importância desses direitos à satisfação do Estado Democrático de Direito fundado a partir de então.

A Carta Política Republicana de 1.988 é estruturada em nove títulos, onde se estabelecem os princípios fundamentais, os direitos e as garantias individuais, diga-se com uma gama de remédios constitucionais que o constituinte originário lançou mão a repelir ilegalidades, abusos e arbitrariedades, estabelecendo também uma organização lógica do Estado brasileiro, uma organização bastante sistemática dos três Poderes, a previsão da defesa do Estado e das instituições democráticas, aspectos ligados à tributação e orçamento, a ordem econômica e financeira, a ordem social com Previdência, Assistência e Saúde e, por fim, as disposições gerais da Constituição onde são cunhados limites materiais e temporais de vigência das normas.

A brasileira de 1.988 é também classificada doutrinariamente como uma Constituição formal, rígida, dogmática e analítica, contando ainda com a dicotomia conceitual problematizada por juristas italianos que se bifurca, segundo Paulo Bonavides a partir da aferição da rigidez das constituições, nas seguintes linhas: (i) de normas programáticas ou diretivas; e, (ii) normas preceptivas ou vinculantes.

Quanto ao *objeto* da norma, as programáticas são aquelas que têm eficácia sobre os comportamentos estatais e preceptivas ou não programáticas aquelas que recaem sobre relações privadas (...) as programáticas se caracterizam pelo seu alto teor de abstração e imperfeição (normas incompletas que demandam operações integrativas), e as preceptivas ou não programáticas por serem normas concretas e completas, suscetíveis de imediata aplicação e dotadas de incontestável juridicidade (BONAVIDES, 2016, p. 244).

A ideia é basicamente que as normas programáticas criassem e estabelecessem programas ou metas a serem atendidas, e que, em contrapartida, as chamadas normas preceptivas ou vinculantes seriam dotadas de maior grau de eficácia por vincular diretamente o Estado nos escopos padronizados nesta Carta Magna.

Com isso, não é improprio algum se dizer que na atualidade, após 28 anos da nova Constituição, os grandes problemas vividos pelo Direito Constitucional como experiência normativa e pelo próprio Constitucionalismo – aqui como um *sistema de Direito Constitucional* – dizem respeito à eficácia de seus preceitos fundamentais.

Esta conclusão, entretanto, não é tão nova assim.

Há não menos que três décadas já se discutia em países como França, Alemanha, Itália e, a propósito, na república irmã de Portugal, a noção de uma Constituição da nova era, do crepúsculo do Constitucionalismo, à qual se atribui o nome de *Constituição Dirigente*, tese de doutoramento do professor José Joaquim Gomes Canotilho, que trata, além dos problemas de ineficácia das normas constitucionais e das omissões legislativas aos padrões da Constituição vigente na proteção dos direitos fundamentais, da necessidade de uma nova interpretação que a transforme sem que, para com isso, seja necessário alterar seu teor textual escrito.

Em suma e para se complementar este raciocínio, a ideia de uma Constituição Dirigente marca o período de transição política ao aperfeiçoamento do Estado Social-prestacionista.

A discussão também está totalmente imbricada à tese da força normativa da Constituição, como proposto por Hesse (*die normative kraft der verfassung*) que é complexificada através do postulado segundo o qual os textos constitucionais desta Nova Era

– de um Estado social com pretensão de efetividade – devem se entrelaçar com a reciprocidade existente entre a Constituição jurídica e a faticidade político-social que a acompanha como sendo sua verdadeira condição de eficácia, sob pena da contradição à essência da Constituição formal.

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”; não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica (HESSE, 1991, p. 13).

Na talante do Constitucionalismo contemporâneo, diversamente das outras Cartas Políticas anteriores, a brasileira de 1.988 ergueu-se e se reestruturou a partir de pilares inovadores que no conjunto estrutural de sua obra e no todo da perspectiva ideológica que lhe rodeava, somaram os componentes perfeitos à fundação do denominado Estado Democrático de Direito, de inspiração no Estado de bem-estar social, pois além de o País estar passando por um evidente momento de transição política, o texto da Carta Magna se convergia aos fins pretendidos pelos cidadãos.

Mas esse modelo, contudo, precisa, além de estar previsto, ser presente. Daí porque todas essas teses fazem agora grande sentido, afinal de contas se os direitos fundamentais positivados não se efetivam no plano fático, como se falar que hoje se vive a era do pós-positivismo, no qual nem sequer precisariam vir expressos a serem válidos(?).

Mais uma vez, repita-se aquilo que Lenio Luiz Streck não se cansou em dizer: *uma Constituição não se operacionaliza por si mesma* (STRECK, 2014, p. 277), culpá-la por razões de (in)efetividade não seria condizente a uma sociedade que se autointitula responsável por seus atos.

A Constituição cumpre seu papel a partir do momento em que passa a vigor.

Sua força normativa dependerá, entretanto, da boa intenção em pô-la em prática pelos Poderes e órgãos do Estado e pela própria sociedade civil organizada, afinal, a sociedade aberta dos seus intérpretes – recorde-se Häberle – está aí, mais do que nunca o esteve antes, exemplo disso é o recentíssimo teor do art. 138, do já vigente Código de Processo Civil (Lei Federal n. 13.105/15) que hoje amplia o âmbito de atuação de organismos da sociedade em processos das mais variadas estirpes, na qualidade de *Amicus Curiae*.

Ainda que se viva no meio da famigerada crise política, com o exemplo da Presidente da República recém-eleita e “recém-impeachmentimada”, as projeções são de salto paulatino à superação dos problemas então apresentados com o advento da vigente Constituição.

O impeachment, por si, é um fenótipo de que o Constitucionalismo – como um movimento de conquistas a liberdades e contenção a arbitrariedades e ingerências políticas – mostra-se cada vez mais presente e cheio de vida, motivo pelo qual se insiste dizer, sê-lo a disciplina mãe das demais e diretriz da própria gestão do Estado.

Pelo contexto então trazido, afere-se que no Brasil o Constitucionalismo não se distanciou por demais de outras experiências vivenciadas mundo afora, seja nas revoluções, contextos de pós-guerra, nas insurgências de regimes ditatoriais despóticos ou menos democráticos, sempre se fez vivo como uma serpente faminta e aparentemente inofensiva, mas prestes a dar seu bote fatal e mostrar o seu poder.

A única diferença, contudo, é que como o Constitucionalismo se adequa às realidades diacrônicas e temporais de cada país, no Brasil se manifestou com maior ou menor grau de proeminência de acordo com as tensões e crises políticas que o País atravessava. Todavia, diga-se mais uma vez, sempre presente, reconhecendo ou restaurando liberdades públicas, direitos civis e políticos outrora contrapostos pelo interesse de minorias abastardas, privilegiada pelo domínio momentâneo.

4.4 A importância do Constitucionalismo como metadisciplina jurídica voltada ao garantismo processual

Quando Luigi Ferrajoli explanou sobre sua teoria do garantismo e a propôs ao Direito, ele a dividiu em dois campos com singelas diferenças.

Uma primeira linha de garantismo voltada ao Direito Penal como referência material do Direito, e outra ao Processo Penal como disciplina substantiva, através do qual se traçariam os caminhos a serem percorridos à adequada aplicação do *jus puniendi*, pressuposto lógico inescusável da imposição da sanção penal.

Essa subdivisão permitiu, aliás, que se fizesse um paralelo entre regimes mais autoritários, menos autoritários e regimes jurisdicionais democráticos perfeitos ou em estágio de perfeição, refletindo a fase de desenvolvimento do Constitucionalismo, como sendo ele,

conforme se defendeu ao longo desse estudo, a metadisciplina jurídica a aferir as linhas garantistas adotadas dentre os mais variados países de democracia consolidada.

Assim, se se pudesse dizer que sob a vertente do garantismo pregado por Ferrajoli existiriam certas condições exigidas para aplicar o Direito Penal e, por conseguinte, a pena, como um fim inexorável do processo que tem também seu caráter intrínseco de prevenção geral, poderia se dizer também que essas condições seriam construídas a partir dos alicerces legados pelo Constitucionalismo como um complexo rol de direitos individuais, pois os movimentos constitucionais que rompem com o velho regime de Direito Constitucional é que robustecem o sistema jurídico vigente a partir de então.

Nessa mesma linha, tanto o Direito Penal, quanto o Processo Penal passam a ter uma identidade inovadora, proposta para adequar-se à recém gama jurídica constituído a partir de então.

A título demonstrativo, pode-se apresentar algumas garantias, como sendo garantias voltadas eminentemente ao Processo Penal.

A garantia do contraditório e da ampla defesa é um belo exemplo de garantia processual; assim como também as são as do devido processo legal, como cláusula de respeito às regras do Código de Processo; a garantia que veda a utilização das provas ilícitas (alvo primeiro deste exórdio e de fechamento desta pesquisa), dentre outras tantas que se encontram principalmente no artigo 5º, da Carta Política de 1.988.

Outra garantia processual que se pode citar é a de que o interrogatório do acusado passa a ser o último ato de prova da instrução processual para o procedimento ordinário (CPP, art. 400). Essa é uma nova garantia processual – pois criada pela Lei n. 11.719/08 – alinhada aos preceitos do contraditório e visando melhorar a ampla defesa do réu.

Com efeito, os atos administrativos e jurisdicionais que desrespeitarem essas disposições devem ser anulados, assim como as provas que forem produzidas sem a observância dessas regras.

O mesmo se diga às legislações no plano infraconstitucional que, nesta hipótese, devem ser revogadas.

A partir daí ganha importância ainda maior, embora este não venha a ser o objeto deste estudo, as teorias da recepção e do controle de constitucionalidade, onde esta última, a propósito, no Brasil, pode ser feita tanto através da via concentrada, por meio das ações e dos legitimados próprios, quanto pela modalidade difusa, possibilitando a qualquer magistrado aferir sobre a constitucionalidade ou não da norma infraconstitucional em paralelo a então Constituição a qual vem a lume como fruto do Constitucionalismo, notadamente através de

seu movimento. O Constitucionalismo nesta guisa de análise muito contribuiu para a ampliação das ações constitucionais, da própria jurisdição constitucional e das teorias interpretativas da Constituição.

Foi o que ocorreu, aliás, com o advento da Constituição de 1.988 em que o Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/40) e o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41) foram recepcionados pela Carta Política Republicana com status de Lei Ordinária em face da ausência de previsão constitucional dos vergastados Decretos-Leis nas espécies normativas arroladas no art. 59 da Carta Política.

Em resumo, os dispositivos dos dois ordenamentos que não se adequarem à nova ordem constitucional foram e continuam sendo revogados pelo processo do controle de constitucionalidade, nomeadamente pela via concentrada em razão dos efeitos *erga omnes* próprios desta modalidade.

Com isso, é fácil se notar que o fenômeno do Constitucionalismo se apresenta como uma disciplina jurídica mãe de todas as demais.

Mas o mais interessante é que se trata de uma disciplina que não é regida com prescrições normativas expressas, com regras ou princípios tipificados por um ordenamento constitucional ou legal. Não. Isto, aliás, é o que faz com que o diferencie de uma disciplina jurídica como outra.

A gênese por tão suprema que é, não encontra prescrições legais em textos escritos.

Sem pretensão de isentar-se das críticas que a teoria desenvolvida possa render, mas é bom advertir que não se tem a intenção de inovar a Teoria Pura do Direito de Kelsen.

Ressalve-se, todavia, que após percorrer as delongas do Constitucionalismo como foi feito nos tópicos anteriores, é-se permitido dizer que quem traça a norma fundamental (a dita hipotética) – aquela que se encontra no ápice das demais e que justificaria o Direito (positivo) – é, sem margem a titubeio, o Constitucionalismo e não a Constituição ou mesmo o Direito Constitucional.

O Constitucionalismo é, portanto, a raiz embrionária de todas as disciplinas que orbitam no sistema jurídico. Todas as disciplinas então devem reverência a ele.

A propósito, muito embora isso possa ser alvo de objeções científicas em virtude da audácia deste entendimento principalmente, o próprio Kelsen já esclareceu que a finalidade da norma hipotética fundamental ao Direito é, nada mais que, a razão de seu fundamento e da sua validade. Apenas isso.

A norma fundamental, determinada pela Teoria Pura do Direito como condição da validade jurídica objetiva, fundamenta, porém, a validade de qualquer ordem jurídica positiva, quer dizer, de toda ordem positiva globalmente eficaz estabelecida por atos humanos. De acordo com a Teoria Pura do Direito, como teoria jurídica positivista, nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme à sua norma fundamental, e, portanto, como não válida. O conteúdo de uma ordem jurídica positiva é completamente independente da sua norma fundamental. Na verdade – tem de acentuar-se bem – da norma fundamental apenas que pode ser derivada à validade e não o conteúdo da ordem jurídica. Toda ordem coercitiva globalmente eficaz pode ser pensada como ordem normativa objetivamente válida. A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas (KELSEN, 2015, p. 242).

O objeto desta investigação não se concentra sobre a discussão ou sobre a tentativa de recriação da teoria da norma hipotética fundamental de Kelsen, mas somente uma tentativa de aproximá-la ao Constitucionalismo como sendo a progênie do ordenamento que se fixa a partir da nova Constituição (fruto do movimento de Constitucionalismo).

A teoria do garantismo processual deve sua existência ao Constitucionalismo. Seria um ato de grande hipocrisia negar este pensamento, pois o Constitucionalismo é que traz a lume novos direitos individuais, novos freios a dosar o poder arbitrário e tirano em detrimento das conquistas alcançadas, ou a nova organização do Estado e das diretrizes ao sistema político em razão de experiências negativas.

Se há, portanto, um horizonte a ser vislumbrado pelo Processo como um substrato do Constitucionalismo, este horizonte é das garantias constitucionais que põe o indivíduo em primeiro plano e relega a finalidade punitiva como um poder do Estado de Direito ou Democrático de Direito sempre à margem secundária.

Felizmente, somam pontos a este entendimento o fato de que na superfície teórica os direitos individuais hoje não mais admitem retrocessão, como um composto ideal à segurança jurídica que o sistema deve proporcionar ao indivíduo, protagonista de toda ação política que o norteia.

4.4 Para uma compreensão final da prova no Processo Penal sob as guinadas do Constitucionalismo contemporâneo

Após percorrer todo o caminho que se traçou ao longo deste estudo, cotejando-se principalmente as molduras analíticas da prova dentro da concepção de um Processo Penal arrimado nos ditames constitucionais, seu tradicional conceito – como sendo o meio pelo qual se revisitam os fatos ou, ainda, o conjunto de atos processuais tendentes a se averiguar a

“verdade” e formar, *alfim*, o convencimento do julgador sobre as imputações feitas – perde espaço a outras definições mais abrangentes, com um *plus* todo especial, a se comprovar que o Constitucionalismo contemporâneo trouxe sim contribuição a isto.

É de se dizer que à luz do Constitucionalismo, a prova se apresenta como uma garantia do próprio acusado frente ao processo que tem como fim apresentar as base para seu julgamento, ainda que isto não seja previsto no texto constitucional, como no caso da nossa Constituição o seu criador teve o cuidado de expressá-la na norma do art. 5º, inc. LVI.

Por isso vale dizer que a garantia é constitucional, mas como garantia constitucional é fruto das conquistas do Constitucionalismo, de seus movimentos renovadores.

Já dizia Ferrajoli, a propósito, que a prova como uma garantia e ao mesmo tempo uma finalidade do processo, possui ambivalência indutiva (FERRAJOLI, 2014, p. 124), ao passo em que é representada como uma condição de verificabilidade dos fatos a partir da premissa maior da estrita legalidade.

É também uma condição permissiva à refutabilidade do contexto narrado pelo acusador.

Daí dizer que o mestre fiorentino assiste completa razão sobre a ambivalência indutiva da prova, sua dupla função.

A prova permite, assim, a avaliação criteriosa do que se põe em juízo e a contestação dos fatos, mas dependerá, para atingir seu grau máximo de validade, da observância dos critérios jurídicos (princípios e regras) que se lança mão no texto da Carta Política em prol dos cidadãos, proporcionando um verdadeiro fechamento do sistema.

A garantia de proibição da utilização de provas ilícitas como azo de condenação é uma só, mas não se dissocia de outras garantias espargidas na Constituição e no Código de Processo Penal como arcabouço secundário de regras processuais do modo que foi, aliás, demonstrado no tópico anterior.

Sob a ótica do Constitucionalismo contemporâneo, a prova é o produto de uma atividade jurisdicional dotada de razão e legalidade a se obter uma probabilidade – princípio de probabilidade – de se aproximar dos fatos como ocorreram no mundo real, através do processo legal e justo – lembrando que o princípio de justiça foi também expressamente objetivado na Constituição (CRFB, art. 3º, inc. I) – para que se possa, como aspiração máxima, aplicar ou não o *jus puniendi*.

Resta, por assim dizer, que esta é uma definição condizente e moderna com a compreensão da prova a partir dos parâmetros legados pelo Constitucionalismo contemporâneo.

É justamente com base nesse entendimento que se refutou no Capítulo 3, com tamanha pretensiosidade técnicas espúrias de obtenção de provas, escancaradas como se regra do procedimento instrutório.

Refere-se evidentemente ao instituto da colaboração premiada, técnica muito útil de se alcançar uma prova, mas muito perigosa e perniciososa de usada sem critérios justificadores ao ponto de levar o Processo Penal a um estado de caos irreversível, reconstruindo fatos como “colcha de retalhos”, onde a punição de alguns vale o restauro da liberdade de outros – criminosos do mesmo quilate – mas que ganham uma “colher de chá” por auxiliarem na punição do outro.

E de quem é a culpa afinal? Do suposto ou imputado chefe da organização ou de seu *longa manus*, que por vezes, para travestir-se de subordinado, apenas transveste-se desta condição? Não se conhece sequer quem são os personagens, como se dizer então que o produto da colaboração premiada foi útil à descoberta da verdade?

Mais uma vez, em nome da verdade e não da probabilidade, que se recorra a Bazarian e que se revise Ferrajoli, porque a chaga está aberta.

É bem simples se dizer que por uma razão própria a cereja do bolo vem ao final da obra – “em cima do bolo”.

O grande problema de tudo é colocado agora sob forma de pergunta: qual será o legado dos processos criminais de fundo político-(“a”)partidário que tanto se utilizaram do mecanismo da colaboração premiada para instruir suas pretensões e punir aqueles que se julgavam culpados?

Sendo mais claro e “dando nome aos bois”: quais serão os precedentes a serem utilizados nos mais variados processos criminais Brasil afora após o julgamento da “*operação lava-jato*”? Após a queda do avião que transportava o falecido Ministro Teori Zavascki no último dia 19 de janeiro de 2017, relator da operação no Supremo Tribunal Federal, inúmeras teorias conspiratórias vieram à lume.

Qual o reflexo disso nas centenas de milhares de processos-crimes que somam os acervos do Judiciário e ainda pendem de julgamento?

Creia-se ou não, mas ainda não se sabe ao certo. Pelo andar da carruagem os prognósticos não são positivos.

Os precedentes legados serão: para se atender a um fim político ou ideológico, tudo se pode, *dês que*: em nome da verdade e não da probabilidade. Infelizmente.

CONCLUSÕES

Durante todo o percurso deste ensaio a análise da prova, como a objetividade científica de um processo filosoficamente moldado a partir da ideologia garantista funcionalmente alinhada aos ditames da ordem constitucional vigente, foi o conteúdo central das discussões e dos aporismas que surgiram ao longo de toda a pesquisa jurídica.

A prova, aliás, – dita auferida em submissão aos rigores das regras e princípios constitucionais, como sendo a norma jurídica de observância obrigatória às decisões jurisdicionais – é o conteúdo de fundamentação do Processo Penal que se diga escorado no princípio de legalidade e no fundamento maior de dignidade da pessoa humana.

Processo sem o estrito respeito à prova – constitucionalmente válida – é uma estrada sem destino, que não chega a lugar algum, pois as vicissitudes que recaem sobre ele são capazes de invalidá-lo integralmente.

A análise sobre a legalidade da prova em paralelo aos métodos de busca a respostas válidas a estes fatos, especialmente os inaugurados e ora regidos pela Lei de Organizações Criminosas, permitiu com que a pesquisa se deparasse com outras questões de não menos importância como, p. ex., a perquirição dentro do Processo Penal sobre a teoria da verdade, a teoria da proporcionalidade, teoria do domínio do fato, a evolução dos direitos fundamentais e o estudo a parte sobre o Constitucionalismo.

A partir de agora, lança-se mão de um apanhado geral a ser apresentado em sede das derradeiras considerações conclusivas para se mostrar o norte e os resultados desta pesquisa.

No primeiro Capítulo é feita uma abordagem filosófica a partir dos grandes problemas da teoria geral da prova que o Processo Penal da contemporaneidade acaba se deparando e acaba sendo obrigado a apontar soluções.

Discute-se naquele contexto sobre a existência ou não da identidade filosófica do Processo Penal e se se afirma que a identidade do processo está na Constituição.

Revisita-se o legado deixado por Jacob Bazarian o grande difusor da teoria da verdade no campo da filosofia, quando bem definiu suas nuances, subdividindo-a em verdade objetiva e verdade subjetiva.

Sobre o estudo da verdade se conclui que verdade subjetiva não é a verdade que o processo espera, senão o reflexo da verdade animada no inconsciente do juiz, ser humano como todos os outros homens.

Ainda sobre a filosofia da verdade surge Luigi Ferrajoli com sua pesada crítica de que ela não passaria de uma suposição para aproximar-se do seu real sentido e justificar a intenção do juiz parcial na sua atividade solene.

Em razão disso, propõe-se naquele mesmo Capítulo a reformulação do “princípio da verdade real” pelo “*princípio da probabilidade*”, “*princípio de aproximação da verdade*”, ou simplesmente “*princípio da verdade provável*”, como uma forma de suavizar a aplicação deste princípio realocá-lo em sua posição correta, isto é, abaixo das normas constitucionais por não estar inserido na Constituição, como um simples princípio como outro que tem por objeto auxiliar o juiz na condução da marcha processual diante das lacunas da lei, mas não animar os fins do processo como tem sido, equivocadamente, utilizado.

Ainda no Capítulo primeiro levantou-se também a problemática do solipsismo como pressuposto da vontade insólita e subjetivada do juiz para decidir segundo suas crenças ideológicas, como se um desdobramento da livre persuasão racional, sistema adotado pelo Código de Processo Penal quanto às provas, de acordo com a corrente doutrinária majoritária.

Para o nosso dissabor, chegou-se à conclusão de que ainda não há mecanismos expressos a se limitar o famigerado decisionismo com ares a sistematizar a produção de decisões, como ocorreu à semelhança do novo Código de Processo Civil que trouxera agora expresso em seu texto condições de validade da sentença, com proibições anunciadas (CPC/15, art. 489, § 1º, incs. I a VI).

Mas se concluiu também que o avanço da lei processual civil neste aspecto em paralelo à processual penal já seria um passo importante ao remodelamento do sistema processual penal que, embora não permita a utilização do dispositivo do Código de Processo Civil vigente por analogia, sinaliza pela necessidade de mudança da lei a fim de adequá-la aos propósitos da Constituição, funcionalizando cada vez mais a atividade jurisdicional que deve se guiar em nome do respeito aos direitos e das garantias constitucionais.

Demais disso, foram apontadas sugestões importantes quando do estudo da prova no segundo Capítulo dessa pesquisa, com conclusões seguras de que é cada vez mais importante se valorizar os sentidos e valores da Constituição.

Além de trazer à lume pontuações relevantes e as conhecidas classificações sobre a prova, foi feito um aprofundamento visível no estudo sobre a sua ilicitude e hipóteses comuns, as teorias que a rodeiam, a possibilidade de aplicação da prova ilícita em benefício do acusado em consonância ao sistema processual penal que se orienta pelo postulado do *favor rei*, e um estudo pormenorizado sobre a teoria da proporcionalidade aplicada ao Direito brasileiro.

Naquele segundo Capítulo afora a abordagem sobre essas questões clássicas já tratadas e exploradas num geral pela doutrina, teceu-se uma crítica mais proeminente quanto à simples previsão legal do efeito da prova ilícita, que é o seu banal desentranhamento do processo quando verificada a ilicitude pelo juiz, tomando em consideração que esta informação na verdade já ficaria subscrita no íntimo do julgador e, inevitavelmente, repercutiria na tomada de sua decisão.

O vetado § 4º, do art. 157 do CPP, acabou importando em prejuízo ao acusado, pois estabelecia que o juiz que tivesse contato com a prova ilícita, muito embora houvesse determinado seu desentranhamento – como efeito geral da ilicitude da prova ora detectada – não poderia proferir decisão de mérito na ação penal.

Levando em contas que o veto do dispositivo acabou mantido pelo Congresso, concluímos que o magistrado que se deparasse com essa situação, tomando conhecimento da prova ilícita, mesmo após ter determinado seu desentranhamento repousasse sobre ele a convicção da culpa do réu, deverá declarar-se suspeito e encaminhar os autos ao substituto legal, para não comprometer nem a validade da instrução processual, nem a garantia de que devem ser repelidas as provas ilícitas e todos efeitos dela originados como prejuízo ao direito de liberdade do acusado.

Sobre a teoria da proporcionalidade, tendo em vista a ausência de consenso dogmático sobre sua definição e real utilidade, sugeriu-se também seu regramento no plano constitucional, criando pressupostos expressos a se normatizar sua aplicação nas decisões judiciais, pois restou constatado pela pesquisa o mau uso desta teoria pelos juízes e tribunais Brasil afora, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal que ainda não consolidou um consenso seguro sobre o assunto.

A partir do terceiro Capítulo é realizado um apanhado geral e aprofundado sobre a Lei de Organizações Criminosas, passando pela evolução histórica e conceitual do crime organizado, as primeiras legislações brasileiras a tratar do assunto, as lacunas da ausência de um conceito legal sobre o que vinha a ser organização criminosa até 2013, e também a falta de um tipo penal específico a criminalizar a figura da organização criminosa.

Após avançar sobre a atual posição do Brasil frente à Lei n. 12.850/13 quanto ao crime organizado, adentramos no cotejo das novas ferramentas de coleta de prova, com especial destaque ao instituto da “*colaboração premiada*” (e não delação premiada como foi indicado no tópico 3.4.1), analisando-as principalmente sob à égide dos princípios e regras do Direito Constitucional.

Tendo sido dedicado um tópico exclusivo para abordar sobre a famigerada *teoria do domínio do fato*, foram levantados dados que nos permitiu também avaliar as controversas condições de sua aplicabilidade para no Direito Penal brasileiro, especialmente porque a teoria tem sido aplicada em diversos casos envolvendo grandes redes de organizações criminosas no Brasil e tratativa do tema, definindo-o como um problema clássico do Direito Penal, muito contribuiria para uma visão geral sobre ele e sobre as próprias estruturas das organizações criminosas e como atuaria o Estado na punição dos chefes dessas organizações diante de casos concretos.

Sobre este ponto concluímos que o Direito Penal brasileiro ainda não possui condições reais para aplicá-la na forma em que se pretende os tribunais, tendo em vista sobretudo ir em confronto aos princípios de legalidade e pessoalidade da pena que se convergem inteiramente às teorias subjetivas da autoria e que de modo reflexo acabam ferindo a garantia de vedação às provas ilícitas no processo.

À guisa das considerações finais e num apanhado geral sobre esses temas, a pesquisa nos permitiu concluir também que a ferramenta da colaboração premiada é medida de coleta de prova excepcionalíssima, não sendo portanto um meio de uso livre ao juiz quando diante da instrução de processos envolvendo outras infrações penais que não se evidencie a participação de organizações criminosas na empreitada desses crimes, lembrando sempre que o instituto também é previsto em outros diplomas legislativos, onde naquelas hipóteses também poderá ser aplicada em caráter estritamente residual.

A última parte do trabalho é uma tentativa de aproximar os temas *teoria geral da prova, provas ilícitas, direitos e garantias fundamentais* ao fenômeno do Constitucionalismo no plexo do macrossistema do Direito Constitucional.

Conclui-se neste ponto que o Constitucionalismo se trata de uma metadisciplina voltada à proteção da pessoa humana por meio da criação de novos direitos e da vedação a retrocessos sociais, cujos seus movimentos impediriam a banalização do sistema garantista, não só vislumbrando-o dentro da garantia de vedação da prova ilícita, mas também e principalmente de outras garantias que constroem o complexo sistema de Direito Constitucional.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2015.
- _____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed., 2. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2009.
- BALTAZAR JR., José Paulo. *Crimes federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 2. ed., São Paulo: Alfa-ômega, 1985.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas (Dei delitti e dele pene - 1764)*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos (L'età dei diritti)*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2016.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed., 1. reimp., Coimbra: Almedina 2012.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 5. reimp., Coimbra: Almedina, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 3. ed., Leme-SP: Edijur, 2013.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de “de emergência”: a avaliação nos 20 anos de vigência da Constituição de 1988*. In: PRADO, Geraldo; Malan, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Barcelona: Editorial Ibero-Americana, 1938.

- DE SANCTIS, Fausto Martin. *Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A inquisição em seu mundo*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1993.
- GORPHE, François. *De la apreciacion de las pruebas*. Trad. Luiz Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires: Bosh y Cía. Editores, 1950.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3. ed., São Paulo: RCS Editora, 2007.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito (Concept of law)*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Die normative kraft der verfassung)*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil (Leviathan: or the matter, form and power of a commonwealth ecclesiastical and civil)*. Trad. Rosina D'Angina, São Paulo: Martin Claret ed., 2015.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed., 5. tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição(?)*. Campinas-SP: Servanda Editora, 2015.
- LOPES JR., Aury. *Curso de processo penal*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos e mecanismos legais*. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2016.
- MITTERMAIER, C. J. A.. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. Herbert Wuntzel Heinrich. Campinas-SP: Bookseller, 1997.

- MORAIS, Paulo Heber de, LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas-SP: Julex livros, 1993.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo(?)*. Trad. Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MUSCI, Aldo. *Tutte le mafie del mondo*. Nuovi Equilibri: Stampa Alternati, 2011.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça (A theory of justice)*. Trad. Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça (Onlawand justice)*. Trad. e notas Edson Bini. 2. ed. Bauru-SP: Edipro, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres. *Prova no processo penal: justiça como fundamento axiológico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed., 2. tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.