

Sônia Silva Brito Lima

## **O AGENTE INFILTRADO**

**O Problema da Legitimidade no Processo Penal do Estado  
de Direito e na Experiência Brasileira**

Tese de Doutoramento em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Professor Doutor Manuel da Costa Andrade

2013



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**Sônia Silva Brito Lima**

**O AGENTE INFILTRADO**

**O Problema da Legitimidade no Processo Penal do Estado  
de Direito e na Experiência Brasileira**

**Tese apresentada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na  
especialidade de Ciências Jurídico-Criminais.**

**2013**



**UNIVERSIDADE DE COIMBRA**



**UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

Faculdade de Direito

**O AGENTE INFILTRADO**

**O Problema da Legitimidade no Processo Penal do Estado  
de Direito e na Experiência Brasileira**

Tese apresentada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na  
especialidade de Ciências Jurídico-Criminais.

Sônia Silva Brito Lima

Coimbra - Portugal

2013

Tese realizada sob a orientação do  
Professor Doutor Manuel da Costa Andrade  
Professor Catedrático do Departamento de Ciências Jurídico-Criminais  
da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

À minha família

## **Agradecimentos**

Minhas primeiras palavras são de agradecimento ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade, meu Orientador que, não obstante a distância (Brasil / Portugal), sempre contei com sua franca disponibilidade para debater as inúmeras questões no contexto do nosso trabalho com as quais me deparei. Não poderia ser de outro modo minha insistência em ouvir e absorver os conhecimentos de um dos mais notáveis fundadores da doutrina portuguesa das proibições de prova. De resto, credor privilegiado de meu reconhecimento pelo seu modo reverenciador da doutrina jurídica, com elegância de estilo, dedicação e zelo, transmitindo aos seus discípulos, experiências hauridas em sua vida jurídica. É o Professor Doutor Manuel da Costa Andrade um legado e exemplo para nós todos cultores das Ciências Jurídicas.

Com igual gratidão, dirijo-me à Professora Doutora La-Saete Carneiro, Diretora do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra que, por sua firmeza, conquistou a admiração, respeito e confiabilidade do mundo acadêmico, avultando-se por suas decisões, assinaladas pela integridade, e visão institucional, aliadas, designadamente, ao seu notável conhecimento jurídico. Deixo aqui expresso que, sem a sua generosidade e compreensão, minha procura de acesso à tão almejada cultura jurídica portuguesa, em Coimbra – um sinônimo de inovação, tanto no passado como na atualidade – talvez não se concretizasse. Razão de minha gratidão eterna.

Refiro-me, no prosseguimento dos meus agradecimentos, à Doutora Joana Moreira, ressaltando que sua pujante juventude assume a direção de significativos setores da sociedade acadêmica que, na sua essência, serão sempre jovens num ressurgimento de integridade, confiabilidade, competência a comprovar que “o Direito é um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos, mas ainda de uma nação inteira”. Doutora Joana, “só as águas correntes traduzem movimento e vida”. Credito-lhe, carinhosamente, gratidão e admiração.

Meus agradecimentos ao Doutor Fernando Costa, ao qual reverencio através da oração de Romano Guardini, em sua obra – *O Senhor: A justiça dá ao espírito a satisfação de ver reinar a ordem, mas a bondade faz brotar a alegria da vida criadora*. Por isso, a verdadeira justiça é um fruto da bondade. A justiça ocupa-se daquilo que é, mas a bondade renova. Nestas palavras emprestadas, demonstro meu reconhecimento e gratidão pela sua coerência nas providências legais tomadas, para que eu pudesse concretizar meu sonho.

Minha gratidão à Senhora Maria do Rosário Lucas (de saudosa memória), na época Secretária do Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Criamos um elo de amizade, uma comunhão espiritual a participar de situações significativas com reflexo na minha vida acadêmica, contando sempre com os seus conselhos. Credito-lhe homenagens de saudades e agradecimentos.

Meus agradecimentos à Senhora Maria Lúcia Rodrigues, na época Bibliotecária do Tribunal Constitucional de Lisboa, de cujo empenho me beneficiou.

Credor da minha gratidão é, outrossim, o *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, em Freiburg (Breisgan)*, onde tive a oportunidade de realizar a nossa investigação científica, já vai decorrida mais de meia-década, que me franqueou as suas portas, onde sempre entrei com a liberdade e familiaridade de quem se sente entre os seus. Razão dos meus agradecimentos, particularmente sentidos aos Professores Doutores Joahanna Rinceanu e Pablo Galain.

Minha gratidão ao Goethe Institut, Freiburg in Deutschland, onde tive o ensejo de estudar alemão. Reverencio na pessoa da Professora Doutora Marianne Kolb, a qual me fez ver que aprender alemão na Alemanha é mergulhar no idioma e na cultura, é conhecer de perto o povo alemão.

Devo registrar uma palavra de gratidão e reconhecimento ao Professor Teófilo Ramos Gomes que, com abnegação profissional e invulgar capacidade e acerto, se dispôs a digitar o original.

## ABREVIATURAS

BetrVerfG	- Betriebsverfassungsgesetz
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	- Bundesgerichtshof
BMJ	- Boletim do Ministério Público
BVerfGE	- Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CPP	- Código de Processo Penal
DAR	- Deutsches Autorech
GA	- Goldammer's Archiv für Strafrecht
JW	- Juristisch Wochenschrift
JZ	- Juristenzeitung
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	- Neue Zeitschrift für Strafrech
NStZ	- Neue Zeitschrift für Strafrecht
Schönke/Schröder	- Stragesetzbuch. Kommentar. (Fundado por Schönke e Schröder, 22 <sup>a</sup> ed.)
StGB	- Strafgesetzbuch
StPO	- Strafprozessordnung
StV	- Strafverteidiger
ZStW	- Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft



## RESUMO

Através de uma norma de emergência (Lei N° 9.034/1995, modificada posteriormente pelas Leis N° 10.217/2001 e N° 6.578/2009), o Estado brasileiro cria um tipo penal que não reprime a força econômica e opressora de criminalidade organizada, alicerçada, referida lei, em distorções técnicas, designadamente a ausência de tipificação de crime organizado. Tendo em vista as incongruências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do crime organizado na sua propensão jurídico-criminal, evidenciam-se, desde logo, as *liberdades públicas*, encaradas com preocupação, vistas as medidas excepcionais de caráter institucionalizado, de legitimação material formal - procedimental pela ordem jurídica, embora restritivas de direitos fundamentais. São medidas de natureza investigatória e preventiva da criminalidade, no âmbito do respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, em obediência aos princípios da subsidiariedade, da exceção e da proporcionalidade na sua trilogia: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade*, o que implica na adoção de medidas adequadas para certas infrações de natureza criminal. A finalidade dessas medidas é a proteção de pessoas e bens, a vigilância de indivíduos e locais suspeitos, sem restrição ou limites. O Tribunal Constitucional Federal tem mencionado expressamente o princípio de um tratamento geral e diferenciado para crimes mais graves, oferecendo uma fundamentação própria ao entendimento de que o regime do §100a deve generalizar-se às demais formas de intervenção e devassa. Isso a partir da consideração de que, à semelhança do que acontece para as escutas telefônicas, e também, para os demais meios de prova, a Constituição oferece ao legislador ordinário um campo considerável de possibilidades de compressão dos direitos fundamentais para, à luz do *princípio da ponderação*, dar resposta adequada à ameaça da criminalidade mais grave. Em geral, não subsistem obstáculos jurídico-constitucionais a que, nos casos de criminalidade grave - contra a integridade física e a vida, contra os fundamentos existenciais de uma ordenação comunitária livre e democrática ou contra outros bens jurídicos de idêntica dignidade. Diante da necessidade da justiça penal na procura da verdade,

recua a esfera íntima quando, à luz do princípio da proporcionalidade, a ponderação faz emergir prevalecente necessidade da justiça criminal exigindo a admissibilidade de produção e valoração do meio de prova. O atentado de 11 de Setembro de 2001 às Torres Gêmeas do World Trade Center, em Nova Iorque e o "Mensalão" - o maior caso de corrupção na História do Brasil, julgado em 2012, justificam uma iminente modificação processual penal - uma tarefa inadiável, que aos ordenamentos jurídicos acarretará algumas restrições no âmbito dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, consagrando o uso dos métodos ocultos de investigação, numa demonstração de conflitualidade unidimensional a partir da sua definição como "meros instrumentos da tutela de direitos individuais". Instrumentos cuja atualização, em nome e ao serviço de direitos individuais constitucionalmente sancionados, colidem forçosa e abertamente com outro interesse de não menos ostensiva dignidade: "uma justiça criminal, sem a qual nunca poderia afirmar-se plenamente realizado o Estado de Direitos". Em se admitindo uma investigação através de métodos ocultos, "pelo menos em relação a perigos concretos e imediatos de atentado contra a vida ou a perigo correspondente de sacrifício grave da integridade física de terceiros, caracteriza-se uma situação em que a investigação oculta se constitui no "Mal Necessário", onde a área de restrição de direitos é muito complexa e longe de ser clarificada e solucionada em termos intersubjectivamente.

## **ABSTRACT**

Through a standard emergency (Law No. 9.034/1995, later modified by Law No 10.217/2001 and No. 6.578/2009), the Brazilian state creates a criminal type that does not repress the economic strength of organized crime and oppressive, founded, referred distortions techniques, namely the absence of criminalization of organized crime. Given the inconsistencies doctrinal and jurisprudential about organized crime in their propensity legal-criminal, became evident, therefore, the public liberties, viewed with concern, considering the exceptional measures institutionalized character of legitimacy formal material - the procedural order legal, although restricting fundamental rights. Are measures of preventive and investigative nature of the crime, in the respect for the rights, freedoms and guarantees of citizens, under the principles of subsidiarity and proportionality of the exception in his trilogy: appropriateness, necessity and proportionality, which implies the adoption appropriate measures for certain criminal offenses. The purpose of these measures is the protection of people and property, and surveillance of individuals suspected sites without restrictions or limits. The Federal Constitutional Court has expressly mentioned the principle of a general and differential treatment for more serious crimes, offering a rationale itself to the understanding that the rules of § 100a should generalize to other forms of intervention and wanton. This from the consideration that, similarly to what happens for wiretapping, and also for other evidence, the Constitution gives the ordinary legislator considerable scope of possibilities for compression of fundamental rights in the light of the principle weighting, appropriately respond to the threat of more serious crime. In general, there remain legal and constitutional obstacles that, in cases of serious crime - against the physical integrity and life, against the existential foundations of a democratic and free community ordination or against other legal interests of equal dignity. Given the necessity of criminal justice in the search for truth, the intimate sphere recedes when, under the principle of proportionality, the weighting does emerge prevailing need for criminal justice requiring the admissibility of production and valuation evidence. The events

of September 11, 2011 the Twin Towers of the World Trade Center in New York and "Mensalão" - the biggest corruption case in the history of Brazil, tried in 2012, justify an imminent change criminal procedure - one urgent task, which to incur some legal restrictions on the scope of the rights and guarantees of citizens, establishing the use of occult methods research, demonstrating unidimensional conflict from its definition as "mere instruments of protection of individual rights." Instruments whose update, and service on behalf of individual rights constitutionally sanctioned collide forcibly and openly with other interest of not less ostentatious dignity: "A criminal justice, without which it could never assert itself fully realized the rule of Rights." In admitting an inquiry through occult methods, "at least in relation to concrete and immediate danger of attack against the life or danger corresponding sacrifice severe physical integrity of others, characterizes a situation in which the occult investigation constitutes the "Necessary Evil", where the area of restriction of rights is very complex and far from being clarified and resolved in terms intersubjectively.

## INTRODUÇÃO

### Considerações Gerais

A descontinuidade causada aos aplicadores da Lei nº 9.034 de 3 de maio de 1995, acerca dos meios operacionais para prevenção e repressão às ações perpetradas por “organizações criminosas”, levar-nos-á a uma reflexão detida sobre o movimento legiferante brasileiro, designadamente uma tarefa por demais controvertida, que nos conduzirá a dificuldades extremas por se tratar de política criminal de exceção, que se auto-limita, de cujos procedimentos adotados contrariam, em parte, o Processo Penal do Estado de Direito, destacando-se as alterações implementadas pelas Leis: nº 9.613/98, nº 10.217/2001 e Substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.578/2009.

Na nossa *Dienstreise* fluiremos detidamente nas comportas das citações e do aparato bibliográfico, compulsando-nos a cumprir nossas tarefas (*Dienststunden*) ao arrimo das sábias e autorizadas orientações do panorama nacional e internacional, ouvindo, prazerosamente, dentre outras, as vozes dos cultores jurídico-portugueses.

Almejamos prestar um modesto tributo aos arquetípicos e contrafáticos paradigmas de compreensão do direito, onde ecoam angústias, conflitos e problemas reais, dotados de integridade e consistência sistemáticas e alinhadas com os valores e imperativos da Justiça, abrigados sob o chapéu da política criminal.

Na tentativa de busca da abordagem do tema em todos os aspectos, notadamente no âmbito jurídico, surpreenderemo-nos com infindáveis considerações, que nos empurrarão para uma via de explanação de ordem pessoal e social, distanciando-nos, embora, de qualquer ideologia de ordem sentimental sobre o agente infiltrado como método da *persecutio criminis* no contexto do crime organizado.

O que parece irrecusável, tendo em vista o número e o peso das novas soluções jurídico-positivas que, nas duas últimas décadas se vão, num ritmo sincrônico, mostrando-se impostas, às custas do afastamento por

enfraquecimento de conceitos e princípios ditos basilares do processo penal do Estado liberal ou sua substituição por outros irreconciliavelmente antinômicos, assim avulta Manoel da Costa Andrade, “Métodos Ocultos de Investigação (plädoyer para uma Teoria Geral)”, *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? (Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Escola de Direito da Universidade do Minho, 2009, p. 527)*. Contando algumas vezes, numa consideração mais genérica, com a positivação legal explícita, a estender no seu expoente o espectro de dispositivos que legitimam a compressão dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, numa primeira síntese, a Alemanha onde os §§ da StPO prevêm e autorizam formas mais ou menos agressivas ou invasivas de direitos fundamentais –, §§ 81, 100 e 110 – como sucede em Portugal onde a notável proliferação de leis avulsas com o mesmo objetivo e alcance, vai agigantando as coletâneas de legislação processual penal extravagante.

Numa segunda síntese, na Alemanha, segundo Bernsmann/Jansen, (“Heimliche Ermittlungs methode und ihre Kontrolle. Ein Systematisch Überblick”), *StV*, 1998, pp. 217 e ss., com as constelações do que se vai designando por *Hörfälle* (audição de comunicações telefônicas num segundo auscultador), *Scheinkäufer* (falso comprador ou comprador simulado) e *V-Mann* (homens de confiança), os quais explorando os silêncios e as falhas da lei, fazem-se, continuamente, a marcar presença no dia-a-dia dos tribunais e dos cidadãos, sem pleitear outra legitimação além da que pode advir da recorrente invocação da sua utilidade, ou mesmo carecedora criminalística na direção da eficácia da investigação.

Para além, Bernsmann/Jansen: “em relação aos meios de investigação oculta até aqui regulamentados, o legislador optou por bem envolvê-los na neblina de preceitos extremamente obscuros e inseguros, enquanto que a jurisprudência optou por tentar segui-lo com todas as forças em relação aos métodos ainda não regulamentados (o autor é citado por Manoel da Costa Andrade, in *Separata...*, cit., p. 528).

A causa de tantas celeumas no universo dos aplicadores da Lei nº 9.034/95, explica-se pelas distorções técnicas cometidas pelo legislador do referido diploma legal, ao deixar de explicitar, dentre outras lacunas, o conceito autônomo de “crime organizado” ou de “organização criminosa”. Na referida Lei são inúmeras as citações às “organizações criminosas”, *verbi gratia*, no título principal, na definição do Capítulo I, no art. 2º, *caput*, no art. 2º, inciso II, etc., embora sem uma definição conceitual, levantando dificuldades para o trabalho do exegeta e do aplicador. Assim, o Estado busca uma norma de emergência com a criação de um tipo penal que em nada enfraquece o poderio econômico e opressor do crime organizado, estabelecendo-se, então, uma ilusória idéia de efetivo combate <sup>1</sup>.

A Lei elaborada é de “combate” ao crime organizado (assim dispõe o art. 4º), contudo, não o identifica explicitamente como um todo, gerando obstáculos à sua aplicação.

Nessa síntese enveredaremos por uma perspectiva de esclarecimentos sobre a omissão da Lei nº 9.034/95, alterada pela Lei nº 10.217/2001 (posteriormente o Substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.578/2009 que, alterou a legislação acerca da técnica do agente infiltrado), não tipificando aquele crime, define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem acerca de ilícitos oriundos de ações praticadas por quadrilha ou bando ou “organizações ou associações criminosas” de qualquer tipo. Tais procedimentos como a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, somam-se aos já definidos e regulados pela Lei nº 9.034/95: a ação controlada, desde que mantida sob observação e acompanhamento e o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

---

<sup>1</sup> MIRANDA RODRIGUES, Anabela, entende, nesse sentido, que: “O facto de se estar avultadíssimos e cuja violência é bem conhecida, convoca um discurso de encurtamento dos direitos, liberdades e garantias do delinqüente, pretendendo-se que o respeito pelos direitos fundamentais é, em larga medida, inconciliável com eficácia de perseguição deste tipo de criminalidade” (In: José de Faria Costa; Marco Antonio Marques da Silva, *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Visão Luso-Brasileira, pp. 92-93.

Para além disso, as “organizações ou associações criminosas” que pela sua índole tendencialmente global e permanente, embora a flagrante inexistência de tipificação na codificação penal brasileira, têm sido objeto de denúncias que incluem acusação de participação em “organizações criminosas” paralela à imputação de quadrilha ou bando, alicerçando-se na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, objetivando viabilizar a incidência da Lei nº 9.613/98 <sup>2</sup> (Lei de lavagem de dinheiro). Nessa linha questionaremos acerca das ditas relações entre os dois conceitos, visto que a Lei nº 9.034/95 foi feita para “combater” o crime organizado (criminalidade sofisticada), não a quadrilha ou bando (que integra o vasto conceito de criminalidade massificada).

Talvez que, na verdade não sejam os casos exclusivos, os crimes de lavagem de dinheiro são normalmente decorrentes das atividades das organizações criminosas, pois estas **necessitam lavar dinheiro** e conseqüentemente, obterão a estrutura necessária para tanto.

Estabelecido está no art. 1º, inciso VII da Lei nº 9.613/98 que se sujeita a uma pena de 3 a 10 anos de reclusão e multa aquele que “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente” - “praticado por organização criminosa”. Assim, o dispositivo abrange todos os crimes praticados por uma organização criminosa. Ao contrário, não haveria qualquer aplicabilidade da Lei nº 9.613/98 aos famosos casos de organizações que roubam carros (para desmanches ou revenda) ou cargas, fazem a receptação; praticam invariavelmente crimes diversos de sonegação fiscal; crimes estes de maior evidência na atualidade do nosso país. Enquanto os seis incisos anteriores indicaram determinados crimes, este inciso VII quis estabelecer que “qualquer crime” – praticado por organização criminosa, será passível de punição. O que nos aconselha a partir de um raciocínio inverso, ou seja: uma vez detectada a organização criminosa, será passível de punição a ocultação ou dissimulação de

<sup>2</sup> HC, STJ, AC 77.771/SP, Rel. Min. Laurita Vaz. DJe, Habeas 22.9.2008.



bens, direitos ou valores obtidos em decorrência de qualquer crime por ela praticado.

Para levar a cabo procuraremos reunir e interpretar alguns conceitos com motivações próprias e caminhos diversos, visto que a pretensão do legislador foi a de criar uma nova modalidade criminosa – a “organização criminosa”, - outorgando à jurisprudência a missão de fixar os demais contornos da referida “organização”.

É o que procuraremos desenvolver através das difíceis controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre o crime organizado na sua propensão jurídico-criminal, sempre mantendo o cuidado com o respeito às *liberdades públicas*, uma tarefa por demais complexa, visto, tais liberdades, não se constituírem hoje, como direitos absolutos.

Tudo é muito complexo, razão pela qual não pretendemos abarcar em toda sua plenitude a historicidade do crime organizado. Buscaremos, tão-somente, encontrar a “ponta do iceberg”, com amparo na orientação do Professor Doutor Manuel da Costa Andrade, o qual nos permitiu atestar a validação jurídico-penal da técnica usada na investigação do crime organizado – o agente infiltrado – intermediado pelo sistema das proibições de prova em processo penal <sup>3</sup>.

### **Metodologia adotada**

O crime organizado, como bem definem Figueiredo Dias e Costa Andrade <sup>4</sup> – o fenômeno da criminalidade atual – cujo bem jurídico protegido é a *paz pública (Vorfedschutz)*. O que nos faz lembrar a obra de Charles A. Miller, *The Supreme Court and the Uses of History*, Harvard University Press, 1991, na qual expressa o autor uma fase do constitucionalismo americano, na qual um “**povo**” (mas não uma “**nação**”) reclamou, como na França, o direito de escrever uma lei básica e na qual ele fez diferentes usos da história. Contra a “omnipotência do

<sup>3</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Editora Coimbra, 1992, pp. 209 e ss..

<sup>4</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de / COSTA ANDRADE, Manuel da, in “Associações Criminosas”. *Coletânea de Jurisprudências*. Ano X, Tomo IV. Coimbra, 1985, IV, p. 11.

legislador” a constituição era ou devia ser inspirada por princípios diferentes da *ancient constitution*. Ela devia garantir aos cidadãos, um jeito superior, contra as leis do legislador parlamentar soberano. Surge, então, o momento em que o povo toma decisões. Ganhava contornos a idéia de democracia que um notável autor designou de **democracia dualista**: Bruce Ackerman, *We the People, Foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1991.

Situação esta que nos arriscaremos a estabelecer uma comparação aos momentos políticos e democráticos no Brasil de hoje, onde o **povo** sai às ruas, em todo o país, em manifestações de desagrado ao governo, em momentos constantes e sob condições especiais, exigindo, intermediado pelo exercício da liberdade, que ao corpo constituinte do povo seja fixado num texto escrito o cumprimento das regras disciplinadoras e domesticadoras do poder, oponíveis, se carecedor, aos governantes que atuam em violação da constituição, concebida como Lei Superior. Nesse sentido, Ch. H. Mc Ilwain, *constitucionalism Ancient and Modern* (3ª ed., Ithaca, New York, 1966, pp. 21 e ss.).

“E no grito”, o povo brasileiro, no momento atual, cobrando seus direitos, retirou a legitimidade do Congresso Nacional e dos próprios partidos políticos. Na pertinência dessa insatisfação popular, o Senado Federal aprovou projeto que transforma o crime de corrupção em crime hediondo. Na Câmara Federal foi aprovado o fim do voto secreto para decidir a cassação de outros congressistas. E o que aconteceu com a PEC 37? (emenda à Constituição Federal que reduz os poderes de investigação do Ministério Público), por força das manifestações populares, a mesma foi submetida à votação, tendo sido rejeitada por uma maioria esmagadora e, conseqüentemente, arquivada.

Uma tutela avançada que, segundo Schönke/H. Schröder<sup>5</sup>, a paz pública “já é posta em perigo pela simples existência das associações criminosas, apoiada referida tese pelo elemento sistemático, pois, tanto no Código Penal germânico,

<sup>5</sup> SCHÖNKE/H. SCHRÖDER, citados por FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, in “Associações Criminosas”... *idem*, p. 14.

como nos de Portugal e Brasil, a infração é inscrita no Capítulo dos *Crimes Contra a Paz Pública*. Contrariados por Rudolphi e Maurach<sup>6</sup>, que propendem para o fato de que essa infração não apela para um específico e autônomo *bem jurídico*. Para Rudolphi, a incriminação de associações criminosas visa, apenas, “impedir a actividade dirigida à prática de crimes (...) e o tipo tem apenas uma função preventiva.

Dividiremos nosso trabalho em duas Partes.

Na Parte I, procederemos com referências teórico-doutriniais às organizações criminosas, no **Capítulo 1**.

No **Capítulo 2**, abordaremos sobre a criminalidade e a moderna dogmática penal, para além da sua valência, valendo-nos de seus fundamentos político-criminais e axiológicos, projetando o fato de que a mera constatação de organização criminosa (cuja finalidade é o cometimento de crimes), interage graças ao seu dinamismo próprio, plantando insegurança na coletividade.

A investigação criminal, porém, não tem um modelo único seguido por todos os países do mundo, nem sempre foi o mesmo ao longo da história da humanidade, até porque, “... a evolução do processo penal é uma evolução marcada pelas <<experiências traumatizantes>> de cada época que condicionam, naturalmente, as soluções” e de que “... cada poder tem em si a tendência para o seu abuso...”, assim, entende José Manuel DAMIÃO DA CUNHA, *O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal no Novo Código de Processo Penal*, Estudos e Monografias da Universidade Católica, Porto, 1993, pp. 24 e 23.

Como a valoração configura o único meio de salvaguarda de valores de irrecusável prevalência e transcendentais aos meros interesses da perseguição penal, notadamente em se tratando de valores encabeçados por particulares e atinentes aos direitos fundamentais, adentraremos no **Capítulo 3**, que trata do Estado de Direito – Princípios fundamentais históricos do processo penal.

No **Capítulo 4**, daremos continuidade aos Princípios fundamentais do processo penal, não desprezando os constitucionais, na tentativa da superação

---

<sup>6</sup> RUDOLPHI/MAURACH, Systematischer Kommentar. In *Festschrift für H.J. Bruns*, Köln, 1978, pp. 315 e ss..

normativa das antinomias entre a ordem e a liberdade, vez que o interesse público de segurança exige uma investigação criminal eficaz na recolha dos indícios probatórios.

A verdade material só será alcançada através do “debate de opiniões... pelo confronto dos prós e dos contra” (M. Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal*, Lisboa, 1981, vol. I, p. 47).

E aqui, no imperativo da fidelidade estrita ao paradigma da ponderação legalmente codificada, concluiremos a Parte I do nosso trabalho.

Na Parte II, analisaremos a questão pertinente a algumas teses que tentam avançar com apelos à revisão da dogmática jurídico-penal que dê resposta à **sociedade de risco**.

No **Capítulo 1**, tendo em vista uma das mais clamorosas omissões da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, constatam-se modificações no referido diploma legal através da Lei nº 10.217/2001 e, em seguida, modificada pelo Substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.578/2009.

Tudo leva a crer, como se percebe, que a vontade da Lei nº 9.034/95 foi criar uma nova modalidade criminosa, qual seja, a “organização criminosa”.

A consciência específica da criminalidade organizada vai penetrando no espírito legislativo, com incursões processuais penais e leis de exceção.

Recursos vários têm sido testados: Ação controlada, acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, interceptação ambiental e, por último o recurso à técnica do agente infiltrado (a respeito do qual melhor esclarecimentos prestaremos em capítulo específico). Encerraremos este Capítulo com explanações acerca do Procedimento Criminal da Lei nº 6.578/2009.

O déficit conceitual na legislação brasileira de combate às organizações criminosas, assunto do **Capítulo 2**, obrigar-nos-á a questionar se o legislador ratificou a inconstitucionalidade da Lei nº 9.034/95, por afrontar e, conseqüentemente, violar os **princípios da reserva legal e da anterioridade**, visto que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*).

Não se admite, também, em nosso ordenamento jurídico, tipificação de crime sem observância do rito constitucionalmente previsto para tanto: elaboração de lei (CR art. 5º, XXXIX c/c o art. 59, III, e art. 62, § 1º, 1, *b*).

Por seu turno, e na medida em que no **Capítulo 3** procuraremos justificar através de restrições legais a direitos fundamentais, apegando-nos ao *princípio da proporcionalidade* na tentativa de encontrarmos medidas menos “traumatizantes” para o cidadão.

É nesse contexto que o **Capítulo 4** da Parte II, questiona o exórdio sobre a importância das *liberdades públicas* na persecução penal, numa perspectiva do agente infiltrado, sua (in) admissibilidade ou se se trata de agente infiltrado – Um Mal Necessário, além do questionamento de sua exigibilidade de comparência em juízo, na audiência de julgamento.

Nesse sentido, invocam-se os princípios fundamentais do processo penal de um Estado de Direito, que permite ao argüido o estatuto de um sujeito do processo, visto que toda colaboração ativa do argüido para a descoberta da verdade há – de passar pela sua *liberdade* esclarecida (GRÜNWALD, G., <<Menschenrechte im Strafprozess>> StV 1987, pp. 457 e ss..

E, no **Capítulo 5**, abordaremos a questão da perspectiva da legitimidade do agente infiltrado no Processo Penal do Estado de Direito e na Experiência Brasileira.

Quando do **Capítulo 6**, da Parte II, abordaremos sobre o agente provocador, sua colocação substantiva, visto que a figura desse agente nem sempre implica um agente da autoridade pública, um polícia, podendo ser um simples cidadão particular.

Quanto às provas, são carecedoras de seus princípios fundamentais, designadamente no que pertine às provas pessoais, dada a exigência de uma noção de agente provocador, a partir da qual poderemos identificar as provas pretendidas. Entendida a prova como nula, como efeito da proibição da sua produção, não nos descuidaremos do problema da proibição de valoração e do efeito – à – distância das proibições de prova, pois, <<O Estado expõe-se à censura de um comportamento contraditório e malicioso ao pretender agora punir

o agente, com o propósito de o reconduzir aos caminhos do direito>><sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> AMELUNG, K., 1981, citado por COSTA ANDRADE, em sua obra *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 222, 1992.

## **PARTE I**

### **O Crime organizado no contexto das *liberdades públicas***

## CAPÍTULO 1

### Referências teórico-doutrinais às organizações criminosas

#### 1.1 – Descompasso e insegurança

Tem-se presente o que é designado de criminalidade organizada <sup>8-9</sup>, o fenômeno da existência da criminalidade atual, cujo *bem jurídico* protegido é a tutela da paz pública (*Vorfedschutz*), uma tutela avançada, seguindo a opinião dominante. De acordo com SCHÖNKE/H.SCHRÖDER <sup>10</sup>, a paz pública “já é posta em perigo pela simples existência das associações criminosas - *crime de perigo abstrato*”, apoiada, referida tese, pelo elemento sistemático, vez que, tanto no Código Penal germânico, como nos português e brasileiro, a infração é inscrita no Capítulo *Dos Crimes Contra a Paz Pública* <sup>11</sup>.

Não existe tipificação legal para a criminalidade organizada, no Brasil, embora seja signatário da Convenção de Palermo, através do Decreto nº 5.015, de 12/03/2004.

Em se tratando de uma tutela antecipada de que falam os germânicos,

<sup>8</sup> Refere-se BELEZA DOS SANTOS a uma organização objetivada e reconhecida por meio “ de uma direção, uma disciplina, uma hierarquia, uma sede ou um lugar de reunião, uns estatutos ou uma convenção para regular os direitos e deveres comuns e especialmente a partilha de lucros.” O Crime de Associação de Malfeitores “. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 70, 1937. pp. 97 e ss..

<sup>9</sup> Por todos, o conceito de organização criminosa adaptado por BELEZA DOS SANTOS, significa a atualização do direito à fenomenologia do crime organizado, com o problema da hermenêutica, da identificação e determinação dos fatos típicos abstratamente previstos nas normas dispostas no art. 287º, atualmente 299º, como consequência da revisão do Código Penal português, através do Decreto – Lei nº 48/95, de 15 de março. Corresponde ao art. 287º da revisão ordinária do Código, tendo como fonte o art. 343º do Projeto da Parte Especial do Código Penal português de 1966 e que correspondia, por sua vez, ao art. 263º do Código Penal de 1886.

<sup>10</sup> SCHÖNKE/H.SCHRÖDER citados por FIGUEIREDO DIAS e MANUEL da COSTA ANDRADE. “Associações Criminosas” – Artigo 287º, do Código Penal português. Parecer. *Coletânea de Jurisprudência*. Ano X, Tomo IV, 1985, pp.11-19. Coimbra.

<sup>11</sup> RUDOLPHI e MAURACH constituem uma outra corrente, sustentando que essa infração não apela para um específico e autônomo *bem jurídico*. Afigura-se relevante e inquestionável a natureza particularmente extensa e excepcionalmente antecipada da tutela penal à custa da correspondente compressão e limitação da liberdade. RUDOLPHI. *Systematischer Kommentar*. No mesmo sentido MAURACH/SCHRÖDER, citados por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, in: “Associações Criminosas”. *Coletânea de Jurisprudências*. Ano X, Tomo IV. Coimbra. Por outro lado, numa perspectiva da síntese histórica do “bem jurídico penal”, até os dias atuais, estabeleceu-se um relativo consenso quanto à sua função e formulação abstrata, em que pese persistirem as controvérsias quanto à concretização. Foi daí então, que se identificou o crime com a necessária lesão de um direito subjetivo do indivíduo. Eduardo Correia, “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XLIV, 1973, pp. 268 e 269, quanto ao problema na historicidade do crime diz-nos: “Desaguando das mais diversas origens, fala-se, hoje, com efeito, numa



a lei penal deverá proteger mais antecipada, visto que os valores da ordem e tranqüilidade pública configurar-se-ão como um campo prévio ou antecipado de proteção dos bens jurídicos essenciais da vida e da integridade do cidadão e da sua propriedade.

Na doutrina germânica, exigem Lenckner, in: SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München: Beck, 1985, §129, uma “subordinação da vontade individual à vontade do todo”, MAURACH e SCHRÖDER a “prossecação de fins comuns mediante a subordinação do indivíduo ao todo” (*Strafrecht. Besonderer Teil*, Tb. 2, 6ª edição, Heidelberg: Müller, 1981, p. 299).

‘Unwertung der Werte’, ou na dimensão histórica do desenvolvimento dos próprios valores (...). Daí a justeza da idéia de que, tal como a historicidade é inseparável da existência do homem e dos sentidos que lhe cumprem, também o núcleo do ilícito criminal se transforma no tempo, na medida em que é influenciado pela sua dimensão histórica”. Diremos com Figueiredo Dias, em “Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português”, pp. 13 e ss., *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, nº 36, 1976, que há uma contribuição do Direito Penal para assegurar as condições essenciais de convivência, predispondo a sanção mais drástica para defesa dos bens jurídicos: são estes os bens socialmente relevantes considerados merecedores de proteção jurídica. São eles: a vida, a integridade física, a liberdade de atuação e a propriedade, bens para todos valiosos. Assim explicita-se Claus Roxin, *Sentido y Límites de la Pena Estadual*, in *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Madrid, 1961. No que pertine ao caráter relacional do Homem e a essencialidade das instituições na sua vida, Costa Andrade, A “Dignidade Penal” e a “Carência de Tutela”, p. 11, como *Referência de uma Doutrina Teológica – Racional do Crime*, Coimbra, definiu a dignidade do homem como “um juízo qualificado de *intolerabilidade social*, assente na valoração ética de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade”. Entende Roxin que “a proteção dos bens jurídicos não é apenas realizada através do Direito Penal, mas os instrumentos (meios) de toda a ordem jurídica (*der Gesanten Rechtsordnung*) devem contribuir para tal protecção. O Direito Penal é o último entre todos (...) ele só deve intervir, quando os outros meios (...) falham na resolução do problema social” (*Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 17, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, C. H. Beck’sche, 1982). Para Denninger, *Erhard-Freiheitsordnung-Wertordnung-Pflichtordnung*, a idéia de dignidade humana teria transformado a ordem de liberdade em ordem de valores... Entendemos, contudo que estas idéias poderão ser entendidas num sentido de não oposição, a partir do momento que não se adira a uma visão da ordem de valores no sentido por nós refutado.. não será uma ordem de valores que exclua análise da realidade, diferentemente da ordem de liberdade, mas uma ordem de valores aberta e que necessitará de recorrer, também, a comprovações empíricas... Como salienta Domenico Pulitano, “Obblighi Costituzionali di Tutela Penal”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penali*, Ano XXVI, Univ. de Macerata, 1983., sempre houve (em qualquer tipo de Estado) a necessidade de tutela de bens jurídicos. Inovou a Constituição no que pertine à garantia, não apenas do indivíduo face o Estado, mas também do indivíduo face a agressões de entidades privadas e de particulares, impondo deveres de proteção estadual. Acerca do princípio de dignidade, como básico das atuais ordens políticas, que não se bastaria com a sua defesa ante o Estado mas exigiria a sua atuação, Johannes Driendl-*Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart*, in *Rcht und Staat-In Geschichte und Gegenwart-ein Sammlung von vorträgen und Schriften aus dem Gebiel der Gesamten Staatswissenschaften*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Recentemente, Roxin assumiu posição, demonstrando a inidoneidade das diversas definições de bem jurídico para delimitar, em concreto, o âmbito da matéria criminalizável e afirmando: “Num Estado de direito baseado na liberdade dos indivíduos, um conceito político – criminal de bem jurídico vinculante só pode resultar das tarefas positivadas na Constituição” (Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre, München, C. H. Beck’sche, 1982. Ainda segundo Claus Roxin, “o conceito de bem jurídico não é uma varinha mágica com cuja ajuda se possa separar *sem mais* por meio da dedução e da subsunção, a conduta do nível da que deve permanecer impune”... No nosso entender, não se podendo encontrar um conceito natural de crime, válido para todos os tempos e lugares, a determinação dos bens jurídicos – penais terá de ser determinada pelo contexto histórico – social – cultural de cada comunidade, atendendo às condições da sociedade em estudo, ao seu valor ambiental e à concepção de Estado.

Pensamos que é imposta uma intervenção prévia, por meio de uma antecipação de tutela, ao tempo em que a segurança pública ainda não fora perturbada, embora se aflora a criação de um *perigo* perturbação, que, por si só, já contraria a *paz pública*, no sentido das expectativas sociais de uma vida comunitária livre da especial perigosidade de organizações que tenham como objetivo o cometimento de crimes. Em razão, portanto, da tutela avançada e no contexto da dogmática, faz-se necessária a integração da infração na categoria dos crimes de *perigo abstrato*, permanente e de participação necessária.

Evidencia-se que, na vigência da redação originária do art. 287º do Código Penal português, e aparte diferenças de redação relativamente ao atual 299º, o preenchimento do delito, sob prisma objetivo, demanda a promoção ou fundação de grupo, organização ou associação cuja finalidade ou atividade seja a realização da ação criminosa <sup>12</sup>.

O que fica dito projeta o fato de que a mera constatação de organização criminosa cuja finalidade é a prática de crimes, ligada ao dinamismo próprio, plantando insegurança na coletividade desejosa de uma resposta eficaz e célere do Estado, por intermédio do Poder Legislativo põe em causa, de modo irremissível, o sentimento de paz ao qual os cidadãos têm direito, substituindo-o por um sentimento generalizado de medo do crime. O tipo ilícito assumido pelas organizações ou associações criminosas é o autêntico crime de *perigo abstrato*, onde as possibilidades de combatê-lo são suprimidas, no Brasil, por uma legislação tida como ineficaz, expoente do simbologismo jurídico-penal.

No Código Penal brasileiro de 1940 <sup>13</sup>, em sua Parte Especial, o crime de quadrilha ou bando, tal como previsto no art. 288, constituiu, na época, novidade, não se registrando previsão semelhante nos Códigos anteriores. Contudo, tanto o Código Penal do Império (art. 285 e segs.), quanto o Código Republicano de 1890 puniam com o título de “ajuntamento ilícito,” condutas que apresentavam alguma afinidade com o vigente art. 288, embora com ele não se confundisse, vez que

<sup>12</sup> Jurisprudência do STJ. AcSTJ de 17-04-2008. Associação Criminosa. Lisboa.

<sup>13</sup> Decreto – Lei nº 20848, de 7 de dezembro de 1940. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 31 de dezembro de 1940. De acordo com Ferreira Antunes (“A Criminalidade Organizada:

não estava caracterizada a consciência do ilícito da associação criminosa como tal tem, pois de ser autonomamente comprovada, como costuma acontecer relativamente a qualquer outro crime, não podendo sem mais ser presumida a partir da consciência do ilícito dos fatos integrantes do fator associativo.

Os membros de uma associação criminosa, quando em reunião, são detidos em flagrante, visto a “visibilidade” – elemento essencial à flagrância.

Perspectivas”, in *Polícia e Justiça*, nºs 3 – 4, 1982, p. 58), acentua-se “actualmente a tendência em direção a formas cada vez mais sofisticadas de associações criminosas, as quais consomem as configurações tradicionais e assumem novas modalidades operativas”. A consciência específica e problemática suscitada pelos fenômenos da criminalidade organizada vai penetrando no espírito legislativo, com incursões processuais penais e leis de exceção. Todo crime ofende, em certo grau, a ordem pública, mas os delitos cometidos por associações criminosas ofendem-na particularmente quanto ao “sentimento de paz e tranqüilidade defendido pela ordem constituída”, Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, cit., v. IX, p. 163, diz que o “termo ‘paz pública’, é aqui empregado em seu sentido subjetivo, isto é, com o sentimento coletivo de paz que a ordem jurídica assegura”, não se exigindo uma efetiva perturbação da paz pública no sentido material, “mas apenas se cria a possibilidade de tal perturbação, decorrendo daí, uma situação de alarma no seio da coletividade (...), o perigo de interrupção da estabilidade da ordem pública tem por efeito imediato abalar o sentimento ou a consciência da segurança geral ou da paz pública”. A origem da criminalidade organizada não é de fácil identificação, notadamente quando decorrente das circunstâncias peculiares a cada país. Bezerra e Silva, *Lampião e suas façanhas*, 1966, refere-se à criminalidade organizada, no Brasil, como oriunda do movimento cognominado de *cangaço*. Diz o autor que, o termo *cangaço* vem de *canga*, ou seja, o conjunto de arreios que amarram o boi ao carro (carro de boi). Os jagunços, confirma o autor, usavam suas espingardas a tiracolo ou com as correias cruzadas no peito à semelhança da canga no boi, infernizando o sertão nordestino no período correspondente ao final do século XIX e o início do século XX, muitos deles evadidos dos grandes latifúndios com força política de seus ex-patrões. Ainda no Brasil, segundo Eduardo Araújo da Silva (*Crime Organizado*, 2009) organizações criminosas mais recentes e mais violentas nasceram das penitenciárias a partir de 1970, na cidade do Rio de Janeiro: “Falange Vermelha” (presídio da Ilha Grande, entre 1967 e 1975), “Comando Vermelho”, uma cria da Falange Vermelha (presídio Bangu 1), “Terceiro Comando”, uma dissidência do “Comando Vermelho”, 1988, a (ADA, “Amigos dos Amigos”), uma organização criminosa que pelo seu *modus operandi*, suas vítimas eram de sangue, surgiu nos anos 90, juntando-se ao “Terceiro Comando”, em 1998, “Terceiro Comando Puro”, originário do Complexo da Maré, em 2002, resultante da extinção do “Terceiro Comando”, na ocasião em que assassinaram o chefe da tão temida organização. Chama-nos a atenção uma modalidade de criminalidade organizada, cujo *modus agendi* não recorre ao uso da violência, razão pela qual é menos visível aos olhos da opinião pública, e constante na realidade brasileira. Trata-se do *Ablenkung*, desvio de fabulosas quantias em dinheiro dos cofres públicos para contas particulares nos paraísos fiscais no exterior. Atualmente, foram denunciados, julgados e quase todos condenados, no Brasil, pelos crimes de **peculato, corrupção ativa e passiva, formação de quadrilha e lavagem de dinheiro**, pelo Supremo Tribunal Federal, no chamado Mensalão, destacando-se a inclusão do “segundo homem mais poderoso da República”, em cuja denúncia apresentada pelo Ministério Público, fora apontado e penalizado como o chefe da quadrilha que saqueou os cofres públicos, objetivando subornar políticos de outros partidos e ratear quantias vultosas entre seus aliados, a fim de assegurar a permanência da “turma” no poder, além de outras vantagens. Uma amostra de associação criminosa cujo *modus operandi* vitimou a *paz pública*, através do crime de *perigo abstrato*, em cujo delito não aparece uma *vitima de sangue específica*. No contexto da complexidade do referido julgamento (Mensalão), foram discutidos pontos obscuros, leis penais extravagantes, não deixando de lado os aspectos pragmáticos e críticos, os quais fogem da repetição e transcrição de respeitáveis opiniões de autores vários, uma oportunidade outorgada pelo Supremo Tribunal Federal em ministrar uma excelente aula sobre o surgimento, crescimento e o *modus operandi* do crime organizado, mostrando sua mutabilidade e suas manifestações historicamente condicionadas, com uma certa sistematização no âmbito das características regionais, onde as associações criminosas se instalam, objetivando assumir o controle de um “governo paralelo”. Considerado por muitos como crime de *perigo abstrato* (conforme suas características), entendemos, modestamente, recenseá-lo em dois aspectos diferentes. No primeiro aspecto, usa a associação criminosa de violência difusa e estrutural, onde há uma vítima específica. No segundo aspecto onde o mercado é disputado entre agremiações criminosas com pretensões de domínio político.

Se, no entanto, a reunião for acidental de sediosos ou amotinados em praça pública, sem nenhuma característica de estabilidade <sup>14</sup>, não há porque detê-los. O Código Penal brasileiro em seu art. 288 expressa sua tutela do modo seguinte: “quando estiverem associadas mais de três pessoas em quadrilha ou bando com a finalidade de cometer delitos.” A propósito, destaca-se ANTUNES ao entender que, em vista do crescimento da criminalidade organizada, já são deixadas de lado as tradicionais formas de organização, dividida ou separada por setores, mas integrada num “*único sistema criminoso através de formas de associações diversificadas*” <sup>15</sup>.

São três os segmentos de atividades estruturantes da organização, encontrando-se num primeiro plano os operadores criminais: “aqueles que, com a sua actividade garantem o ‘bombeamento’ de capitais para a organização (‘acumulação primitiva’) e que se dedicam ao trafico de drogas e de armas, seqüestro de pessoas, exploração de prostituição, extorsão, entre outros crimes” <sup>16</sup>.

Num segundo plano encontram-se os operadores altamente especializados, cuja tarefa é a colocação dos capitais junto das entidades do contexto de finanças a níveis nacional e estrangeiro visando à reciclagem ou lavagem desse tipo de dinheiro <sup>17</sup>, problema ao qual também se refere FARIA COSTA, ao evidenciar que “um tão desmesuradamente grande fluxo ilícito de capitais não subsistirá se não houver na retaguarda uma estrutura de apoio do próprio sistema

<sup>14</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940*. 2º ed. ver. atual. Rio de Janeiro. Forense, 1959. v. IX, p. 174. A propósito HASSEMER Winfried opina pela existência de dois grupos: a criminalidade organizada (“grande criminalidade”), cuja ameaça social é de grande magnitude e a criminalidade de massa (“média” e “pequena”), no âmbito de infrações do dia-a-dia. “Segurança Pública no estado de direito”. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 5, p. 58, jan/marc. 1994. Para o mesmo autor, em sendo a criminalidade dividida em grupos permitir-se-á uma identificação das formas diferenciadas para seu tratamento, possibilitando uma maior dedicação por parte dos operadores do direito em relação às infrações entendidas como mais graves, ou em relação à criminalidade de menor potencial ofensivo, surgindo conceitos, como informalidade, transação penal e despenalização. Para a criminalidade individualizada de média potencialidade lesiva, conservaram-se os procedimentos tradicionais de apuração, com prevalência do *princípio do contraditório*; para a criminalidade organizada, além dos reflexos processuais, novas figuras típicas foram criadas (“lavagem de dinheiro”).

<sup>15</sup> ANTUNES, Manuel António Ferreira. “A Criminalidade Organizada: Perspectivas”, in: *Policia e Justiça-Revista do Instituto Nacional de Policia e de Ciências Criminais*, nº 34, Lisboa, 1992.

<sup>16</sup> ANTUNES, Manuel António Ferreira. “A Criminalidade...”, cit., idem.

<sup>17</sup> COSTA, José Faria, apud FRANCO, Alberto Silva, “Globalização e Criminalidade dos Poderosos.” *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Ano X, Coimbra, 2000, p. 190.

bancário”<sup>18</sup>.

Em tais casos, “está-se defronte de uma estrutura poderosamente organizada que se infiltra nos mais diversos níveis da realidade social e que age, em qualquer circunstância, dentro dos pressupostos de uma forte cadeia hierárquica, cujo fito é sempre o de conseguir uma maior acumulação de capitais para, desse jeito, directa ou imediatamente, aumentar também o poder da organização”<sup>19</sup>, cuja razão vem assim assistir quanto a nós.

Encontram-se no terceiro nível de operadores criminais “aqueles que se ocupam dos mais diversificados sectores empresariais” sendo a este nível que incide a organização, “a sua acção ao nível das autarquias locais ou regionais e da administração central do Estado, quer para garantir um controlo directo quer indirecto ou só para condicionar a actividade destes”<sup>20</sup>.

É aqui o lugar próprio para uma referência a ANTUNES, para o qual são evidentes as relações de grupos organizados a nível transnacional ao afirmar que, “grupos organizados que fundamentalmente actuam nos domínios do terrorismo, tráfico de estupefacientes, tráfico de armas, falsificação de moeda nacional e estrangeira, de eurocheques, de documentos de identificação, exploração de prostituição, furto, tráfico e viciação de veículos e assaltos à mão armada a bancos e transportes de fundos. Os elementos disponíveis permitem afirmar que são detectáveis relações destes grupos ao nível internacional”<sup>21</sup>, um caminho recentemente descoberto e longe do fim, onde se constata o aparecimento de

<sup>18</sup> COSTA, José Faria conceitua o crime de branqueamento de capitais como sendo “uma operação intencional de conversão ou transferência de bens, com conhecimento, por parte daquele que os efectua, de que esses bens provêm de uma actividade criminosa ou de participação numa actividade dessa natureza, com o fim de encobrir ou dissimular a origem ilícita dos mesmos ou de auxiliar quaisquer pessoas implicadas nessa actividade a furtar-se às conseqüências jurídicas dos seus atos. Evidencia-se, portanto, tratar-se de “de uma criminalidade de segundo grau, ou induzida”, na medida em que “só há necessidade de branquear dinheiro se ele provier de actividades primitivamente ilícitas”.

<sup>19</sup> COSTA, José Faria, “O Branqueamento de Capitais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, nº 68.1992, p.78. Tal definição baseia-se no art. 1º da Directiva nº 91/308/CEE, de 10 de junho, que constitui objecto deste estudo e, *a posteriori*, passou a integrar o direito interno intermediado pelo Decreto - Lei nº 313/93 de 15 de setembro.

<sup>20</sup> ANTUNES, Manuel António Ferreira “A Criminalidade...”, cit., p. 69.

<sup>21</sup> H.J.RUDOLPHI. “Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsserutzes im Kampf gegen den Terrorismus”, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1979, p. 214. O fenómeno da criminalidade organizada, além de outras importantes características, não esconde suas *conexões locais e internacionais*, assim, também, pela divisão de territórios para sua atuação. No contexto internacional, pela condição de não estarem submetidas às rígidas regras de soberania, as associações criminosas não se defrontam com obstáculos para se integrarem, designadamente prevalecendo-se da globalização de economia a qual

uma nova composição de associação criminosa internacional, onde se formam vários grupos não obrigatoriamente ligados como membros de uma estrutura vertical no contexto da hierarquia, mas sim com o fracionamento de diversas células que interagem, de acordo com o momento da prática criminosa.

Os mais recentes estudos comprovam a *ação de redes* trabalhando em *mercados criminais*, onde grupos e indivíduos mais ou menos interligados oferecem e procuram a realização e ações criminosas, conforme Anabela Miranda Rodrigues, ao citar G. Kellens. *Elementos de criminologie*, p. 239. Um novo modelo de crime organizado que dificulta não só a identificação dos próprios envolvidos na prática criminosa, como também os meios de combate, vez que seus integrantes não atuam concertadamente. A separação das células e a conseqüente ocultação dos seus membros, tornam a ação mais segura para os criminosos, já que muitos deles, embora pertençam, em tese, à mesma organização, não se conhecem, assegurando, dessa forma, a impunidade em caso de eventual colaboração de agentes identificadores durante a investigação.

---

aproximou as nações, possibilitando aos grupos, maiores perspectivas de expansão dos seus mercados ilícitos. Razão pela qual a globalização da economia favoreceu às organizações na busca de maior diversidade de atuação, levando-as a não se dedicarem a um único ramo criminoso específico, distribuindo suas tarefas para outras áreas decorrentes da proibição do Estado. Destaca-se o fato de que os cartéis da Colômbia não mais se dedicam, exclusivamente, ao comércio da cocaína, mas ao cultivo do ópio e à comercialização da heroína. As Máfias da Itália e italo-americanas atuam no tráfico de drogas, armas e contrabandos de produtos vários. A Máfia russa trafica componentes nucleares, armas, entorpecentes e mulheres. Os grupos japoneses, além do comércio de entorpecentes, atuam no mercado acionário e na exploração de atividades ligadas à pornografia. Os grupos brasileiros intensificam suas atividades criminosas, dedicando-se aos assaltos a bancos, extorsão mediante seqüestros, resgates de presos, tráfico de crianças, tráfico de órgãos, tráfico de armas e entorpecentes, tráfico de mulheres, toda uma gama criminosa com conotações internacionais. Para Enrinque Anarte Borrillo, *Conjecturas sobre la criminalidad. Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva, 1999, a "internacionalização do crime", é considerada um grande desafio para o século XXI, assim como um novo paradigma de atuação para a ciência da Criminologia e para a Política Criminal. No mesmo sentido, Vicente Garrido et al., *Princípios de Criminología*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, entende que o crime organizado, na atualidade, tem logrado um *status* claramente internacional, principalmente quando referido o contrabando de drogas. Em sentido tendencialmente convergente, José de Faria, "O fenômeno da globalização e o Direito Penal Económico". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 34, 2001, p. 14. Salientar, convém que de um modo inopinado, logo após o início da década de sessenta, eclodiu o terrorismo político no cenário internacional e nacional, com pressupostos até então desconhecidos pela sociedade, em Portugal, sem que os Projetos de 1966 e 1979 (portugueses) lhe houvessem conferido uma valorização excepcional. Ainda em Portugal, por volta de 1982, ao lado do artigo 287º, do Código Penal, a respeito das associações criminosas surgiu a novidade preceitual – o artigo 288º, contemplador da proteção penal contrária as chamadas "organizações terroristas e a torna individualizada através do objetivo de prejudicar a integridade e a independência nacionais ou impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição ou forçar a autoridade pública à prática e um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique ou ainda a intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral", através da prática de crimes diversos expressamente nomeados (Jorge de Figueiredo Dias, As "Associações Criminosas" no Código Penal Português de 1982, arts. 287º e 288º).

Pensamos, efetivamente, que a associação ilícita organizada, como um todo, é complexa, de difícil diagnóstico na sua realidade e na tipificação do delito de crime organizado, exigindo-se um aprofundamento no estudo sobre a própria organização criminosa, suas tendências expansionistas, suas ligações, suas conexões com o Poder Público, a constatação dos seus pontos frágeis e sua vulnerabilidade. É o fim abstrato e aquela idéia de permanência que estabelecem a distinção entre “associação criminosa” e “comparticipação” (simples acordo conjuntural para se cometer um crime em concreto). Em assumindo os problemas da legitimidade da criminalização, apela-se para a compreensão antecipadamente das coisas a nível de teoria do Estado. É a esta congênita equivocidade que sublinha RUDOLPHI, o direito penal estabelece um confronto com a “dupla tarefa de defender e preservar o Estado de Direito”<sup>22</sup>.

À luz do entendimento de CLAUS ROXIN, em *Problemas fundamentais de Direito Penal* (1993), “o direito penal é o dono e senhor absoluto do “se” e a política criminal, a soberana exclusiva do “como” da pena”.

**O Direito Penal só pode intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem** (Figueiredo Dias, *ROA* 43 1983, pp. 11 e ss.). Assim, surgem conseqüências fundamentais. Destaca-se, em primeiro lugar, a de que o direito penal não se apresenta com legitimidade para uma intervenção relativamente a condutas – imorais, antissociais ou politicamente indesejáveis que se apresentem – que não violem um *bem jurídico* claramente individualizável. Em segundo lugar, aquela que, embora uma conduta viole o *bem jurídico*, ainda devem ficar de fora de questão os instrumentos jurídico-penais, sempre que a violação seja suficientemente controlada ou mesmo contrariada por instrumentos não criminais de política social: transforma-se em decisivo critério de intervenção do direito penal a “necessidade social”, destarte arvorado, em *última ou extrema ratio* da política social. Logo, no

<sup>22</sup> H. J. RUDOLPHI, “Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsserutzes im Kampf gegen den Terrorismus”, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1979, p. 214. A complexidade evidencia-se a partir do

contexto do direito penal deverão ser excluídas as *condutas axiologicamente neutras* e tratadas com meios de natureza não penal (Roxin, *DoctP 2* 1979, pp. 510 e ss., e Figueiredo / Andrade, M. da Costa, 434 ss.), além de Manuel da Costa Andrade (*JDPP*, pp. 323 e ss. e *Consentimento e Acordo...* 1990, pp. 33 ss., 385 ss.).

Ainda na compreensão de Roxin há manifestação no sentido de que “ao legislador falta em absoluto a legitimidade para punir condutas não lesivas de bens jurídicos, apenas em nome da imoralidade” (Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, 1976, p. 23). Do mesmo autor, “Sittlichkeit und Kriminalität”, in: J. Bauman, (Herausg), *Misslingt die Strafrechtsreform?*, Darmstadt, 1969, pp. 156 e ss..

Salientamos a afirmação de Morris / Hawkins: “Do ponto de vista do direito penal, cada pessoa tem o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira contanto que não lese directamente a pessoa ou propriedade alheia. O direito penal não é instrumento indicado para impor aos outros a rectidão de vida (*The Honest Politicians's*, p. 2). No mesmo sentido, Amelung, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972, pp. 318 e ss., Müller – Emmert, A, “Sozialschädlichkeit und Strafbarkeit”, *GA*, 1976, pp. 291 e ss.

---

postulado de que o direito positivo constitui a matriz e a sede de revelação do bem jurídico, razão pela qual BINDING é levado a atribuir um relevo decisivo ao juízo do legislador na conformação dos bens jurídicos. Na acepção do autor, “Os bens assumem todos um valor social (*sozial-Wert*). A sua lesão terá de obedecer a uma ponderação, não apenas deste ou daquele, mas de toda comunidade viva. É só, por isso, que ele goza de uma tutela social (*sozial-Schutz*). Nada, pois, mais errado do que introduzir aqui uma perspectiva individualista e pretender traçar uma linha divisória rígida entre os bens do indivíduo, por um lado, e os da sociedade e do Estado, por outro. A eficácia corrosiva da lesão do bem vai muito além da esfera jurídica do indivíduo. O bem jurídico é um conceito da ciência do direito público e não do direito privado. *Mesmo quando o bem constitui objecto de um direito privado, pode a norma impor a sua integridade mesmo em relação ao próprio titular*”. No mesmo sentido e a partir do princípio de que o direito é uma ordenação da convivência social, acentua BINDING que o direito “só considera as pessoas, coisas e objectos enquanto partes da vida da comunidade jurídica. *O bem jurídico é sempre bem jurídico da totalidade*, por mais individual que ele possa aparentemente ser” (BINDING, *Die Normen und ihre Übertragungen*, I Band, 4º ed., Leipzig, 1922; II Band, 2º ed., Leipzig, 1916. Ainda sobre a questão abordada, Enrique Anarte Barrolo, *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Univercidad de Huelva, Publicaciones, 1999, pp. 15 – 16, entendendo o autor que, em virtude das conseqüências do crime organizado no âmbito processual penal, constata inegavelmente uma tendência de restrição de determinados direitos fundamentais dos investigados e acusados, na procura de uma mais ampla eficiência penal. Na tentativa de justificação da referida tendência, entende-se que a apuração da criminalidade organizada exige providências diferenciadas das utilizadas na repressão da criminalidade tradicional, o que poderá conduzir a restrições de direito constitucional. Temos por exato que ao direito penal compete, antes de mais nada, proteger bens e valores fundamentais da comunidade social, cujo objetivo é proporcionar condições indispensáveis ao livre desenvolvimento e realização da personalidade do indivíduo. O risco de um descontrolo no binômio eficiência penal / garantia individual em desfavor do cidadão deverá ser ponderado pelo legislador e pelo juiz, e que tal dicotomia seja



Convergindo no mesmo sentido e, seguindo, Figueiredo Dias, *Revista de Direito Penal*, 1981, p. 43, que assim se expressa: “Porque o homem deve ser inteiramente livre no seu pensamento, na sua convicção e na sua mundividência – só deste modo se constituindo uma sociedade verdadeiramente *pluralista* – ao Estado falece, por inteiro legitimidade para impor, oficial e coactivamente, quaisquer ser deixado a livre decisão individual”. No mesmo sentido Natscheradetz, K. P, *Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Coimbra, 1985.

Costa Andrade, em referência, salienta a indispensabilidade de uma construção dogmática coerente e consistente – a partir de um bem jurídico indissocialmente ligado à privacidade e à intimidade (da vida familiar) – e liberta dos escolhos e aporias com que continuam a debater-se os autores alemães (Costa Andrade, *Consentimento...* p. 380). Schall entende que apenas nas ciências sociais é possível colher o contributo indispensável a uma interpretação orientada para o conteúdo material e a legitimação da incriminação (Schall, H., *Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen Hausfriedensbruch. Ein Beispiel für die soziologisch fundierte Auslegung strafrechtlicher Tatbestände*, Berlim, 1974).

No nosso entender, o sistema penal tem a missão de proteger o *bem jurídico*, como expressão concreta de liberdade pessoal, e não a de “controlar” o seu exercício. O desencontro entre o exercício da liberdade inserida no bem jurídico protegido e o programa de tutela penal encontra-se de fora, pela natureza das coisas. Sem o carácter da legitimação, impossível a ordem institucional, visto que, só assim, poder-se-á atribuir validade cognitiva aos seus significados objectivados e emprestando dignidade normativa aos imperativos práticos, assim, nos ensinam Berger / Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Buenos

---

sempre assinalada pela excepcionalidade. Para a Constituição de Portugal em seu art. 18, nº 3, *in fine*, “tem que se levar em consideração a dignidade da pessoa humana”. A Constituição Alemã em seu art. 19, nº 2, dispõe que “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”. No Brasil, a Constituição em seu art. 1º, inc. III, dispõe como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Sabemos que a criminalidade organizada e seu controle significam um perigo aos valores e às instituições do Estado de Direito, nascendo, daí, uma tensão entre a tutela da sociedade e dos cidadãos honestos contra o crime organizado e a tutela dos direitos fundamentais de toda pessoa humana. Reforçamos nosso entendimento apoiando-nos em Mário Chiavario, Direitos Humanos, processo penal e criminalidade organizada. Tradução de Maurício Zanoide de Moraes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 5, jan./mar. 1994.

Aires, 1976, p. 120. Na verdade, quando nos reportamos à vida do homem em comunidade (enquanto ser individual – social), há necessidade de um valor ser revertido, a fim de poder ser considerado bem jurídico, tendo sempre de atender às reais condições da sociedade em causa, ao seu ambiente valorativo, à sua concepção de Estado.

## 1.2 – A sociedade brasileira no contexto do “crime organizado”

A sociedade brasileira a partir de 1999 passou a encarar, de modo determinante, problemas como: crime organizado, narcotráfico, superfaturamento de obras públicas, roubo de cargas, veículos automotores, “jogo do bicho”<sup>23</sup> e tantos outros, os quais foram objeto de Comissões Parlamentares de Inquérito<sup>24</sup>.

O Congresso Nacional, detentor do poder de legislar, avocou, também, os poderes judiciário e administrativo ao agir daquela forma, desviando os ritos normais de investigação de responsabilidade da polícia judiciária e o respectivo julgamento das ações penais. “As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros preceitos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil.”

Numa consideração mais direta do direito penal e, concretizando referências históricas sobre a pretensão de definir o crime organizado ou as organizações criminosas<sup>25</sup> (“*Bildung Krimineller Vereinigungen*”), a

<sup>23</sup> O “jogo do bicho” foi criação do Barão de Drumond. Trata-se de um sorteio realizado entre apostadores, através do recolhimento de apostas, cuja origem data do século XX, considerada, no Brasil, como a primeira infração penal organizada. Seu criador tinha a perspectiva de, intermediado pelo inocente jogo de azar, arrecadar dinheiro para salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. Alguns grupos, depois organizados, monopolizaram o jogo através da corrupção de policiais e políticos. Um rentável negócio, vez que na década de 80, a movimentação financeira era em torno de US\$ 500.000 por dia com as apostas.

<sup>24</sup> Para uma referência mais desenvolvida, as Comissões Parlamentares de Inquérito possuem poderes para investigar, amparadas pela Constituição Federal da República em seu art. 58, § 3º.

<sup>25</sup> FIGUEIREDO DIAS. COSTA ANDRADE. “Associações Criminosas”. Artigo 287º do Código Penal português. Parecer. *Coletânea de Jurisprudência*. Ano X. Tomo IV. 1985. Segundo os mesmos, “nada mais tentador, porque nada mais linear e mais cômodo, do que brandir o crime de associação criminosa”.

correspondência entre o texto da lei alemã (§ 129 do StGB ), da lei portuguesa (art. 299º Código Penal ) e da lei brasileira ( art. 288 do Código Penal ) traz – nos uma incomensurável ajuda no sentido de podermos contar com a quase inacabável literatura germânica <sup>26</sup>, não prescindindo da portuguesa, da brasileira e de outras.

A situação penal dos crimes de organização designadamente as denominadas “associações criminosas” num aspecto amplo consideradas, o que o Código Penal brasileiro, em seu art. 288 intitula de “quadrilha ou bando” – encontra-se no centro das atenções, não exclusivamente do âmbito jurídico especializado.

Não é outro o quadro apresentado por Celso Delmanto Júnior, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto quando asseveram da inexistência da tipificação de “organização criminosa, referida na Lei nº 9.613/98 em seu art. 1º, VII, alterada pela lei 12.683 de 9 de julho de 2012 de combate à lavagem de dinheiro <sup>27</sup>. Não é o suficiente para tanto, a Lei nº 9.034/95, modificada pela Lei nº 10.217/ 2001, a qual não tipificando esse crime, trata apenas de medidas cautelares vinculadas à prova no combate à quadrilha ou bando (CP, art. 288) ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo” (ação controlada, escuta e vigilância ambientais, infiltração de agentes). Igualmente não atende às exigências do art. 1º do Código Penal, o fato de o Brasil ter subscrito, ratificado e promulgado internamente a Convenção de Palermo contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto nº 5.015/2004), no qual é definida o que seria “organização criminosa”, por não se admitir, em nosso ordenamento jurídico, tipificação de crime sem a observância do rito constitucionalmente previsto para tanto: elaboração de lei (CR, art. 5º, XXXIX c/c o art. 59, III, e art. 62, § 1º, I, b). Ademais, no próprio texto da Convenção está escrito que os Estados deverão elaborar leis para tipificar o crime organizado (art.

<sup>26</sup> Dentre outros destacam-se: A. SCHÖNKE/ H.SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 1978; H. RUDOLPHI/ E. HORN/ F. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafrecht*, Frankfurt, 1981; R. MAURACH/ F. C. SCHRÖDER, *Strafrecht. Besonderer Teil, Tsilband I*, Karlsruhe, 1981, pp. 299 e ss..

<sup>27</sup> DELMANTO e al. *Código Penal comentado*. 8ª ed. revista, atualizada e ampliada. Saraiva. No âmbito processual, o legislador brasileiro não ficou indiferente aos sinais emitidos pela Constituição da República de

5º do Decreto 5.015/2004), que não se confunde com o crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288).

O problema da definição do crime organizado há muito acompanhou o trabalho de elaboração de tratados entrelaçados com os do âmbito da Convenção e criminalização. No Brasil através do Decreto nº 5.015, de 12/03/2004, impõe-se a obrigação jurídico-internacional de o legislador pátrio, nas proposições legislativas, ficar atento aos traços norteadores do que se chama crime organizado. Uma vez incorporada a Convenção de Palermo no ordenamento jurídico brasileiro, ficou estabelecida a definição de grupo criminoso organizado, mas que impescinde de lei penal em sentido estrito. Senão vejamos:

Grupo criminoso organizado – grupo estruturado, formado por três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material (art. 2º, alínea a, da Convenção de Palermo).

São entendidos como elementos essenciais do conceito de crime organizado internacional:

I - associação ilícita de 3 (três) ou mais pessoas;

---

1988, quanto à possibilidade de tratamentos diferenciados de acordo com a gravidade dos crimes em sua forma. Daí a edição de alguns diplomas legais: Lei nº 9.034/95, objetivada a um específico tratamento do crime organizado, tendo a referida Lei tutelado a ação controlada por policiais (inc. II), e ao acesso a informações bancárias, financeiras e fiscais (inc. III), além de um procedimento criado especificamente. A Lei 9.296/96, embora não sendo voltada especificamente para a apuração do crime organizado, determinou a regulamentação da violabilidade das comunicações telefônicas, como também do fluxo de comunicações em informática e telemática. Lei nº 9.613/98, sobre os crimes de “lavagem” de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores, cuja liberação ficou condicionada à comprovação da licitude (art. 4º, §2º). Tal diploma legal foi regulamentado pela Lei 12.683 de 09 de julho de 2012. Foram estabelecidas normas acerca da organização e manutenção de programas especiais asseguradores da proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas (arts. 7º, 8º e 9º) numa extensão aos réus colaboradores (art. 15º), que embora aplicáveis a toda e qualquer infração penal, estende-se com relevância à apuração de criminalidade organizada. A Lei nº 10.217/01, ao alterar a Lei nº 9.034/95, introduziu-lhe os incisos IV e V, no seu art. 2º, impondo disciplina às figuras da interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos e a infiltração de agentes da polícia ou de inteligência, nas tarefas de investigação, através de autorização judicial. Dispôs, também, a Lei nº 105/01, acerca do sigilo das operações de instituições financeiras, revogando o art. 38 da Lei nº 4.595/64 e prevendo que poderá ser decretada a quebra do sigilo quando se fizer necessária a apuração de ilícitos, notadamente quando praticados por organização criminosa (art. 1º, §4º, inc. IX). A Lei nº 11.343/06, a Lei das Drogas, trilhando a linha do então revogado art. 34 da antiga Lei de Tóxicos (nº 6,368/76) dispôs um procedimento para a perda de bens apreendidos, a exemplo de veículos, embarcações, aeronaves e outros meios de transportes quaisquer, além de maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, desde que usados para praticar crimes previstos na Lei, desde que instaurada a ação penal, os quais, a requerimento do Ministério Público e, uma vez avaliados, por ordem judicial poderão ir a leilão, desde que constatado o nexo de instrumentalidade entre os delitos apurados e o risco de perda de valor econômico pelo passar do tempo.

- II - atuação de forma concertada (combinada);
- III - preexistente;
- IV - cometimento de infrações sérias ou graves (pena máxima de privação de liberdade maior ou igual a quatro anos) ou de infrações arroladas especificamente na Convenção (corrupção, lavagem de dinheiro, obstrução de justiça, participação em grupo criminoso organizado);
- V - objetivo de vantagem financeira ou material;
- VI - potencial ofensivo da organização criminosa;
- VII - transnacionalidade.

O elemento básico do conceito de crime organizado é a natureza ou o caráter transnacional do delito ou das ações do grupo criminoso, designadamente porque dessa forma consta no texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo).

No que diz respeito à lei brasileira (Lei nº 9.034/1995), o fator transnacional não é considerado obrigatório para configurar, sendo carecedor, apenas, da presença dos elementos outros considerados anteriormente, sendo de pouca importância que o planejamento, a execução e a produção do resultado se limitem ao território pátrio.

Assinalamos o fato de que brigas de rua, rixas armadas, inimizade ou vadiagem, em que pese possam resultar em lesões corporais e acontecimentos fatais, caso estejam num parâmetro distinto do objetivo de obtenção de vantagem material ou financeira, não se enquadram no contexto da definição de “organização criminosa”, ou “participação em grupo criminoso organizado” da Convenção de Palermo. No entanto, uma organização criminosa poderá praticar crimes cibernéticos (*cyber* – crimes), mas isso não quer dizer que haverá disputa territorial.

Não obstante a flagrante inexistência de tipificação penal têm sido comuns denúncias que incluem, ao lado da imputação de quadrilha ou bando, acusação de participação em “organização criminosa”, fundamentando-se na referida

Convenção com vistas a viabilizar a incidência da Lei de Lavagem de Dinheiro <sup>28</sup>.

O Plano de Ação Global de Nápoles insta a comunidade internacional a concordar em adotar um conceito geral de crime organizado como uma base para respostas nacionais ao outro mais compatível e uma cooperação mais eficiente internacional. Na formação de um grupo típico, há que se levar em consideração suas características seguintes: crimes, violência, relações hierárquicas e relações pessoais que permitam controlar o grupo e seus familiares, usando intimidação e suborno a fim de obter lucros ou territórios de controle ou mercados, lavagem de dinheiro e atividades criminais para desenvolver e integrar no campo da “economia lícita”, capacidade de expandir-se para qualquer nova atividade e para além das fronteiras nacionais, e a cooperação com outros grupos criminosos transnacionais <sup>29</sup>.

Ao ser capaz de assumir o efeito no lento processo de criação do conceito de crime organizado, não esperava tal directiva o grande impacto sobre as posições assumidas pelos governos no que pertine ao problema da definição, mesmo em negociações. Não foram poucos os desencontros entre o partido de quem pretendia incluir na definição da Convenção do Crime Organizado, acompanhado de uma exaustiva lista de crimes “cometidos por grupos criminosos organizados”. A pretensão ter-se-ia alcançado se houvesse sido inspirada na crença de que o crime organizado pode melhor ser atacado se se concentrar nas atividades em que os grupos criminosos se dedicam ao longo dos tempos, mas sim sobre as estruturas, formas e características genéricas de suas ações. Essa é a postura político – criminal de Williams <sup>30</sup>.

Com referência ao crime organizado no Brasil carece que o Poder Judiciário mitigue as formalidades e exigências a fim de combatê-lo. É inegável que vivemos uma época conturbada, em um mundo que se tornou pequeno e próximo,

<sup>28</sup> Nesse sentido: STJ, HC77.771/ São Paulo, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 22.9.2008; TRF da 4ª R., ACr 2000671000326842, j. 15.7.2009, *DJU* 22.7.2009.

<sup>29</sup> A União Européia e o Desafio do Crime Organizado Transnacional, é ditado por F. Longo, Milão, 2002, p. 97.

<sup>30</sup> WILLIAMS – D. Vlassis, *ISPAC*, Frank Cass, Londres, 2001, pp. 356 e ss.

oportunidade em que comungamos com Jesús – Maria Silva Sánchez <sup>31</sup>, quando se expressa: “a sociedade pós – industrial é, além da ‘sociedade de risco’ tecnológico, uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem à sua caracterização como uma sociedade de ‘objetiva’ insegurança”.

Na “luta” contra as organizações criminosas, entendemos que jamais deverá ser desconsiderada a falta de recursos geradora da deficiência estrutural material e humana, mostrando-se indiferente ao uso da tecnologia usada para simplificar encargos e agregar segurança às relações modernas. É necessário e urgente que a sociedade brasileira seja informada, visto que, ao contrário, a criminalidade se especializa, se organiza, se articula, corrompe, e apela para a ilegalidade em todos os sentidos, ao tempo em que o Estado “de pés e mãos atados”, permanece restrito à observância do rigorismo legal deficiente, ofuscando até o Princípio da legalidade como garantia do individuo face ao poder estadual – a defesa da liberdade e igualdade formal de todos os cidadãos perante a lei impunha que os crimes estivessem prévia e claramente descritos na lei, assim como apenas correspondentes, o que para além dessa função de garantia contra o arbítrio estadual, contribuindo também para o fim de prevenção geral. Para melhor impulsionar a proteção de valores mais essenciais de uma comunidade, lembramos a afirmação de Stern <sup>32</sup>, “a vida, a saúde, a integridade física, são valores especialmente valiosos. Há, portanto, o dever de proteção até à arma mais forte, incluindo o direito penal”, visto que tais valores, sendo como exigências (iminentes) e manifestações da própria consciência individual e social, dependem (na sua apreensibilidade) do aprofundamento e do *desenvolvimento* dessa mesma *consciência humana*, aproveitamento e desenvolvimento que só na *historicidade* do concreto quotidiano comunitário se realiza (CARVALHO, Américo A. Taipa de – *Condicionalidade Sócio – Cultural do Direito Penal*, separata do Número Especial do “Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra”..., Coimbra, 1985.

Para alguns críticos, o crime organizado é favorecido pela existência de leis remotas, antigas, vagas, mal formuladas, parciais, numerosas, complexas e

<sup>31</sup> JESÚS – Maria Silva Sánchez, “A expansão do direito penal”, *RT*, p. 30.

<sup>32</sup> STERN – *Staats Rechts – Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Band III / 1, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1988.

contraditórias que, geralmente não são inspiradas na visão sistemática do problema por não conhecer profundamente o fenômeno que é necessário combater.

No nosso entender, nem toda lei brasileira é passível de censura, seus possíveis defeitos, suas lacunas podem ser contornados por uma boa aplicação das mesmas. Comprovamos nosso alegado com o recente julgamento da Ação Penal 470, cognominada de “Mensalão”, onde se fez justiça, embora as omissões da Lei nº 9.034 / 95, onde “os marginais do poder”, na notável expressão do ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, “não passem de uma triste lembrança de tempos sombrios” (citado por Marco Antonio Villa, *Mensalão: o julgamento do maior caso de corrupção da história política brasileira*, São Paulo: Leya, cit., contracapa, 2012).

Da análise do conjunto probatório no julgamento referido, demonstrado foi a existência de uma “sofisticada organização criminosa, dividida em setores de atuação, que se estruturou profissionalmente para a prática de crimes como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, além de diversas outras formas de fraude. O objetivo era garantir a continuidade do projeto de poder do Partido dos Trabalhadores” (Marco Antonio Villa, *Mensalão...*, cit., p. 104).

O sentimento de justiça estava no ar. Mas também o da impunidade. No decorrer da instrução criminal da Ação Penal 470, ao longo de cinco anos, mais de seiscentas testemunhas e realizadas 34 perícias. Em 235 volumes estava registrado todo o processo, com quinhentos apensos, totalizando 50.508 páginas. Parecia, segundo a opinião pública, que tudo, como sói acontecer, acabaria em pizza (Marco Antonio Villa, *Mensalão...*, cit., p. 118). Mas a semente da esperança brotou no seio da sociedade brasileira. Os integrantes da sofisticada associação criminosa foram, durante cinco anos, julgados, processados e punidos pelos crimes seguintes:

- a) Corrupção passiva, artigo 317 do Código Penal: “Solicitar ou receber para si ou para outros, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.



- b) Crime de peculato, artigo 312 do Código Penal: “Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”.
- c) Formação de quadrilha, esta tipificada no Código Penal, no seu artigo 288: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes.
- d) De acordo com a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 - alterada recentemente pela Lei 12.683, de 9 de julho de 2012 -, LAVAGEM DE DINHEIRO, consiste em “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação por propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime”. A propósito, a expressão “lavagem de dinheiro” originou-se na cidade de Chicago, na década de 20, na ocasião em que o crime organizado, naquela localidade, instalou lavanderias de fachada, nas quais superfaturavam os lucros com o objetivo de justificar ganhos ilícitos e seu padrão de vida. Na realidade, os criminosos lavavam pouca roupa, mas existia muito dinheiro. A “lavagem de dinheiro” em alguns países, designadamente da Europa, é conhecido como branqueamento de capitais.
- e) Corrupção ativa, de acordo com o Código Penal, artigo 333, consiste em “Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.
- f) O crime previsto no artigo 22, da Lei nº 7.492 / 1986, a Evasão de divisas é cometido por quem “promover, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente”.
- g) Gestão fraudulenta de instituição financeira (artigo 4º) é um dos crimes contra o sistema financeiro nacional definido na Lei 7.492, de 16 de junho de 1986.

Eis, portanto, no nosso entender, que a corrupção na política se constitui numa ação deletéria, juridicamente criminosa e politicamente dissolvente. O ministro Celso de Mello (Supremo Tribunal Federal), referindo-se à corrupção no “mensalão”, expressou-se: “Um projeto criminoso de poder implementado pelas mais altas autoridades”. Houve “a utilização criminosa do aparelho de estado e a manipulação ilícita do aparato estatal em nome de práticas delituosas que transgridem a legislação penal do estado, como no caso” (citado por Marco Antonio Villa, *Mensalão... cit.*, p. 343). Continuando, segundo o mesmo autor,

Celso de Mello: “Não basta a invocação abstrata da teoria do domínio do fato para que haja um ‘crie-se’ emanado dos juízes para que possa ser reconhecida a responsabilidade penal de qualquer pessoa. Não! Há necessidade de que haja a demonstração de elementos concretos que evidenciem a culpa do autor e o liame objetivo que o vincula à prática delituosa”. Continua o ministro: “Estamos a tratar de uma grande organização criminosa que se constituiu à sombra do poder fomentando medidas ilícitas que tinham por finalidade a realização de um projeto de poder. Estamos a tratar de uma hipótese de macrodelinquência governamental, mas que já pertence ao passado. Esse processo criminal revela a face sombria daqueles que, no controle do aparelho de Estado, transformaram a cultura da transgressão em prática ordinária e desonesta de poder, como se o exercício das instituições da República pudessem ser degradado a uma função de mera satisfação instrumental de interesses governamentais e desígnios pessoais. Esse quadro de anomalia revela as gravíssimas conseqüências que deriva dessa aliança profana, desse gesto infiel e indigno de agentes corruptores, públicos e privados, e de parlamentares corruptos, em comportamentos criminosos, devidamente comprovados, que só fazem desqualificar e desautorizar, perante as leis criminais do país, a atuação desses marginais do poder”.

“Estamos a condenar não atores políticos, mas protagonistas de sórdidas práticas criminosas. Esses delinqüentes ultrajaram a República”. (a respeito do **Mensalão**, compulsa-nos repetições e argumentos necessários no Cap. 6.5 e ss.).

A Ação Penal 470 – designação oficial do processo do “mensalão”, constituiu-se no mais importante julgamento da história do Supremo Tribunal Federal. Audiências conturbadas sob pressão e ameaças, cujos participantes foram pressionados a um resultado satisfatório. Os ministros elogiados embora tenham recebido algumas críticas. O STF – sempre tão distante – tornou-se “integrante” da vida dos brasileiros, afinal, estava sendo julgada uma tentativa de tomar o aparelho de Estado por meio de uma “sofisticada organização criminosa”, nas palavras do procurador – geral da República, Roberto Gurgel, tendo como líder o ex-ministro José Dirceu, considerado pela acusação como o “chefe da quadrilha” (Marco Antonio Villa, *Mensalão... cit., p. capa da obra*).

### 1.3 – Perspectiva conceitual jurídico – penal

Com a edição do Decreto nº 5.015/04, em ratificando a Convenção das Nações Unidas (Convenção de Palermo) contra o Crime Organizado Transnacional, passaram a vigorar no plano interno, as disposições deste tratado, como lei ordinária, incluindo aquela definição de “grupo criminoso organizado”; embora, para fins de imputação criminal, impõe-se concluir pela sua inaplicabilidade imediata, visto que, além de necessitar de pena, de acordo com a exigência do art. 5º, em seu inc. XXXIX da Constituição da República brasileira, a referida definição diz respeito, apenas, a crimes transnacionais, previstos no próprio diploma internacional. Além do mais, determina o art. 5º da Convenção que, compete ao Estado Parte adotar medidas Legislativas para a “criminalização da participação em um grupo criminoso organizado”. Nessa situação, avulta SILVA<sup>33</sup> que, para sanar a emissão relativa à tipificação do fenômeno e para harmonizar a tutela jurídico – penal nos terrenos interno e externo, deveria o legislador brasileiro fazer uso da definição em vigor para fins transnacionais e tipificar, no plano doméstico, a conduta de “participação em grupo criminoso organizado, seguido da respectiva pena<sup>34</sup>”.

<sup>33</sup> SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime Organizado*. Procedimento Probatório 2ª ed. São Paulo, 2009, p. 28.

<sup>34</sup> Antes da edição do Decreto nº 5.015/04, já tramitava no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei nº 3.731/97, que “Dispõe sobre a repressão ao crime organizado e dá outras providências”, o qual, no campo jurídico – penal, define a figura da organização criminosa (“Art. 1º Considera-se organização criminosa a associação de três ou mais pessoas, por meio de entidade jurídica ou não, estruturada de forma estável, visando a obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, para a prática de: I – tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou produtos que causem dependência física ou psíquica; II – terrorismo e seu financiamento; III – contrabando ou tráfico ilícito de armas, munições, explosivos, ou materiais destinados à sua produção; IV – extorção mediante seqüestro; V – crime contra Administração Pública; VI – crime contra o sistema financeiro nacional; VII – crime contra a ordem econômica e tributária; VIII – exploração de jogos de azar cumulada com outros delitos; IX – crime contra instituições financeiras, empresas de transporte de valores ou cargas e a receptação de bens ou produtos que constituam proveito auferido por esta prática criminosa; X – lenocínio ou tráfico de mulheres; XI – tráfico internacional de criança ou adolescente; XII – lavagem de dinheiro, ocultação de bens, direitos e valores; XIII – tráfico ilícito de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano; XIV – homicídio qualificado; XV – falsificação, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; XVI – crime contra o meio ambiente e o patrimônio cultural; XVII – outros crimes previstos em tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja parte”), assim como o crime de participação em organização criminosa (“Art. 22. Participar de organização criminosa: Pena – reclusão, de cinco a dez anos, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais cometidas. § 1º Aumenta-se a pena de um terço à metade: I – se o agente promover, instituir, financiar ou chefiar a associação criminosa; II – se, na atuação da associação criminosa, houver emprego de arma de fogo, participação de agente público responsável pela repressão criminal ou de crianças ou adolescente; III – se, qualquer dos participantes for funcionário público e valer-se o grupo organizado desta condição para a prática de infração penal; IV – se, o produto da infração penal ou o valor que constitua proveito auferido pela associação criminosa destina-se no todo ou em parte ao exterior”). Fonte: (www.camera.gov.br).

Não se podem definir para atribuir características rígidas, com formas pré – estabelecidas. Num país como o Brasil existirão sempre diferentes organizações criminosas com distinção no *modus operandi* de acordo com o Estado, e a região.

Portugal nos outorga com notáveis trabalhos literários sobre organizações criminosas. Vejamos: Beleza dos Santos publicou na *RLJ*, ano 70º pp. 97,113 e 129 e segs., *O crime de associação de malfeitores* (interpretação do art. 263º do Código Penal), com o sumário seguinte:

- 1 – “Elementos típicos da infração. *Uma associação*. Como deve caracterizar-se este elemento. Se é necessária uma certa organização. As fontes do artigo 263º, § único, do Código Penal. A antiga concepção das associações de malfeitores. Sua influência no Código de 1852. Nova forma que revestiram as associações de malfeitores. Necessidade que ela determinou de alterar a respectiva qualificação criminosa. Orientação do Código Penal vigente. Seu confronto com o Código de 1852”.
- 2 – “*A finalidade criminosa da associação*. Alcance a atribuir a este elemento do crime”.
- 3 – “*Prova*”.

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade emitiram um parecer sobre o crime de associações criminosas, publicado na *Coletânea de Jurisprudência*, ano X, tomo 4, pp.11 e segs., com o seguinte sumário:

- I - “Só pode falar-se de associação criminosa quando o encontro de vontades dos participantes dê origem a uma realidade autônoma, diferente e superior às vontades e interesses dos singulares membros”.
- II – “No crime de associação criminosa estão só abrangidas as associações de malfeitores para a prática de crimes comuns e não os de direito penal secundário”.

Ainda, Figueiredo Dias é autor de um notável e extenso estudo sobre este crime e o do art. 288º do Código Penal português, com o título de *As associações criminosas do Código Penal de 1882* (arts. 287º e 288º), publicado na *RLJ*, a partir do ano 119º, nº 3751, p. 289 e em separata.

#### 4 – *Jurisprudências:*

I – “O crime de associação criminosa só pode verificar-se quando a associação se destina à prática de crimes comuns, entre os quais se não contam os ilícitos fiscais e os ilícitos aduaneiros. A associação criminosa para a prática de crimes fiscais ou aduaneiros é especialmente prevista como infracção específica do Dec. – Lei nº 187/83, tal como o era na legislação anterior, e não é, por isso, subsumível à previsão do art. 287º do CP” (ac. RE de 31 de Janeiro de 1985; *CJ*, tomo I, 329 e *BMJ*, 345, 467).

II – “Quem fizer parte de associação destinada à prática de contrabando, pratica o crime previsto e punível pelo art. 287º do CP” (ac. STJ de 9 de Outubro de 1985; *BMJ*, 350, 169).

“Se duas ou mais pessoas se unem voluntariamente para cooperar na realização de um programa criminoso, possuindo essa associação o carácter de certa permanência ou estabilidade, mostram-se reunidos os requisitos teóricos do crime de associação criminosa, a que se refere o art. 287º do CP. A associação criminosa com o seu específico propósito de delinquir, não é incompatível com a figura do crime continuado em que se aglutinam ou verificam as plúrimas acções criminosas das associações”. (ac. STJ 26 de Fevereiro de 1986; *BMJ*, 354, 334)”.

“Para a verificação do crime de associação criminosa é essencial verificar-se o fim abstrato da prática de crimes, a estabilidade organizada e uma ideia de permanência de duração. Fica preenchido o crime quando os argüidos fundaram e aproveitaram uma sociedade legalmente constituída para a prática de vários crimes de burla agravada, causando prejuízos de milhares de contos a centenas de pessoas”. (ac. STJ de 26 de Maio de 1992; *CJ*, I, tomo 2, 237)”;

“Para a existência do crime de associação criminosa deve existir uma pluralidade de pessoas com um mínimo de estrutura de organizações e certa permanência e com um sentimento comum de ligação dos seus membros a um qualquer processo de formação da vontade colectiva. Verifica-se esse crime quando duas pessoas decidiram criar uma estrutura de carácter permanente, organizada e estável, com vista a dedicar-se ao furto de veículos, de que alterariam os elementos identificativos para os introduzir no mercado, criando,

para o efeito, uma estrutura empresarial, eficiente, coesa e dinâmica. Na co-autoria não é indispensável que cada um dos agentes intervenha em todos os atos a praticar para a obtenção do resultado, bastando que a actuação de cada um seja elemento componente do todo; Por maioria de razão, nos casos de associação criminosa para a prática de determinados crimes são co-autores dos crimes praticados aqueles que estão por tal forma associados”. (ac. STJ de 30 de Junho de 1994, proc. 45.271/3ª).

Para Figueiredo Dias (“*Associações Criminosas*” no Código Penal português de 1982), o tema sobre a criminalidade organizada encontrava-se naquela época, no centro das atenções e não só do público jurídico especializado.

No nosso entender, não só em 1988 (quando o tema relativo ao tratamento jurídico – penal dos *crimes de organização* foi publicado) como na atualidade, ou seja, vinte e três anos depois, o tema é cada vez mais palpitante, designadamente pelo esforço que vem sendo desenvolvido no sentido da criação de instrumentos jurídicos capazes de facilitar o domínio de toda esta complexidade a nível *internacional*. Os resultados legislativos hoje, são bem mais profícuos que naquela época, apresentando uma valiosa produção doutrinal a que a sua preparação tem dado lugar.

Nos Estados Unidos da América, o conceito de crime organizado encontra-se no estatuto *Racketeering Influenced & Corrupt Organizations* (Rico), cujas infrações penais estão vinculadas à criminalidade organizada, no contexto da configuração de elementos que outorguem à conduta um perfil organizado, *verbi gratia*: repetição e continuidade, conexões reveladoras de padrões de conduta, realização por um grupo de pessoas que comungam do mesmo objetivo e utilização de violência ou intimidação com o objetivo de obtenção de vantagens ilegais.

O Código Penal espanhol não define o crime organizado.

O art. 282 *bis*, nº 4, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ao se referir ao agente encoberto, dispõe sobre a delinqüência organizada como “a associação de três ou mais pessoas para realizar, de modo permanente ou reiterado, condutas que tenham como objetivo cometer algum ou alguns dos “delitos” arrolados pelo

legislador: extorsão mediante seqüestro, delitos relativos à prostituição, roubo, furto de veículos, fraudes, lavagem de dinheiro, alguns delitos contra os trabalhadores, tráfico de espécies da flora ou fauna ameaçados e de material nuclear ou radiativo, alguns crimes contra a saúde pública, tráfico e depósito de armas, munições ou explosivos, delitos de terrorismo e delitos contra o patrimônio histórico”.

Ley de Enjuiciamiento Criminal

Art. 282 *bis*.

*1 – A los fines previstos em el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal, dando cuenta inmediata al Juez, podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo em cuenta su necesidad a los fines de la investigación a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar em todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar em el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.*

O legislador italiano procura estabelecer a distinção entre os delitos de terrorismo, de um lado e delitos de crime organizado, por outro.

No direito italiano, o crime organizado é encarado como crime contra a “ordem pública”, inserido no art. 466 do Código Penal, tipificado como “associação para delinquir”, supondo-se tratar de um grupo de três ou mais integrantes com a finalidade de cometer crimes, não exigindo a jurisprudência relação de hierarquia e rateamento de tarefas. O art. 416 *bis* do Código Penal italiano expressa “como elementos subjetivos do tipo de associação de tipo mafioso, ao lado do fim de cometer crimes, os fins de “adquirir”, de modo direto ou indireto a gestão ou, de qualquer modo o controle de atividade, de concessões, de autorizações, empreitadas e serviços públicos ou para conseguir lucros ou vantagens injustas para si ou para outrem”.

Portugal tipifica o crime de associação criminosa no art. 299º do Código Penal português, como resultante da revisão do código, através do Decreto – Lei nº 48/95, de 15 de março, e corresponde ao artigo 287º da versão originária do Código oriundo do art. 263º, do Código Penal de 1886, como já nos expressamos anteriormente. O crime de associação criminosa é caracterizado pela prática abstrata – quando não há vítima específica – de crimes ou de conjunto de crimes, independentemente da formulação do propósito de execução de um crime determinado, donde se presume uma atuação combinada com os agentes, no contexto dos seus propósitos de, em conjunto, fazerem vida da atividade criminosa. Nesse sentido, Anabela Miranda Rodrigues (in: José de Faria Costa et al, *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direito Fundamental – Visão Luso – Brasileira*. São Paulo, p. 281, 2006, afirma: “A nova criminalidade é expressão deste novo modelo de organização social para que tendem as sociedades contemporâneas. A modalidade das pessoas e dos capitais põe em causa a lógica territorial sobre a qual elas repousam. Este movimento de fundo – um pouco retardado pela confrontação Leste-Oeste – produz agora todos os seus efeitos. As grandes construções institucionais e a concentração do poder dão lugar ao declínio dos Estados e a um mundo onde proliferam as redes”.

Na Alemanha, uma legislação especial para o combate às Organizações Criminosas (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität – OrgKG*, de 15/07/1992, introduziu nos §§ 110a e 110b Código de Processo Penal alemão – o StPO (*Strafprozess Ordnung*), a regulamentação dos casos em que são admitidas as intervenções do agente infiltrado – *Verdeckter Ermittler*.

O § 110a estabelece:

I – que os agentes infiltrados podem ser admitidos se existirem indícios suficientes e para o esclarecimento das seguintes espécies de delitos:

1. Tráfico de entorpecentes ou de armas, de falsificação de moeda;
2. Segurança Nacional;
3. Comerciais ou habituais;
4. Praticado por Organização Criminosa;



Também podem ser designados agentes infiltrados para situações em que com base em determinados fatos haja risco de repetição, e desde que de outra forma ou esclarecimento seja considerado inviável ou ainda se a sua atuação for recomendada e outras formas de investigação forem consideradas inúteis;

O § 110<sup>b</sup> estipula:

I – o agente infiltrado só poderá ser admitido quando a Promotoria de Justiça autorizar em caso de perigo de demora em decorrência da necessidade da manifestação do Ministério Público, deve ser colocada imediatamente em prática, mais deve ser extinta se não houver manifestação favorável pelo Ministério Público no prazo de 3 dias. A aprovação deve ser determinada por escrito e por tempo determinado. A ampliação do prazo é admissível em quanto perdurar a situação para o seu emprego.

É estabelecida, também, a possibilidade da troca de identidade do agente policial infiltrado, enquanto perdurar a situação. O dispositivo, faltar na legislação brasileira, visa a proteção do agente em primeiro lugar, mas também a proteção da própria investigação. O sigilo estende-se também obviamente, aos advogados. Ao contrário da legislação brasileira, mas seguindo a tendência na Europa e nos Estados Unidos, a autorização é formulada pelo Ministério Público, pois é do Promotor o controle da investigação criminal.

O crime organizado se constitui em um novo *inimigo*, para atender a necessidade política e dos meios usados para a comunicação, depois do fim do comunismo e da guerra fria. Para os políticos, então, o argumento da aprovação ou da necessidade de endurecimento da legislação penal e de técnicas de investigação teria fácil apelo e serviria para granjear votos em uma população apossada por uma sensação de temor e insegurança, de resto alimentada pelos meios de comunicação, que dão grande destaque a toda forma de criminalidade no afã de venda do produto (Francisco Rezek, “Nova Ordem” e crise de Direito Internacional. In: Maria Elizabeth Guimarães, *Coletânea de Estudos Jurídicos*. Brasília, p. 676, 2008).

É por certo que a mais rápida análise revelará a notável circunstância de continuar a oscilar-se (em países com idênticos padrões de civilização e cultura,

que a ordem jurídica reflete, ou até dentro do mesmo país e da mesma ordem jurídica) entre as posições extremas de total irrelevância ou da ampla relevância do problema para a questão da responsabilidade jurídico – penal, ou pelo menos a oscilar-se entre os mais diversos graus intermediários de relevância ou irrelevância – tudo a confirmar-nos a diversidade de critérios à luz dos quais o problema é valorado.

No Brasil, no tocante à criação de leis, existe um considerável movimento sociopolítico, apoiando-se num crescimento assustador da criminalidade. Em conseqüência, de um lado apela-se, socialmente, por uma maior segurança da sociedade, ante à repercussão de crimes praticados por grupos criminosos, do outro lado, a reação política a esse apelo; dessa forma lança-se mão da ciência penal para conseguir dar uma resposta imediata à coletividade.

Ora, bem vistas as coisas, “é sabido que o fato social sempre caminha adiante das leis, assim se expressa Manoel Pedro Pimentel. É justamente o reclamo da realidade que impulsiona o legislador a editar normas para coibir abusos que atentem contra bens ou interesses dignos de proteção <sup>35</sup>”. Embora, não é sem razão o sentimento de desamparo, como também a falta de interação entre os órgãos de segurança pública, diante das investidas do crime organizado, levando a população a constatar a inoperância do Estado, exigindo uma mudança do cenário contemporâneo.

Ao mesmo tempo, em decorrência dos compromissos internacionais, o Brasil compulsou-se à reprimenda de comportamentos determinados e a impor-se diante da necessidade de tipificação de certas condutas através do imediatismo.

Enquanto isto, do lado do direito e mais precisamente do direito penal, o contato com as novas codificações, decola um midiático e intenso movimento na doutrina penal (nesse sentido) sustentado por alguns “aventureiros”, na pregação da flexibilização dos direitos fundamentais para o efetivo combate a criminalidade organizada <sup>36</sup>.

<sup>35</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro, *Direito Penal Econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, p. 34.

<sup>36</sup> JORGE MIRANDA, *Semana Luso-Brasileira*, DVD.

## CAPÍTULO 2

### A criminalidade e a moderna dogmática penal

#### 2.1 – Fundamentos político-criminais e axiológico – teleológicos

O crescimento e a especialização da criminalidade organizada contribuíram para expansão do Direito Penal <sup>37</sup> inaugurando, a época da pós-modernidade político – jurídica, como destaca Alicia Gonzalez Vidaurri <sup>38</sup>, as características apresentadas pela criminalidade contemporânea repercutiram na moderna dogmática penal <sup>39</sup>.

Define-se o crime organizado como crime associativo, que muito pouco se exterioriza através da conduta comportamental ilícita, agressiva de interesses supraindividuais e imateriais, proveniente de uma organização ramificada no território em consequência dos poderes institucionais (La criminalidad organizada en Itália: la respuesta normativa y los problemas de la praxis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, jul./set. 1999, p. 19.

<sup>37</sup> JESUS, María Silva Sánchez, avulta que a demanda social por maior proteção e por uma resposta mais severa à criminalidade organizada resulta, notadamente, do seu “auto poder de intimidação”, de seu auto poder de corrupção” e de sua especialização ante os avanços tecnológicos. As reclamações de que o Direito Penal era o braço armado das classes poderosas contra os subalternos passou a reclamar um Direito Penal contra as classes poderosas, que comandam essas organizações no contexto mundial (*La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal in las sociedades pos industriales*. Madri: Civitas 1999, p.18). Uma proliferação de normas penais, processuais e administrativas verificou-se nos Estados Unidos da America a partir de 1970, formando um verdadeiro sistema legal na luta contra a criminalidade organizada (*Garantias y eficiencia en la prueba penal*. Buenos Aires: Platensa, 2000, p. 132).

<sup>38</sup> Para a autora, o aumento de normas jurídicas para tutelar a delinquência organizada reflete a pós – modernidade político – jurídica, que terá prevalência no decorrer do século XXI (Globalización, post – modernidad y política criminal. *Revista de Ciências Criminais*, nº 37, jan./mar. 2002).

<sup>39</sup> No que diz respeito a uma ampla visão acerca dos aspectos penais relativos ao tratamento da criminalidade organizada, salientamos JORGE FIGUEIREDO DIAS, Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el “dominio de la organización”. *Delincuencia Organizada: aspectos penales, processales y criminológicos*, Juan Carlo Ferré Olivé e Enrique Anarte Borralló (Org.). Huelva Universidad de Huelva, 1999; Francisco Muñoz Conde, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. *Delincuencia organizada: aspectos penales, processales y criminológicos*, Juan Carlo Ferré Olivé e Enrique Anarte Borralló (Org.). Huelva: Universidad de Huelva, 1999; Jean Pradel, Les systèmes pénaux à l' épreuve du crime organisé. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 67º ano, 3º e 4º trimestres, 1996. Claus Roxin, Problema de autoría y participación en la criminalidad organizada. *Delincuencia Organizada: aspectos penales, processales y criminológicos*; Juan Carlo Ferré Olivé e Enrique Anarte Borralló (Org.). Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

Numa consideração mais direta do direito penal e, concretizando referências históricas sobre a pretensão de definir o crime organizado no país, destacam-se três correntes no âmbito doutrinário e legislativo: a) a mais comum é a posição que tenta conceitualizar as organizações criminosas, estabelecendo suas conseqüências, ou seja, crime organizado é todo aquele que for praticado por uma dessas organizações; b) a segunda define os elementos essenciais do crime organizado sem especificar os tipos penais, mas incluindo, como um dos seus requisitos, a participação em uma organização criminosa; c) a última corrente é aquela que estabelece uma série de tipos penais e aumenta outros através do expediente de qualificá-los como crime organizado <sup>40</sup>.

A primeira corrente viria a revelar-se uma das mais persistentes do conceito de crime organizado, resistindo às vicissitudes da sua longa e densa trajetória histórica no Brasil, bem como às permanentes e profundas metamorfoses doutrinárias, deste modo por se nos revelar GOMES, acrescentando que, a preocupação central deve consistir em buscar o substrato conceitual da organização criminosa, não do crime organizado, vez que este é fruto da atividade organizada <sup>41</sup>.

Como já explicitado, a Lei nº 9.034/95, denominada “Lei de Combate ao Crime Organizado” não logrou êxito na contenda contra aqueles que se organizam contra o Estado Democrático de Direito, acarretando muitas críticas da doutrina pela insuficiência do critério adotado pelo legislador, deixando um espaço para que qualquer crime possa ser tipificado como organizado, por outras leis, desde que praticado por quadrilha ou bando, numa disposição contrária às três correntes doutrinárias, anteriormente mencionadas <sup>42</sup>.

O projeto original da Lei de Combate ao Crime Organizado – Projeto de Lei

<sup>40</sup> CORRÉA BORGES, Paulo C.: *O crime organizado*, Atlas, São Paulo, 2003, p. 17

<sup>41</sup> GOMES, Luiz Flávio et al., *Crime Organizado*. Enfoques Criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político – criminal. 2.ed. São Paulo: Editora RT, 1997, p. 69.

<sup>42</sup> Pertinente a essas críticas, ver ALBERTO SILVA FRANCO, “Um difícil processo de tipificação”, *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.º 21, set., 1994, p. 5; ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES. “O conceito de crime organizado na Lei 9.034/95”. *Boletim IBECCRIM*, ano 3, nº 31, jul. 1995, pp.1-8. São Paulo. CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA. “A Lei da ‘caixa preta’.

nº 3.516/89<sup>43</sup>, estipulava em seu art. 2º:

“Para os efeitos desta lei, considera-se organização criminosa aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e / ou internacional.”

Editada a Lei nº 9.034/95, muito distanciou-se do Projeto de Lei inicial, seguindo seu próprio rumo e, não obstante a existência em seu conteúdo de alusões às organizações criminosas, o real significado desta expressão foi omitido, desprezando-se a definição adotada na redação do Projeto de Lei original<sup>44</sup>.

Consta que a referida Lei **“Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”**.

Evidencia-se, para nós, o objetivo da Lei de Combate ao Crime Organizado dispendo sobre como da utilização dos meios operacionais com a finalidade de prevenir e reprimir as ações praticadas por organizações criminosas. Explicitado no Capítulo I da Lei em comento que os comandos normativos ali constantes assumiriam a função de **“[...] Definição de Ação Praticada por Organizações e dos Meios Operacionais de Investigação e Prova,”** sendo tais organizações criminosas referidas expressamente, mais uma vez. É de se estranhar que, em nenhum dos dois artigos dispostos no capítulo citado, bem como em nenhuma outra parte do referenciado diploma legal, definidas foram as ações praticadas, supostamente, por aqueles que, de modo particular, organizam-se com a finalidade de cometer crimes<sup>45</sup>.

Justiça penal 3: críticas e sugestões”. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1995, pp. 152-153. GERALDO PRADO et al. *Comentários à Lei contra o crime organizado*. Belo Horizonte: Dell Rey, 1995, p. 42. CARLOS EDUARDO DE ATHAYDE BUONO e ANTÔNIO TOMÁS BENTIVOGLIO. “O crime organizado”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, nº21, set. 1994, p. 6.

<sup>43</sup> Projeto de Lei nº 3.516 de 24 de agosto de 1989, cujo relator foi o Deputado Michel Temer.

<sup>44</sup> BRASIL. Lei nº 9.034/95. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Poder Executivo, Brasília em 29 de agosto de 2009. Antônio Fernandes Scarance. “O conceito de crime organizado na Lei 9.034/95.” *Boletim IBCCRIM*, ano 3, nº 31, julho de 1995, pp.1-8. São Paulo.

<sup>45</sup> SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. *Repressão ao crime organizado: inovações da Lei 9.034/95 (com as alterações promovidas pelas Leis 9.303/96 e 10.217/01)*. Curitiba. Juruá, 2003, p. 36.

Já a disposição contida no art. 1º da Lei nº 9.034/95 explicita que esta “[...] **Define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando**”, não fazendo referências às ações praticadas por organizações criminosas, acarretou o legislador um descompasso entre o prefácio da Lei, o qual apresentava as organizações criminosas como objeto da regulamentação legal, e a redação restritiva do art. 1º da Lei mencionada, a qual expressava, apenas, o crime praticado por quadrilha ou bando. Nada, contudo, mais confuso, vez que não estava claro se esta Lei referia-se às organizações criminosas mencionadas em seu preâmbulo ou às **quadrilhas ou bandos** dispostos no art. 288 do Código Penal brasileiro <sup>46</sup>.

Em razão de alguns conceitos utilizados e procedimentos adotados, a Lei nº 9.034/95 sofreu críticas severas por ir de encontro ao Código de Processo Penal e à Constituição Federal de 1988.

GOMES, o mais tenaz contraditor contemporâneo do modo como foi redigida a Lei nº 9.034/95, esclarece que a mesma permitia, no mínimo, uma tríplice interpretação:

- a) a lei só vale para crime de quadrilha ou bando;
- b) a lei só vale para o delito de quadrilha ou bando mais o crime daí resultante (concurso material);
- c) a lei só vale para crime resultante de organização criminosa (que não se confunde com o art. 288) <sup>47</sup>.

Em referência à primeira interpretação ou corrente, até então, não encontrados foram doutrinadores, contudo, no contexto dos partidários da segunda, encontramos SANTOS, o qual assevera que a Lei alcançava qualquer delito perpetrado por uma **quadrilha ou bando** nos moldes do art. 288 do Código Penal, nada exigia-se que essa fosse de maior ou menor sofisticação, vez

<sup>46</sup> BRASIL. Decreto – Lei nº 2.848, de 7 de dezembro 1940. Código Penal. *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 de dez. 1940. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/decreto-Lei/Del2848htm>>

<sup>47</sup> GOMES, Luis Flávio. “Crime organizado: o que se entende por isso depois da lei 10.217/2001”? Apontamentos sobre a perda da eficácia de grande parte de Lei 9.034/95. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual*, v. 2, nº 1, abr/mai., 2000, pp. 9-16. Porto Alegre. Síntese, p. 11.

que se o enunciado da Lei nº 9.034/95 asseverava sua incidência sobre as organizações e o seu art. 1º, cujo objeto eram os crimes praticados por quadrilha ou bando, difícil a conclusão de que as duas expressões foram tidas como idênticas, ou seja, a epígrafe e o art. 1º da Lei usavam expressões equivalentes com o mesmo conteúdo conceitual – com a finalidade de apontar o âmbito de incidência do texto normativo. Cuidava, portanto, a Lei nº 9.034/95, segundo SANTOS, dos meios investigatórios e probatórios no contexto dos crimes cometidos por **quadrilha ou bando, associação criminosa** (“*Organisierten Kriminalität*”) <sup>48</sup>.

Por adesões prestigiosas como a de SCHNEIDER, a prática da ação penal e a ciência criminalística exigem uma definição para a criminalidade organizada <sup>49</sup>.

A definição atual na ciência e na prática germânicas da criminalidade organizada remete a um grupo de trabalho comum da justiça e polícia em maio de 1990 <sup>50</sup>, segundo o qual a criminalidade organizada deve ser compreendida desta definição a seguir: a execução definida e metódica de ações penais de benefícios e poderio, que são particulares ou em sua generalidade, de relevante significado, quando mais de dois participantes agem em comum, dividindo o trabalho, por tempo longo ou indefinido, da maneira seguinte:

- a) utilizando-se de estruturas industriais ou aparentemente comerciais;
- b) usando de violência ou de outros meios apropriados para intimidação;
- c) exercendo influência na política, meios de comunicação, administração pública, justiça ou na economia.

A nível dos fundamentos conceituais e normativos, reflete-se, por seu turno, no regime jurídico, a perspectiva de Schneider <sup>51</sup> ao afirmar que, além das características inerentes à definição de crime organizado há uma variedade de

<sup>48</sup> SANTOS, William Douglas Rosinete dos.; GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo Luiz; *Crime organizado e suas conexões com o poder público*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 49.

<sup>49</sup> SCHNEIDER, Hans Joachim: “Neure Kriminologische Forschungen zum organisierten Verbrechen” in: *Festschrift für Stree und Wessels*, pp. 813 ss..

<sup>50</sup> ZACHERT, Hans – Ludwing. *Organisierten Kriminalität in: Festschrift für Miyazawa – FS*, p. 285.

<sup>51</sup> SCHNEIDER, Hans Joachim: “Neure Kriminologische Forschungen zum organisierten Verbrechen” in: *Festschrift für Stree und Wessels*, pp.815 ss..

outras, seguido pela concordância de Boll <sup>52</sup>, o qual entende que a característica de crime organizado no âmbito de sua conduta grave é o mecanismo do isolamento.

Desfrutando de um apoio tendencialmente maioritário, a maximização dos lucros é o foco numa via paralela à minimização do risco de detecção da organização criminosa.

O risco de detecção é minimizado pelo fato de que, nas infrações cometidas as vítimas não aparecem (perigo abstrato), não há vítima direta (drogas, fraude de seguros, etc) <sup>53</sup>.

Por derradeiro, por se revestirem de um objetivo em torno de lucros, as organizações criminosas, numa tentativa de mascarar suas atividades, usam de todos os meios para “lavar” os bens adquiridos ilicitamente a fim de que possam retornar legalmente ao mercado financeiro, um complexo problema para as organizações, tendo em vista que, tal reciclagem é, sem muitas dificuldades, perceptivo pelas autoridades, excetuando-se os “paraísos fiscais” <sup>54</sup> (territórios onde são fiscalizados depósitos em instituições financeiras, *verbi gratia* das Ilhas Cayman, Panamá, Uruguai, dentre tantos outros), os quais tornam mais fácil a atuação das organizações criminosas.

É notório que Antunes assuma aqui a controvérsia ao afirmar que, “não há verdadeiramente <<crime desorganizado>>” <sup>55</sup>. A expressão origina-se da designação “organized crime”, usada pelos norte-americanos para designar a criminalidade “mafiosa” e se refere a uma “associação ordenada de fins, meios e esforços por uma ou várias pessoas, de índole temporária ou durável, para

<sup>52</sup> BOLL, Olaf. “Bekämpfung der Organisierten Kriminalität durch den Gesetzgeber” in: *Krim*, 92, 66.

<sup>53</sup> SCHNEIDER, Stree/Wessels – FS. p. 816.

<sup>54</sup> ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime: novas máfias contra a democracia*. Tradução de Manuela Torres. Lisboa: Terra Mar, 1999, p. 254. Em geral, nos “paraísos fiscais” as normas de direito financeiro facilitam o ingresso e a saída de capital estrangeiro de origem desconhecida, segundo SILVIO ANTÓNIO MARQUES e ADRIANA RIBEIRO SOARES DE MORAIS. *Noções sobre cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Edições APMP. 2009, p. 14.

<sup>55</sup> ANTUNES, Manuel António Ferreira. “A Criminalidade Organizada: Perspectivas”. *Policia e Justiça*, nº 3-4, 1992, p. 58.



cometer um delito ou uma série de delitos, tentando garantir a impunidade tanto quanto seja possível”<sup>56</sup>.

Para a Interpol, consiste a criminalidade organizada numa “empresa ou grupo de pessoas organizadas para cometer crimes sem respeitar as fronteiras dos Estados, que tem como objetivo a aquisição de lucros”<sup>57</sup>.

O Grupo de Trabalho de Drogas e Delinquência Organizada do III Pilar da União Europeia refere-se a um conceito mais vasto: “Um grupo de duas ou mais pessoas que participam num projeto criminoso conjunto durante um período de tempo prolongado ou indeterminado com o fim de conseguir obter benefícios e quando uma pessoa individual é responsável pela realização de certas tarefas dentro da organização, mediante transações comerciais ou actividades relacionadas com negócios, mediante a utilização de violência ou ameaças, mediante a utilização de influência na política, nos meios de comunicação de massas, no governo ou nas autoridades judiciais. Em caso de necessidade, mediante a utilização do controlo sobre um certo território, com o fim de cometer os crimes planificados que vistos individualmente ou colectivamente, têm que ser considerados como crimes graves.”

Sem dúvidas, uma conceituação suscitante de dificuldades quando “se procurar pôr de acordo as várias organizações policiais europeias”<sup>58</sup>.

A Lei nº9.613/98 é resultante de compromisso assumido pelo Brasil, com a comunidade Internacional ao firmar a Convenção contra O Tráfico Ilícito de Entorpecente e de substâncias psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena, de 20 de dezembro 1989, referendada pelo Brasil em 1991.

As coisas são mais confusas, resultando num espectro mais alargado de posições, do lado dos doutrinadores que propendem para a perspectiva conceitual da Lei nº 9.034/95, gerando probabilidades no contexto das características das organizações criminosas. Retomemos agora ao nosso entendimento, plagiando a

<sup>56</sup> ANTUNES, Manuel António Ferreira. “a Criminalidade...”, cit., idem.

<sup>57</sup> ANTUNES, Manuel António Ferreira. “a Criminalidade...”, cit., idem.

<sup>58</sup> BARTOLOMÉ, Angel de Miguel, “Actuciones Policiales en la Lucha contra la Criminalidad Organizada”, *La Criminalidad Organizada Ante la Justicia*, Universidad de Sevilla, 1996, p. 135.

expressão do Senhor Professor Doutor Manuel da Costa Andrade, “uma determinante linha de clivagem, susceptível de emprestar alguma arrumação ao babélico mosaico de respostas”<sup>59</sup>. Um problema que demonstra - a corrupção – a característica mais marcante, talvez, das organizações criminosas, cujos contornos mais nítidos surgem com a circulação de bastante dinheiro corrompendo funcionários, políticos, juizes, policiais e dirigentes econômicos dos setores público e privado, visto que é pela corrupção que o crime organizado se infiltra nas sociedades democráticas<sup>60</sup>, destacando, também, a “lei do silêncio”, uma característica das organizações criminosas que, atuando na clandestinidade é prevalente o alto poder de intimidação aos seus membros e a pessoas que não fazem parte do grupo, usando métodos cruéis e violentos contra aqueles que têm a coragem de violá-la ou contra seus familiares, com o objetivo de intimidar outras possíveis iniciativas de idêntica natureza<sup>61</sup>.

Poucas palavras serão mais claras do que as proferidas, a este respeito, por Gomes: o correto âmbito de incidência da lei em destaque estaria constituído pelas organizações criminosas, de cuja composição fariam parte os dados típicos do delito previsto no art. 288 do Código Penal (quadrilha ou bando) que era mencionado no art. 1º [...] e mais alguns requisitos extras (organização, hierarquia do grupo, etc.)<sup>62</sup>. Alegado, ainda pelo doutrinador, como evidenciado, que a vontade da Lei foi criar um delito novo – o crime praticado por organizações criminosas – não expressando sua definição, recebendo apenas, o mínimo existencial, qual seja o crime de quadrilha ou bando.

Mas o legislador ordinário tipificou algumas condutas que, no contexto geral, seriam preparatórias para crimes principais, os quais consistem na prática dos fatos que de forma gravíssima atingem cidadãos e instituições, tendo as mesmas como objeto o ser humano, o criador das mesmas como instrumento de

<sup>59</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Reimpressão. Coimbra, 2004. p. 85.

<sup>60</sup> ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime: novas máfias contra a democracia*. Tradução de Manuela Torres. Lisboa: Terra Mar, 1999, p. 254.

<sup>61</sup> ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime...*, cit., p. 84. Segundo o qual “muitos assassinatos públicos, eliminações discretas e mutilações que constituem a trama quotidiana da atividade dos cartéis só podem ser explicados pelo ódio pessoal, a paixão amorosa, a vaidade, o desejo de vingança ou uma delirante vontade de poder”.

<sup>62</sup> GOMES, Luiz Flávio, *Crime Organizado...*, cit., p. 11.

sua personalidade. Todo direito existe para o homem. Tem por finalidade a defesa dos interesses da vida humana – “Lebensinteressen” (Franz Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I e Tomo II, 3ª ed., Madrid, Instituto Editorial Rens).

“A pessoa reconhece-se, portanto, como a “razão última” da tutela penal, mas dada a sua natureza radical e ontologicamente comunitária, a sua realização passa pela criação das condições necessárias e indispensáveis à subsistência da sociedade” (Américo A. Taipa de Carvalho, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal*, Separata do Número Especial do “Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz”, Coimbra, cit., p. 90, 1985.

“É que nem o Estado nem a Comunidade são pensáveis sem o homem, daí que este seja o ponto de partida” (Eduardo Correia, no seio da Comissão Revisora do Código Penal). Dessa forma, não foi casual a ordenação dos tipos legais no Código Penal português atual, o qual começa com os crimes contra as pessoas; esta apresentação sistemática denota uma vertente de magnânimo valor: “ela é reveladora, entre outras coisas, do lugar que se concede ao homem no mundo normativo, princípio que obteve clara consagração constitucional (...) ela representa a afirmação da dignidade da pessoa, mas não significa o menoscabo dos interesses e valores que o Estado assume e sintetiza em determinado momento histórico” (Preâmbulo do Código português, ponto 19, *in fine*).

São, portanto, denominados de crimes, esses fatos que interferem na vida do homem, nos seus aspectos mais importantes, e seriam cominados com a pena. Constitui-se a pena uma maneira particularmente grave de sanção, interferindo com os valiosos agentes dos crimes. Consequentemente, a gravidade da sanção relaciona-se, necessariamente com a gravidade da lesão. Não poderia ser diferente tal procedimento, visto que, ao contrário, seriam afetados os valores importantes da Pessoa, sem existir uma razão que a justificasse. Senão vejamos:

1 – Lei nº 2.889 / 1956 (**Lei do Genocídio**).

Desde 1946, com a Convenção das Nações Unidas, as Resoluções nºs 95 e 96 da ONU condenaram o genocídio. Nesse sentido, Denise Caldas Figueira – “O Crime de Genocídio, por sua vez, teve sua expressão cunhada pelo advogado

polonês Raphael Lemkin e declarado crime contra o Direito Internacional, contrário ao espírito e aos fins das Nações Unidas” (*Tribunal Penal Internacional: avanços e retrocessos para o estabelecimento de uma jurisdição Penal Internacional*, p. 634). Como crime nas leis internacionais, foi definido: “O genocídio é a denegação do direito à existência de grupos humanos inteiros, assim como o homicídio é a denegação do direito à vida de indivíduos humanos...”

A *posteriori*, foi o referido texto acatado pela Assembléia Geral da ONU, resultando na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio.

O Brasil previne e reprime o crime de genocídio, visto que é signatário da Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, assinada em Paris em 1948, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 02, de 1951, ratificada em 1952 pelo Decreto nº 30.822, de 1952, e com fundamento na Convenção foi elaborada a Lei nº 2.889, de 1 de outubro de 1956.

O Estatuto de Roma, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, prevê no seu art. 6º o crime de genocídio, conforme disposto:

Art. 6º

### **Crime de Genocídio**

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “genocídio” qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, a força, de crianças do grupo para outro grupo.

Assim, o crime de associação criminosa despontou no ordenamento jurídico brasileiro com fundamento no art. 2º da Lei nº 2.889, de 1 de outubro de 1956, que define e pune o crime de associação para fins de genocídio, conforme a seguir tipificado:

Art. 2º

Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior;

Pena – Metade da cominada aos crimes ali previstos.

Trata-se, portanto, de um delito de autoria coletiva, no qual o número de integrantes é o mesmo da quadrilha ou bando, ou seja, a lei exige a presença de no mínimo quatro pessoas.

Ao analisar a pena do art. 2º da Lei 2.889 / 56, em face do art. 8º da Lei nº 8.072 / 1990. Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 398, 2007, esclarece:

A associação criminosa, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, possuem uma sanção punitiva própria: A pena reclusiva variável entre três a seis anos. Ora, a associação de mais de três pessoas com o objetivo de praticar qualquer das modalidades de genocídio, descritas no art. 1º da Lei nº 2.889 / 56, será agora punida no art. 8º da Lei nº 8.072 / 1990 e não mais de acordo com as sanções previstas no art. 2º da Lei 2.009 / 56.

Carecedor mencionar que, em se tratando da Lei nº 8.072 / 1990, o tipo penal em exame refere-se à prática criminosa considerada hedionda, segundo Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, p. 398. Conforme ainda o mesmo autor, “Os arts. 1º, 2º, 3º, da Lei nº 2.889 / 56 foram incluídos, no art. 1º da Lei nº 8.072 / 90, no rol dos ‘crimes hediondos’, não se caracterizando nessa inclusão nenhum acréscimo punitivo (*Crimes Hediondos*, pp. 398 – 399).

## 2 – Lei nº 7.170 / 1983 (**Lei de Segurança Nacional**)

O Decreto – Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, foi promulgado quando do golpe de Estado, sob regime de exceção, o qual definia os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelecendo, ainda, seu processo e julgamento e dava outras providências.

O art. 12 do referido Decreto disciplinava:

Concertarem-se mais de 2 (duas) pessoas para a prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos anteriores:

Pena – reclusão, de 1 a 5 anos.

Promulgada, posteriormente a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. A referida lei disciplinou figuras típicas com relação à formação de grupos subversivos ao regime de governo e contrária à formação de organizações de caráter paramilitar, nos arts. 16 e 24, respectivamente descritos:

Art. 16. Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou agrupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça.

Pena – reclusão, de um a cinco anos.

Art. 24. Constituir, integrar ou manter organização ilegal de tipo militar, de qualquer forma ou natureza armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa.

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

Dentre os projetos que tramitam no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 6.764 / 2002, cujo dispositivo acrescenta o Título XII, referente aos crimes contra o Estado Democrático de Direito, à Parte Especial do Decreto – Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e que dá outras providências.

Consoante a Exposição de Motivos nº 109, do Ministério da Justiça, a proposta visa incluir no Código Penal, um Título específico cujo objetivo é tratar acerca dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, como também da respectiva revogação da Lei de Segurança Nacional. A Portaria nº 413, de 30 de maio de 2000, criou a Comissão, cuja coordenação foi outorgada ao Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

No contexto de outros artigos, convém ressaltar o crime de “Conspiração”, disposto no art. 115, do Código Penal de 1890, segundo dispõe, o art. 367, do referido Projeto:

### **Conspiração**

Art. 367. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas, para a prática de insurreição ou de golpe de Estado.

Pena – reclusão, de um a cinco anos.

Em 1890 a sociedade exigiu uma modificação no sistema jurídico brasileiro, resultando na elaboração de um novo Código, rejeitando-se a denominação “Código Criminal” e adotando-se a de “Código Penal” seguindo o exemplo de grande parte dos códigos europeus. A propósito, Edgard Magalhães de Noronha (*Direito Penal*, São Paulo, p. 58, 1995, dispõe:

Era ele de fundo clássico. Procurou suprir lacunas da legislação passada. Definiu novas espécies delituosas. Aboliu a pena de morte e outras, substituindo-as por sanções mais brandas, e criou o regime penitenciário de caráter correcional.

Numa posição contraditória, Alfredo de Albuquerque (“Algumas novidades do código penal”. *Revista Forense*, v. 92, pp. 38 – 44, 1942) criticando a situação conflitante entre as Escolas da época:

Em derredor da escola clássica, a cujos princípios este Código se amoldou, e segundo a qual o crime não era propriamente “um fato”, mas uma entidade jurídica; não uma ação, mas uma infração; que estudava antes o crime que o criminoso; que tinha no livre arbítrio o fundamento moral da responsabilidade, que punia, para castigar, vinham bater-se, em arremesso destruidor, os postulados, da escola positiva, voltada antes para o criminoso, que para o crime, considerado este não mais uma abstração jurídica, mas um fato complexo, um produto de forças determinantes intrínsecas ou extrínsecas, agindo imperativamente nesse doentio ser antissocial, o delinqüente.

A sistemática do referido Código tratava os agentes como autores cúmplices e instigadores.

Destacar, é necessário, o crime de “conspiração”, previsto no Capítulo I do Título II, que tutelava os crimes contra a segurança interna da República, disciplinado no art. 115 do Código Penal de 1890:

### **Conspiração**

Art. 115. É crime de conspiração concertarem-se vinte ou mais pessoas para: § 1 – Tentar, directamente e por factos, destruir a integridade nacional;

§ 2 – Tentar, directamente e por factos, mudar violentamente a Constituição da República Federal, ou dos Estados, ou a forma de governo por elles estabelecida;

§ 3 – Tentar, directamente e por factos, a separação de algum Estado da União Federal;

§ 4 – Oppor-se, directamente e por factos, ao livre exercício das atribuições constitucionais dos poderes legislativo, executivo e judiciário federal, ou dos Estados;

§ 5 – Oppor-se, directamente e por factos, à reunião do Congresso e à das assembleias legislativas dos Estados:

Pena – de reclusão por um a seis annos (José Henrique Pierangeli, *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. 2ª ed. São Paulo, p. 38, 2001).

O Código Penal de 1890 também manteve, no Capítulo II, o crime de *ajuntamento ilícito*; contudo, fez crescer as modalidades de condutas praticadas por grupo constituído por pelo menos quatro pessoas:

Art. 119. Ajuntarem-se mais de três pessoas, em lugar publico com o desígnio de se ajudarem mutuamente, para, por meio de motim, tumulto ou assuada: 1º commeter algum crime; 2º privar ou impedir a alguém o gozo ou exercício de um direito ou dever; 3º exercer acto de ódio ou desprezo contra qualquer cidadão; 4º perturbar uma reunião pública ou a celebração de alguma festa cívica ou religiosa:

Pena – de prisão cellualar por um a tres mezes.

Cezar Roberto Bitencourt (A confusão proposital do concurso eventual de pessoas: “a formação de quadrilha ou bando”. *Revista Instituto de Ciências Criminais*. Belo Horizonte: ICP, v. 01, pp. 165 – 185, 2006), estabeleceu a comparação entre as figuras contempladas nos Códigos de 1830 e 1890, conforme discriminação do crime de quadrilha ou bando, disposto no Código Penal de 1940:

*O ajuntamento ilícito* que aqueles diplomas previam (arts. 285 e 119, respectivamente), *não exigia permanência ou estabilidade*, apresentando apenas algumas semelhanças com a definição atribuída pelo “atual” Código Penal de 1940 ao crime de *quadrilha ou bando*: na verdade aquelas tipificações prescreviam mais uma espécie *sui generis* de concurso eventual de pessoas, distinta, por certo, da figura que acabou sendo tipificada em nosso diploma codificado (A confusão proposital do concurso eventual de pessoas: “a formação de quadrilhas ou bando”, p. 157.

Prevaleceram, sem sombra de dúvida, as idéias iluministas no Código Penal de 1890, nesse sentido, cabendo destacar a opinião de Antônio Altieri



Moraes Pitombo (Tipificação da Organização Criminosa. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1º v. p. 47, 2007) acerca da influência da Escola Positiva sobre o legislador pátrio, visto as preocupações com o surgimento das máfias e outros grupos criminosos estrangeiros.

Para Pascoal de Melo Freire (*Instituições de Direito Criminal*, “Boletim do Ministério da Justiça”, nº 155, abril 1966, o seu conceito de delito obedece ao pensamento da escola iluminista, estabelecendo uma relação necessária com a criação de um dano para a sociedade ou para os indivíduos – “Delito é o facto ilícito espontaneamente cometido contra a sanção das leis, prejudicial à sociedade ou aos indivíduos, pelo qual se incorre na obrigação de, se possível, reparar o dano e sofrer uma pena”. Relacionando o mal do crime com o mal da pena, caracteriza-a, fazendo referência a Groccio, como “o mal do sofrimento que é infligido por causa do mal das acções”. Groccio é referenciado por Melo Freire, § II do Título I, *Iustitia – De Jure Belli ac Pacis*, Livro II, cap. XVII, *apud* Pascoal de Melo Freire, *Instituições de Direito Criminal*, p. 55. Refere ainda a definição de pena da autoria de Wolf “O mal físico aplicado, por causa de um mal moral, por aquele que tem o direito de obrigar” (Wolf, *Institutiones Juris Naturalis ed Gente*, P. I, cap. III, p. 93).

A Convenção Única sobre Entorpecentes, dispôs em seu art. 36 acerca da necessidade de criar um tipo no contexto penal específico relacionado com a “confabulação” de pessoas com o fim de praticar o delito de tráfico de drogas e figuras equiparadas, conforme exposto:

Art. 36.

### **Disposições Penais**

1 - Com ressalva das limitações de natureza constitucionais, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção ou de qualquer

outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam considerados intencionalmente com pena de prisão ou outras de privação da liberdade.

2 - Observadas as restrições estabelecidas pelas respectivas constituições, sistema legal e legislação nacional de cada Parte:

I – (...)

II – serão considerados delitos puníveis na forma estabelecida do parágrafo 1º, a participação deliberada.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, (“A confusão proposital do concurso...”, cit., p. 21, 2006) no âmbito da tradição as autoridades governamentais adotam uma *política de exarcebção e ampliação* dos meios de combate a criminalidade, como uma forma de solucionar todos os problemas sociais, políticos e econômicos que amedrontam a sociedade. É o direito penal utilizado pelos nossos governantes como panacéia de todos os males (direito penal simbólico); defendem graves transgressões de direitos fundamentais e ameaçam bens jurídicos constitucionalmente protegidos, difundem o medo, e ao mesmo tempo fascinam a uma massa carente e desenformada da sociedade. Portanto, o Direito Penal é usado de forma arbitrária e simbólica a fim de promover uma certa satisfação à população e, de forma disfarçada, ofertar soluções rápidas e consentâneas ao problema da segurança e da criminalidade.

No Brasil de hoje, conforme Francisco de Assis Toledo (Alguns aspectos da reforma do Código Penal. *Revista do Tribunal Regional Federal Primeira Região*, v. 7, pp. 51-57, jan./mar./ 1995), esse Direito Penal simbólico chega aos limites extremos da ficção.

Diante de um crime de certa repercussão social e da pressão da mídia, identifica-se, de imediato, simploriamente, a impunidade como causa única ou principal do fato e em seguida, edita-se mais outra lei agravando penas ou reduzindo benefícios aos condenados.

(...)

Conclusivamente, mas sem a pretensão de indicar solução definitiva, completa ou miraculosa, temos insistido na necessidade de abandonarmos a retórica da pena criminal.

Mas como a pena criminal é necessária, insubstituível, devemos, pelo menos, selecionar melhor as hipóteses de sua aplicação para que ela possa ter efetivamente executada, não fique apenas no papel.

(...)

Mas a lei, por si só, não pode modificar. Quem pode fazê-lo é o destinatário de seus mandamentos, ou seja, o homem que a torna eficaz no mundo social.

No nosso entendimento, faz-se necessário uma reforma em favor de uma imagem aceitável da Justiça Criminal perante a opinião pública do nosso Brasil, podendo, nesse sentido, contarmos com a colaboração indispensável do Ministério Público e Magistratura – os responsáveis pela eficácia da aplicação das leis – no contexto do *princípio da proporcionalidade*, de origem germânica, adotado com a finalidade de “equilíbrio” e, poder fazer frente a casos gravíssimos, tratando-se do “Verhältnismassgkeitsprinzip”.

Ressaltamos que o princípio alemão da proporcionalidade lembra a construção jurisprudencial da razoabilidade, muito significativa nas manifestações da Suprema Corte Americana.

A concepção atual de proporcionalidade é adotada tecnicamente pelo direito público e teorizado no direito alemão, no qual corresponde a um “freio” do poder estatal em benefício da integridade física e moral dos seus sub-rogados, como uma demonstração de respeito aos indivíduos, aos quais são reconhecidos direitos inalienáveis.

Há necessidade, portanto, de uma imposição do princípio da proporcionalidade na exigência de “uma justa medida” entre dano social causado com o crime / dano que a pena traz para o infrator. “O poder punitivo do Estado exerce-se para lograr certos objectivos (que dependem da estrutura e fins que a comunidade política se atribua), e com sujeição a certas limitações de forma e conteúdo...” (Américo A. Taipa de Carvalho, *Condicionalidade...*, cit., p. 94, 1985).

Assim, são consideradas consentâneas as concepções de alguns autores que, no intuito de fundamentar e limitar o poder punitivo estadual, fazem derivar a função do Direito Penal (Américo A. Taipa de Carvalho, *Condicionalidade, idem*).

## 2.2 – Propensão jurídico-criminal

No que se relaciona ao problema oriundo da inserção da Lei nº 9.034/95 no ordenamento jurídico brasileiro, cremos que o legislador ante a sinalização na Constituição da República de 1988 acerca da possibilidade de tratamento diferenciado conforme a gravidade de determinados crimes, não ficou indiferente à propensão jurídico – criminal, editando a citada Lei, objetivada ao tratamento específico do crime organizado, a qual tutelou a ação controlada por policiais (inc. II do art. 2º), também chamada de entrega vigiada, representa uma relativização do dever policial de ação imediata ante o flagrante delito <sup>62</sup>.

A conduta da organização criminosa é considerada criminalizada por “ofender” valores fundamentais, provocando um grau de danosidade social que justifique a intervenção penal. Consequentemente, uma intolerabilidade social revestidora do dano e merecedora de uma reprovação penal.

Manuel da Costa Andrade (Contributo para o Conceito de Contra – Ordenação, *Revista de Direito e Economia*, 6/7, Coimbra, pp. 117 e 118, 1980 – 1981) fazendo referência “aos preceitos de índole material ou substancial através dos quais se recorta a *Menschenbild* e a *Weltanschauung* que a Constituição propõe ao legislador e através dos quais se deve alinhar em matéria de criminalização, descriminalização ou imposição de coimas.

“A partir de princípios de respeito à dignidade da pessoa, à liberdade, à igualdade e ao Estado de Direito que a doutrina germânica tem vindo a fundamentar os processos de descriminalização, procurando ancorar na Constituição as categorias dogmáticas e político – criminais da dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) e da carência de tutela penal (*Staftbedürftigkeit*) com vista à identificação de um conceito de crime”.

A Constituição servirá de linha constante que entra na equação para

<sup>62</sup> A ação controlada (inc. II, do art. 2º da Lei nº 9.034/95, “consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a elas vinculadas, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”. Trata-se de uma técnica de investigação que relativiza o dever de um policial agir em se tratando de flagrante delito, em nome da maior utilidade da investigação, de modo bastante pragmático, cuidando-se de evitar riscos maiores para a vida de vítimas, policiais, terceiros ou quaisquer envolvidos. Assim, o agente sob vigilância poderá, legitimamente, ser preso em momento distinto dos demais autores do fato (TRF 3, HC 20020300026318-2/SP, Souza Ribeiro, 2º T, u., 9.10.02).

determinar a dignidade penal dos bens de valores a proteger, impondo que se criminalizem apenas condutas que ofendam esses bens, causando reais danos sociais. Daí, surge uma indagação: - Justificar-se-á a intervenção penal com esta afirmação da dignidade penal ou haverá necessidade da presença de ulteriores pressupostos legitimadores?

Segundo Winfried Hassemer (*Theorie und Soziologie des Verbrechens – Ansätze zu einer Praxisorientierten Rechtsgutlehre*, Frankfurt, p. 216, *apud* Costa Andrade, *Contributo...*, cit., p. 110, nota 92), a afirmação da dignidade penal constituiria a legitimação negativa da intervenção penal, cuidando-se depois averiguar se da legitimação positiva – ou melhor da existência de necessidade de tutela penal.

Contraria, destarte, a um princípio de “tutela de bens jurídicos” (*Rechtsgüterschutz*) um princípio de técnica de tutela (*Schutztechnik*) assim refere-se Hassemer, *idem*, pp. 149 e ss. (*apud idem*).

Para Figueiredo Dias (*Direito Penal 2 – Parte Geral: As Conseqüências Jurídicas do Crime*, Coimbra, Faculdade de Direito, p. 44, 1988) “... mesmo quando uma conduta viole um bem jurídico, ainda os instrumentos jurídico – penais devem ficar de fora sempre que a violação possa ser suficientemente controlada ou contrariada por meios não criminais de política social: a necessidade social torna-se assim um critério decisivo de intervenção do Direito Penal”, como já referenciamos anteriormente.

Manuel da Costa Andrade (“A Dignidade Penal” e a “Carência de Tutela Penal”, como Referência de uma Doutrina Teológico – Racional do Crime, cit., pp. 13 e 14, Coimbra) entende a existência de três pressupostos na carência de tutela penal – em primeiro lugar um juízo de *necessidade* (*Erforderlichkeit*), por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela, em segundo lugar um juízo de *idoneidade* (*Geeignetheit*) do Direito Penal para garantir a tutela e, terceiro pressuposto, para o fazer à margem de custos desmesurados no que se refere ao sacrifício de outros bens jurídicos.

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Constituição da República Portuguesa, Anotada, 2ª ed. v. 11, Coimbra, pp. 170 – 172, Coimbra Editora 1984*)

em sentido convergente, na análise do art. 18º, nº 2, 2ª parte, “devendo as restrições limitarem-se ao necessário” da Constituição, distinguindo um princípio de adequação, de exigibilidade (no sentido de necessidade – subsidiariedade) e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Ainda Costa Andrade (*A Dignidade...*, cit., p. 13) opina ao indicar, como referentes da dignidade penal, a dignidade do valor em causa e a danosidade social da conduta.

Ora, segundo o mesmo autor, se assim é considerado, parece-nos haver uma *tendencial* convergência entre elevada importância do bem a tutelar e particular gravidade – intolerabilidade da lesão a este valor, por um lado, e necessidade de tutela penal, por outro.

No nosso entender, as alternativas apresentadas pelo direito penal para salvaguardar bens essenciais e sobre a adequação ou não do mesmo direito penal para fazê-lo, carece uma cuidadosa análise da realidade, dos efeitos da intervenção penal sobre o âmbito social, estabelecendo-se uma comparação entre custos e benefícios da sua intervenção, não omitindo, não se descuidando da defesa desses valores, seguindo o aconselhamento de Costa Andrade (“a racionalidade funcional está aqui pré-ordenada à salvaguarda e proteção de bens jurídicos fundamentais”), o qual aponta a necessidade não só de eficácia, mas também, da forma menos gravosa possível, já que a pena em si é um mal, mas um mal necessário quando for o menor dos males... .

A Lei nº 9.034/95 ao criar os meios de combate ao crime organizado, não definiu integralmente seu conteúdo. O legislador escolheu uma via que deixa a referida lei a desejar em termos de garantia, embora não se pode concluir pela invalidade da mesma, posto que, o legislador acabou dando um mínimo típico de “definição”.

No crime de quadrilha ou bando, os seus requisitos típicos configuram as exigências mínimas do crime de organização criminosa, podendo-se admitir, em consequência, a constitucionalidade da referida lei, impondo-se ao juiz, em cada caso concreto, a descoberta do *plus* especializante. Trata-se de um tipo aberto em sentido estrito. É, portanto, constitucional a Lei nº 9.034/95.

### 2.3 – Ação Controlada (art. 2º, inciso II)

Em síntese, consiste a ação controlada, no retardamento da prisão em flagrante delito. Sabe-se, a ação controlada é capitulada no art. 301 do CPP, *in verbis*: “ Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.” Por outro lado, não se desconhece o flagrante facultativo (qualquer do povo) e o compulsório ou obrigatório ( autoridades policiais e agentes ). Estes últimos , sempre tiveram por força do ordenamento jurídico, a obrigação de prender “ quem seja encontrado em flagrante delito”. Não havia nenhuma possibilidade dentro da lei de retardamento ou prorrogação do flagrante. De imediato tinha que ser a atuação. A *lex nova*, contudo inovou: agora, em algumas situações, o flagrante pode ser retardado ou prorrogado. Já faziam parte do nosso Direito o flagrante preparado, o esperado e o forjado. Contamos com uma outra modalidade: *flagrante prorrogado ou retardado*. Salientar, convém, não confundir o flagrante esperado com o prorrogado. No flagrante esperado a autoridade intervém num momento certo, sem nenhuma vigilância permanente; a situação de flagrante não é duradoura. No flagrante prorrogado a situação de flagrância é permanente (duradoura) e a vigilância policial também é duradoura. Aguarda-se o momento mais propício para realizar a captura. Em suma: no flagrante esperado não pode a autoridade prorrogar a captura, em quanto que, no flagrante prorrogado a autoridade pode esperar o momento oportuno para intervir.

No que pertine à ação controlada, já era adotada por policiais, mesmo antes da vigência da lei. Não se trata de meio probatório, mais de investigatório. A nova lei resguarda o policial de eventual responsabilidade, evitando ser taxado de prevaricador, sempre que o retardamento do flagrante, vise o momento mais preciso para a formação da prova.

A incidência da ação controlada pela lei só é possível em “ação praticada por organizações criminosas ou a elas vinculadas”. Ou melhor, só é possível a ação controlada exclusivamente no crime organizado. Fora da organização criminosa é impossível tal medida. Prorrogado pode ser o flagrante em virtude da

natureza permanente da ação da organização criminosa. Nas infrações permanentes, dispõe a lei (CPP, art.303), “entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”. Há, portanto, coerência entre a prorrogação do flagrante e o crime permanente. O objetivo da lei foi deixar de modo explícito, que o policial pode agir no momento em que achar mais oportuno. Cuida-se de atividade policial “discricionária”, isto é, ficam por sua conta exclusiva a conveniência e oportunidade da intervenção. Lembrar é necessário que discricionariedade não significa arbitrariedade. Jamais a autoridade policial deverá dispensar tal distinção. Depende tudo de um juízo de valor que ela emite. A lei, lamentavelmente, não estabeleceu qualquer forma de controle da ação controlada, seja pelo Ministério Público, seja pelo Juiz, uma ação controlada descontrolada. Assim pensamos. Se a lei não estabeleceu qualquer tipo de controle, a responsabilidade é, portanto, da autoridade policial. Chama-se a atenção para o fato de que o poder político, estabelece freios e controles. Nenhuma polícia pode agir sem controle. O Ministério Público e o Juiz, notadamente este, devem sempre atuar como filtros da violência estatal. Não impedirão a violência, mais têm o dever no contexto constitucional de controlá-la, de restringi-la a limites mínimos, de equilibrá-la. Na eventualidade de que, em razão da ação controlada, desapareça a situação de flagrante, essa falta de comunicação e controle pode dar ensejo a inúmeras suspeitas contra a autoridade policial <sup>63</sup>.

Há pressupostos impostergáveis na correlação da ação controlada: indícios evidentes de organização criminosa, observação e acompanhamento da atividade ilícita, etc. Por outro viés, a Lei assinalou também uma finalidade muito especial: a ação controlada destina-se a assegurar a **eficácia** da formação das provas e fornecimento de informações. O escopo final é a eficácia probatória. Não iria a lei quebrar a ordem jurídica vigente e permitir o excepcional “flagrante retardado” se não tivesse uma razão convincente. No caso, essa razão é garantir a maior eficácia probatória possível <sup>64</sup>.

<sup>63</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINE, Raúl *Crime Organizado*. Cit., p. 94.

<sup>64</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINE, Raúl *Crime Organizado*. Cit., p. 95.



Nenhum limite temporal a nova lei estabeleceu para a ação controlada. Exige, embora, que a situação fática flagrancial seja “mantida sob observação e acompanhamento” e que “a medida legal se concretiza no momento mais eficaz”. Observação e acompanhamento são deveres legais.

Tal requisito harmoniza-se perfeitamente com o estado de permanência delituosa da organização criminosa. É requisito normativo o momento mais eficaz da intervenção <sup>65</sup>. Depende de um juízo de valor que será feito pela autoridade. De qualquer modo, nada autoriza qualquer arbitrariedade. A lacuna temporal máxima, no entender do juiz Roberval C. Belinati <sup>66</sup>, “é extremamente perigosa, porque pode incentivar a prática de crime de abuso de autoridade, prevaricação, corrupção passiva e concussão podendo ainda, contribuir para a impunidade de criminosos que, com certeza, fugiriam do distrito da culpa se tomassem conhecimento de que estariam sendo investigados”.

Como já antecipado deixamos, a ação controlada caracteriza-se pelo retardamento de intervenção policial, devendo ocorrer no momento mais oportuno do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de provas.

Para além do que resulta da valoração crítica da doutrina, a ação controlada, também conhecida como flagrante prorrogado, retardado ou diferido, vem prevista na Lei de Organizações Criminosas, na Lei de Drogas, e também na Lei nº 9.034/1995, em qualquer fase da persecução criminal é permitida a ação controlada, consistindo a mesma em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações. Vislumbra-se que, pela redação do dispositivo legal, a ação controlada na lei das organizações criminosas não depende de autorização judicial (STJ, 5ª Turma, HC 119. 205/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 29/09/2009, *Dje* 16/11/2009).

<sup>65</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINE, Raúl *Crime Organizado...*, cit., p. 96.

<sup>66</sup> Roberval C. Belinati. “Direito & Justiça” in *Correio Brasiliense*, 05.06.95, p. 6.

## **2.4 – Do acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais**

O artigo 2º, inciso III, da Lei nº 9.034/95, permite o “acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais”. São fontes ou meios probatórios indiscutivelmente relevantes, embora tratando-se de matéria em si importante, em virtude da obtenção, análise e cruzamento de dados como atividade essencial no contexto da investigação criminal onde a produção de prova passa exatamente pela construção de um quadro, cujos elementos são bastante difusos. O dispositivo (art. 2º, inc. III) é inócuo, visto que as informações ali referidas já são tratadas em outros diplomas legais, excetuando-se os dados, assim entendidos quaisquer registros privados, mantidos em meios eletrônicos ou mesmo em papel, a exemplo de anotações de uma agenda.

Conforme o art. 232 do CPP “Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”.

No que se refere à proteção de dados no texto da Constituição Federal em seu inciso XII do art.5º, que trata das comunicações de dados e não dos dados, os quais estão a descobertos por sigilo, afasta-se aqui a tentativa de fundamentar o sigilo financeiro, embora encontrem-se os mesmos protegidos enquanto objeto de correspondência. Não fugindo à referida concepção, admite-se a interceptação apenas nos casos de comunicação telefônicas, em razão de sua instantaneidade. Citamos, como oportuno, a afirmação do Min. Moreira Alves, em voto proferido no julgamento do MS nº21.729-4: “as palavras voam, enquanto que os escritos permanecem. Cuida-se de forma de comunicação que não deixa vestígios para sua realização”.

Caso se aceite que os referidos dados do inciso XII do art. 5º da Constituição da República são quaisquer dados, compreendidos estes como informações, independente de estarem sendo ou não comunicados, todo e qualquer registro de informações em qualquer suporte, como papel, fitas gravadas, disquetes, computadores, estaria coberto por sigilo. Tornar-se-ia inviável tal solução na prática, a prova de qualquer ilícito, administrativo ou penal,

da mesma forma as provas no Processo Civil, levando-nos à conclusão de que não pode ser esta a interpretação do dispositivo constitucional. Assim entendido, carece de transcrição, de autoria do Min. Francisco Rezek, o seguinte trecho, em voto proferido no MS nº 21.729/4/DF: do inciso XII, por seu turno, é de ciência corrente que ele se refere ao terreno das comunicações: a correspondência comum, as mensagens telegráficas, a comunicação de dados, e a comunicação telefônica. Sobre o disparate que resultaria de entendimento de que, fora do domínio das comunicações os dados em geral – e a seu reboque o cadastro bancário – são invioláveis, não há o que dizer. O funcionamento mesmo do Estado e do setor privado enfrentaria um bloqueio. A imprensa, destacadamente, perderia sua razão de existir.

Em sentido idêntico a manifestação do Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento do MS nº 23.452/RJ: Com relação especificamente à requisição de dados telefônicos que aqui só se enfrentou de raspão – a minha convicção é a de que o problema há de ser encarado à luz do princípio da proteção constitucional e da intimidade, e não propriamente do inc. XII do art. 5º, que diz respeito ao sigilo das comunicações, em suas diversas modalidades: são desdobramentos que a tecnologia impôs ao multissecular princípio da inviolabilidade da correspondência. O que ali se protege, pois, é a comunicação telemática de dados: a não ser assim, então, todos os dados, todos os apontamentos, todos os fichários antigos e modernos existentes no mundo estariam protegidos por uma reserva que até se pode sustentar absoluta, porque a alusão do final do inc. XII do art. 5º, é restrita às comunicações telefônicas.

Para nós, o absurdo a que levaria conferir quanto a tudo o mais uma reserva absoluta mostra que, naquele inciso, só se cogitou das diversas técnicas de comunicação. E, por isso mesmo, teve-se de resgatar mesmo de intromissão judicial o próprio ato da comunicação, salvo se se cuida da comunicação telefônica, única em que a interceptação é necessária porque não deixa prova do seu conteúdo.

Consequência da fundamentação do sigilo financeiro no inc. XII do art. 5º da CR seria a impossibilidade de sua quebra para fins processuais extrapenais,

uma vez que o dispositivo somente prevê sua relativização para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Mais que isso, albergado o sigilo financeiro no inciso XII do art. 5º CR, somente poderia ser violado com autorização judicial, como está expressamente previsto no dispositivo, o que não se dá caso se entenda fundado o sigilo financeiro fundamental à vida privada<sup>67</sup>.

Através da Lei nº 10.217/01 introduziu o legislador os incisos IV e V no art. 2º da Lei 9.034/95, impondo disciplina às figuras da interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos e a infiltração de agentes da polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, através de uma circunstância e prévia autorização judicial<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005, pp. 62-64.

<sup>68</sup> Quando da realização em Guadalajara, México, em outubro de 1997, do Colóquio Preparatório do XVI Congresso Internacional de Direito Penal (AIDP), ADA PELLEGRINI GRINOVER, apresentou um relatório sobre a situação da legislação brasileira em consequência do crime organizado, fez destacar o tratamento da matéria no plano interno: "É grave a situação do crime organizado no Brasil, notadamente no que diz respeito ao narcotráfico, à indústria dos seqüestros, à exploração de menores e aos denominados *crimes de colarinho branco*, com evidentes conexões internacionais, principalmente no que tange ao primeiro, que também envolve, com o último, a lavagem de dinheiro. A polícia está completamente desarmada em face do poderio das organizações criminosas. Problema de corrupção da polícia e na atuação de ex-policiais tornam o quadro ainda mais dramático. Na esteira de diversas leis estrangeiras, o Brasil tem leis específicas visando combater o crime organizado (que, no entanto, ainda carecem de definição normativa), além de contar com projetos de lei no Congresso Nacional e de ante-projetos ainda em fase de estudos". "A legislação brasileira em face do crime organizado". (*A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 89-90).

## 2.5 – Interceptação ambiental (art. 2º, IV)

O inciso IV do art. 2º da Lei 9.034/95, incluído pela Lei 10.217/01, prevê a possibilidade da “captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”, como já dito.

É a interceptação ambiental um meio de obtenção da prova previsto em leis de diversos países possibilitando eficiente atuação dos agentes estatais na investigação do crime organizado.

No que tange à interceptação ambiental, entendida como “a captação clandestina de conversa, por terceiro ou por um dos interlocutores no próprio ambiente em que ela se desenvolve”<sup>69</sup>. Através de prévia autorização judicial, poderão os agentes de polícia, instalar aparelhos de gravação de som e imagem em ambientes fechados (residências, locais de trabalho, estabelecimentos prisionais, etc.) ou abertos (ruas, praças jardins públicos, etc.), com o objetivo de gravar, além, dos diálogos travados entre os investigados (sinais acústicos) mais também de filmar as condutas por eles desenvolvidas (sinais ópticos). Também poderão os policiais registrar sinais emitidos pelos aparelhos de comunicação, *verbi gratia*, rádios transmissores (sinais eletromagnéticos), que tecnicamente não se enquadram no conceito de telecomunicação telefônica, informática ou telemática.

O texto constitucional, que além de não admitir a violação do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas foi ampliada pela tutela legal. Tratando-se de meio de obtenção da prova, e considerando que a Constituição da República, em casos análogos, disciplinou a matéria, a interceptação em locais privados, designadamente no interior de residências, é inconstitucional visto que carece de prévia permissão constitucional.

<sup>69</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini critica a ausência de disciplina das chamadas “gravações ambientais pela lei 9.296/96, anotando que o legislador perdeu uma boa oportunidade de regulamentar o assunto, que normalmente vem tratado, no direito estrangeiro, com a disciplina das interceptações. (O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 103).

Por outro caminho, no nosso entender, o legislador ordinário tem competência para tutelar matéria restritiva de direitos fundamentais, sob pena de a Constituição da República tornar-se um repositório de inúmeras situações não contempladas pelo legislador constituinte <sup>70</sup>. Porém, na hipótese, jamais poderia ter ampliado os limites previstos no texto constitucional. Nesse caso, constata-se que a Constituição brasileira é omissa na disciplina de limites para a atuação do legislador ordinário, cumpre buscar analogia no texto da Carta Magna portuguesa, que ao dispensar tratamento à matéria, em razão de sua relevância, prevê como um dos requisitos para a produção legislativa “que a restrição esteja expressamente admitida na Constituição” (art.18, nº 2) <sup>71</sup>.

Por fim, acrescente-se que, embora a interceptação ambiental seja tida como meio para a obtenção da prova que implica limitação do direito à intimidade, à vida privada e à imagem do investigado, o legislador brasileiro, a exemplo da tutela da infiltração de agentes, limitou-se a exigir prévia e motivada decisão judicial para seu deferimento, contrariando a tendência verificada no plano internacional de se exigir formas claras de controle em relação à utilização indiscriminada da vigilância eletrônica <sup>72</sup>. Ante esse quadro, em sendo o instituto considerado constitucional, os operadores do direito deverão valer-se por analogia

<sup>70</sup> BARROS, Suzana de Toledo assevera que as restrições de direitos fundamentais podem ocorrer não apenas diretamente pela Constituição, como também indiretamente pela lei, havendo ou não expressa referência ao texto constitucional. Daí porque, segundo a autora, “é falsa a idéia de que os direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei restritiva de direitos seriam insuscetíveis de qualquer restrição. As inúmeras situações concretas de exercícios desses direitos estão a revelar que é quase impossível instituir um direito em favor de algum sem que não haja reflexo no direito de outrem (...). Quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito por parte de outro titular, há, portanto, uma situação de conflito cuja solução requer se imponha limite a esses direitos para que possam, coexistir. Fala-se, então, de limites constitucionais não escritos ou de limites iminentes” *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, pp. 164-165.

<sup>71</sup> SARDINHA, José Miguel. *O terrorismo e as restrições dos direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editores, 1989, pp. 85-86.

<sup>72</sup> As leis da Itália, França e Alemanha proibem a aplicação indiscriminada da vigilância eletrônica, exigindo que sua autorização esteja relacionada com sérios indícios de que um crime será praticado (vigilância preventiva) ou para apurar os autores de infração já consumada (vigilância repressiva). Jean Ziegler. *Os senhores...*, cit., p. 226.

e no que couber do procedimento previsto na Lei nº 9.296/96<sup>73</sup>.

O juiz pode perceber que, a adoção dos elementos probatórios resultantes da interceptação telefônica ou ambiental não eram, na época, imprescindíveis para a apuração do fato criminoso ou, segundo o que dispõe o art. 28, inc. II, da Lei nº 9.296/96, a prova poderia ter sido produzida por outros meios disponíveis. Tal situação é previsível, tendo em vista que a interceptação telefônica ou ambiental, é, geralmente adotada pela autoridade policial no início da investigação. Para Grinover, “não é possível afastar a licitude da prova obtida, visto que o disposto no art. 2º, inc. II, da Lei nº 9.296/96 é requisito necessário tão – somente à autorização da medida, mas não condição de validade de prova. Ou seja, se naquela ocasião, à cognição sumária do juiz, a interceptação telefônica pareceu ser o único meio disponível para se obter a prova, a autorização será lícita e não perderá essa característica ante a constatação, depois, da possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios não

<sup>73</sup> O Projeto de Lei nº 3.731/97, na Seção III do Capítulo II, busca disciplinar a interceptação ambiental: “Art. 14. A interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos ópticos ou acústicos, mediante a instalação de equipamentos para a captação de som e imagem, em ambientes fechados e abertos, será precedida de circunstanciada e motivada autorização judicial, que estabelecerá seus limites, após a manifestação do Ministério Público. § 1º Não será admitida a interceptação ambiental se não houver indícios de autoria ou participação em infração penal, bem como se a prova puder ser produzida por outros meios disponíveis. § 2º A interceptação ambiental não deverá exceder o prazo de um mês, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada a sua necessidade. Art. 15. O pedido do Ministério Público ou a representação da autoridade policial para a interceptação ambiental conterà a demonstração da necessidade de sua realização, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas, quando possível, e os locais onde serão instalados os equipamentos para a captação. Art. 16. O pedido de interceptação será processado de forma sigilosa em autos apartados, os quais serão apensados ao inquérito policial, no seu encerramento, ou no processo criminal, quando do término da instrução, podendo a defesa produzir novas provas e requerer diligências. § 1º A prova colhida que não interessar à investigação, à apuração de outras infrações penais ou ao processo será inutilizada por decisão judicial, após manifestação do Ministério Público. § 2º Se a transcrição do material resultante da interceptação ambiental revelar atos da intimidade ou da vida privada do investigado, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes poderá determinar que o processo tramite em segredo de justiça. § 3º Findas as investigações, o juiz deverá determinar sejam riscados os trechos transcritos do material resultante da interceptação que revelem atos de intimidade ou da vida privada do investigado”. Ainda no Capítulo III do Projeto (“Dos crimes e das penas”) há previsão de duas figuras típicas: “Art. 27. Realizar interceptação ambiental sem observância da forma prevista na Lei ou quebrar o sigilo das investigações, sem autorização judicial. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Art. 28. Divulgar, pelos meios de comunicação social, imagem ou gravação de som obtidas por meio de interceptação ambiental, prevista nesta Lei que revelem atos da vida privada ou da intimidade do investigado ou acusado. Pena – reclusão, 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa” (Fonte: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)).

aventados pelo juiz”<sup>74</sup>.

Não se descarta a possibilidade de, através da interceptação telefônica ou ambiental autorizada, sejam obtidas provas acerca de outros crimes. A lei brasileira, desde que considerado o critério de proporcionalidade previsto no art. 2º, inc. III, da Lei nº 9.296/96, não veda o aproveitamento das provas em relação ao crime incidentalmente apurado, podendo tais provas ser objetos de admissão no processo, em existindo formal acusação pertinente ao novo crime apurado. Circunstância esta, é o nosso entendimento, carecedora de previsibilidade quando se trata de apuração da criminalidade organizada, tendo em vista a pluralidade de práticas distintas em seu comportamento.

A propósito, tendo afirmado que:

“é fato notório que a atividade criminosa, especialmente a organizada, não se limita a uma especialidade, ramificando-se do tráfico de entorpecentes para o sequestro, o contrabando de armas, etc.”.

Greco Filho salienta que:

“seria uma limitação excessiva não se permitir que, uma vez autorizada legitimamente a interceptação, não pudesse ela abranger toda a atividade criminosa dos interceptadores no âmbito da continência ou da conexão a partir do fato que a justificou”<sup>75</sup>.

Salientar se faz necessário que, a redação do art. 8º do Projeto nº 3.514/89 – que não foi reproduzido na Lei nº 9.296/96 – disponha que “os resultados das operações técnicas não podem ser utilizados para a instrução de processos ou investigações relativos a crimes diversos daqueles para os quais a autorização foi dada, salvo quando se tratar de crime constante do art. 1º...”, cujo o rol

<sup>74</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. “O regime brasileiro das interceptações telefônicas”. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000

<sup>75</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996*. São Paulo. Saraiva, 1996, pp. 22-23.



contemplava “os decorrentes de organização criminosa” (inc. XI) <sup>76</sup>.

Segundo dispõe o art. 6º, § 1º da Lei nº 9.296/96, “no caso da diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição”, uma comprovação de que a gravação da conversação telefônica pode ser excepcionalmente dispensada. Nesse aspecto, sendo impossível operacionalizar tecnicamente o registro das conversações, a prova a ser apresentada pela acusação poderá se constituir no testemunho do policial que fez parte da diligência, a fim de poder narrar o conteúdo das conversações. Uma licitude que nada impede de ser admitida pelo juiz: primeiro, porque precedida de autorização judicial; depois, a disciplina da lei é no sentido da possibilidade de ausência de gravação da conversação, ainda que em caráter excepcional; por fim, a lei processual permite que qualquer pessoa figure como testemunha no processo penal (art. 202) <sup>77</sup>.

<sup>76</sup> A lei processual italiana admite, excepcionalmente, a utilização da prova obtida por meio da interceptação telefônica em outros processos, desde que indispensável para a averiguação de delitos para os quais é obrigatória a prisão em flagrante delito (art. 270, entre os quais estão inseridos os promovidos por organizações criminosas do tipo mafioso e referidas no art. 416 do Código Penal italiano (art. 380, 2, *l e m* do CPC), citação Eduardo Araujo da Silva. Crime Organizado, Editora Atlas S.A, 2009, p. 115.

<sup>77</sup> Comunga da mesma opinião Vicente Greco Filho, entendendo o mesmo que se a interceptação telefônica não foi gravada, “o resumo das operações deverá conter, também, sob a responsabilidade de quem ouviu, o conteúdo das conversas interceptadas”. *Interceptação...*, cit., p. 33.

## 2.6 – Prescindibilidade de autorização judicial

Nem sempre a autorização judicial se faz necessária. Vejamos:

- a) de gravação ambiental autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais, no exercício da legítima defesa de quem a produziu ( STF, HC 74678, *DJ* 15.8.97, 1ª T.: STF, HC 75261, 24.6.97, 1ª T.: STF, RE 212081/RO, Gallotti, 1ª T., u., 5.12.97; STF, AI – AgR 503617/PR, Velloso, 2ª T, u., 1.2.05; TRF 1, AC 200039000051062, 4ª T., u., 10.4.07; TRF3, AC 200461020100067, Neatschalow, 5ª T., u., 8.6.09; TRF3, AC 199960020015830, Herkenhoff, 2ª, T., u., 28.7.09; TRF4, AC 20040401005190 – 3 – PR, Élcio Pinheiro de Castro, 8ª T., u., 25.8.04), em especial quando produzida em instituições públicas, onde vigora a interceptação (TRF2, HC 20010201032208 – 5/RJ, 6ª T., Schwaitzer, 3.12.02);
- b) da filmagem realizada em via pública (STF, HC 74.356/SP, 1ª T., Gallotti, u., *DJ* 25.4.97; STJ, MS 12429/DF, Fischer, *DJ.* 29.6.07; TRF4, AC 2002710806032-9/RS; 7ª T., u., 20.5.03; TRF4, AC 20027002021510 – 6 PR, Fábio Rosa, 7ª T., u., 10.6.03; TRF4, AC 20027100009434 – 2, Élcio Pinheiro de Castro, 8ª T., u., 18.6.03;
- c) da filmagem efetuada pelo ocupante de um imóvel residencial que instale equipamento em sua própria vaga de garagem com a finalidade de identificar autor de crime de dano provocado em veículo de sua propriedade (STF, HC 84203/RS, Celso de Mello, 19.10.04).

Quando se tratar de gravação em residência, já se evidenciou que a verificação da licitude da gravação deve ser feita caso a caso, nos termos seguintes: “Quando a gravação se refere a fato pretérito, consumado e sem exaurimento ou desdobramento, danoso e futuro ou concomitante, tem-se, normalmente e em princípio, a hipótese de violação à privacidade. Todavia, demonstrada a investida criminosa contra o autor da gravação, a atuação deste – em razão, inclusive, do teor daquilo que foi gravado – pode às vezes, indicar a ocorrência de excludente de ilicitude (a par da *questio* do princípio da proporcionalidade). A investida, uma vez caracterizada, tornaria, daí, lícita a gravação (precedente do Pretório Excelso, inclusive, do Plenário). Por outro lado, realizada a gravação às escondidas, na residência do acusado e sendo inviável a verificação suficiente do conteúdo das gravações efetuadas, dada a imprestabilidade do material, sem o exato delineamento da hipotética investida, tal prova não pode ser admitida, porquanto violadora da privacidade de participante

do diálogo (art. 5º, inc. X, da CR)”. (STJ, AP 479 Fischer, CE, u., 29.6.07). No mesmo sentido: (STJ, AP 395, Fux, CE, u., 5.12.07).

Desnecessário se falar, tampouco, em tal caso, em flagrante preparado, sendo lícita a prova consubstanciada na gravação da conversa da acusada com o policial e repórter (STF, HC 76397, Ilmar Galvão).

Da mesma forma, quando se trata de gravação de conversa da autoridade policial e presos, alegadamente incientes da gravação que fazem revelações sobre terceiros (STF, HC 69818/SP, Pertence, 1ª T., u., 3.11.92).

No âmbito do nosso entendimento, os reguladores na lei brasileira são exageradamente econômicos, havendo possibilidade da referida regulação ser aprimorada no que pertine aos requisitos e forma de tomada da prova, como sucede na Alemanha, onde a lei faz distinção entre a utilização de meios técnicos fora e dentro do domicílio. A escrita e gravação da conversa dentro do domicílio, conhecida como *grossen Lauschangriff* sem o conhecimento dos atingidos é regulada pelo § 100c da *Strafprozessordnung*, nos seguintes termos:

1. § 100c (medidas sem o conhecimento dos atingidos). O que for dito no interior da residência privada pode ser ouvido e gravado por meios técnicos, sem o conhecimento dos atingidos, se
2. fatos determinados fundamentam a suspeita, de que alguém cometeu um crime especialmente grave arrolado no item 2 ou tentou cometê-lo, em caso no qual a tentativa é punível,
3. o fato é também no caso concreto especialmente grave,
4. com base em indícios fáticos é de supor que, por meio da escuta serão apanhadas conversas do acusado que tenham significado para a investigação do fato ou a determinação do local de estada do acusado,
5. investigação do fato ou a determinação do local de estada do acusado de outra maneira seja desproporcionalmente dificultada ou sem perspectiva de sucesso.

Verifica-se, ainda, a existência de solução legal para o tema das conversas entretidas com pessoas com direito a sigilo profissional, como é comum no caso de conversas com advogados. A lei alemã determina que, se acontecer a captação de tais conversas, a gravação deverá, de imediato, ser destruída, não podendo ser considerada como prova (StPO, § 100c, item 6 e 5). A exceção não é

aplicada, porém, acertadamente, em caso de participação, favorecimento pessoal ou real e receptação por parte da pessoa detentora do direito ao sigilo profissional <sup>78</sup>.

A lei alemã aproxima-se da jurisprudência brasileira, no que diz respeito ao sigilo não proteger o profissional como investigado, mas exclusivamente como testemunha (STF, RHC 3865/SP, Costa Lima, 5ª T., u., 24.8.94). Assim, não impede a sua oitiva, como também a busca e apreensão ou outras medidas investigativas, desde que preservados os dados sigilosos, relativos a terceiros, desde que não sejam os comparsas no crime.

O § 100f da *Strafprozessordnung*, que trata da *pequena vigilância secreta* (*Kleiner Lauschgriff*), assim entendida aquela realizada fora do domicílio dispõe:

§ 100f (Utilização de Dados Relativos a Pessoas). São permitidas, sem o conhecimento do atingido, fora do domicílio a produção de fotografias, outros meios técnicos determinados para fins específicos de observação do fato ou para a determinação do local de estada do acusado, se o objeto da investigação for de significado considerável e se a investigação do fato ou a determinação do local de estada do acusado de outra maneira promete menos chance de sucesso ou séria dificuldade.

Assinala Kinzig que, em sendo como requisito é chamado de *crime de significado considerável*, quando usado com intenção de flexibilizar a aplicação da regra <sup>79</sup>.

O art. 2, inc. IV, da Lei nº 9.034/95, incluído pela Lei nº 10.217/01, dispõe sobre a possibilidade da “captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”.

Nesse sentido entendemos que, é de fundamental importância que se leve em consideração o princípio da proporcionalidade, quando ocorrer a violação aos direitos fundamentais de proteção da vida privada, da intimidade ou da inviolabilidade do domicílio.

<sup>78</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005, p. 358.

<sup>79</sup> KINZIG, Geörg. *Die Rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, p. 109. Berlin: Duncker & Humblot. 2004.

## 2.7 – Infiltração Policial – Noções

Merece destaque, no contexto da *persecutio criminis* do crime organizado, cujo objetivo é chegar ao cerne do grupo organizado para recolher provas do envolvimento dos mandantes ou “homem por detrás” (*Hintermann*) ou aqueles “controladores de fios” (*Drahtzieher*), e não somente os executores ou figuras periféricas (*Randfiguren*), como posto em evidência na Exposição de Motivos do Projeto da Lei Alemã para Luta contra o Tráfico Ilícito de Drogas e outras formas de Criminalidade Organizada (*Gesetz sur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität*)<sup>80</sup>.

Não são poucos os riscos, como meio investigatório, do uso da infiltração nas organizações criminosas, nomeadamente nos casos de assaltantes de bancos, traficantes, cujas dificuldades não apenas de ordem prática mas também de ordem jurídica, sejam materiais, sejam processuais. No que se refere às dificuldades dos delitos praticados pelo agente, enquanto que, na área processual consiste o problema em se trazer para os autos uma prova passível de comprometer outras operações policiais, correndo o risco o próprio agente infiltrado<sup>81</sup>.

Daí a razão pela qual, no Brasil, a figura do informante é comumente utilizada, embora não regulamentada, conhecida como *V – Mann* ou *V – Leute*, destacando que o V, de *verbindung* significa ligação<sup>82</sup>. Não deve ser o agente infiltrado confundido com o “funcionário policial que, de forma esporádica e isolada, e ante um ato delitivo concreto, oculta sua condição policial para descobrir um crime já cometido”, o chamado comprador fictício<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre, 2010, p. 539.

<sup>81</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre, 2010, p. 539.

<sup>82</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. cit., p. 539.

<sup>83</sup> DELGADO GARCIA, Maria Dolores. El Agente Encubierto: Técnicas de Investigación. Problemática y Legislación. Comparada. In: GUTIERREZ – ALVIZ CONRADI, Faustino (Director). *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*. Sevilla: Universidad de Sevilla. Ayuntamiento de Sevilla. Universidad Internacional Menéndez. Pelayo nº 69-84.1996.

Baltazar Júnior por entender que o agente age, comumente no estrito cumprimento do dever legal e, segundo o mesmo, sem o ânimo de cometer, por exemplo, o crime de quadrilha, as dificuldades de ordem penal material poderão ser ultrapassadas, contudo, entendendo, também que, a previsão de uma cláusula legal de imunidade penal para o agente policial, dentro de certos limites, seria importante para preservá-lo de uma possível e indevida responsabilidade de ordem penal <sup>84</sup>.

No que se relaciona com a utilização da prova produzida pelo agente infiltrado, surge o problema do chamado flagrante provocado, sobre o qual o Supremo Tribunal Federal brasileiro manifestou-se da seguinte maneira: “A infiltração de agente policial, simulando participar de operação de tráfico internacional, com a finalidade de manter a polícia informada sobre as atividades do grupo, não atrai a incidência da Súmula 145 do STF (“Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”). HC 74.510-SP. Sydney, Sanches. 8.10-96.

A Infiltração Policial (art. 2º, V) como já assinalada, a *posteriori* teremos a oportunidade de ver com mais pormenor.

A síntese histórica que aqui propomos orientar-se-á num sentido perspectivante no contexto do esclarecimento das relações entre o agente infiltrado e o agente provocador, quando alguém (particular ou autoridade policial), de forma insidiosa, instiga o agente a prática do delito como objetivo de prendê-lo em flagrante, ao mesmo tempo em que adota todas as providências para que o delito não se consuma (assunto este que desenvolveremos na segunda parte do nosso trabalho). A doutrina adverte nessa hipótese de flagrante, o suposto autor do delito não passa de um protagonista inconsciente de uma comédia, cooperando para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores. Renato Brasileiro (Manual de Processo Penal), exemplifica com a suposição da prisão de um traficante e, da apreensão do seu computador e, através do mesmo, a autoridade policial faz ligações para usuários, simulando uma venda de droga. Em flagrante, conforme a Lei nº 11.343/2006, é preso por policiais disfarçados.

<sup>84</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre, 2010, p. 539.

## CAPÍTULO 3

### Estado de Direito

#### Princípios fundamentais históricos do Processo Penal

##### 3.1 – Noções preliminares

Consideramos de fundamental relevância tentar abordar sobre o “Estado de Direito” (“Estado de Razão”), antes de adentrarmos na questão dos princípios fundamentais do Processo Penal, por entendermos necessária tal incursão para os propósitos deste estudo estruturado, exclusivamente, na pessoa humana.

O que vem a ser o Estado de Direito ou Estado da Razão?

“O Estado de Direito é um dos mistérios da ciência jurídico – política; é, na esfera da ciência do Direito e do Estado, o que na Teologia é o mistério do Deus – Homem, o mistério do Criador da Natureza submetido à Natureza. Deus e Homem verdadeiro, diz o Credo; legislador e, não obstante, submetido à lei, afirma a teoria política”, assim afirma Luis Legaz y Lacambra<sup>85</sup>, na tentativa de penetrar no significado enigmático da expressão “Estado de Direito”.

Segundo Ernst – Wolfgang Böckenförde, trata-se de uma construção lingüística e uma cunhagem conceitual própria do espaço lingüístico alemão, sem correspondentes exatos em outros idiomas<sup>86</sup>.

Para a compreensão e importância do Estado de Direito como instrumento de racionalização ou institucionalização do poder<sup>87</sup>, transcrevemos as palavras de Max Weber, encaradas e reconhecidas como as mais seguras dentre quantas já foram ditas sobre o tema:

“O Estado moderno é uma associação de domínio com carácter institucional que tratou, com êxito, de monopolizar, dentro de um território, a violência física legítima como meio de domínio e que, para esse fim, reuniu todos os meios materiais nas mãos do seu dirigente e expropriou todos os funcionários feudais que anteriormente deles dispunham por direito próprio, substituindo-os pelas suas próprias hierarquias supremas. (...)”

<sup>85</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *El Estado de Derecho en la actualidad*, Madrid: Reus, p. 12, 1934.

<sup>86</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst – Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, p. 20, 2000.

<sup>87</sup> Além de outros, Boris Mirkine – Guetzévitch, *As novas tendências do direito constitucional*, São Paulo: Ed. Nacional, pp. 90-91, 1933.

Este Estado é sociologicamente definível pela referência a um *meio* específico que ele, como qualquer associação política, possui: a violência física. ‘Todo o Estado se funda na violência’, disse Trotsky em Brest – Litowsk. Isto está objetivamente certo. Bastaria que tivessem existido configurações sociais que ignorassem o meio da violência e o conceito de ‘Estado’ teria desaparecido, instaurando-se o que, neste sentido específico, chamaríamos ‘anarquia’. Naturalmente que a violência não é nem o meio normal nem o único meio de que o Estado se serve, mas é realmente o *seu* meio específico. Precisamente hoje, é especialmente íntima a relação do Estado com a violência. No passado, a violência foi utilizada pelas mais diversas associações, a começar pela associação familiar (*Sippe*), como meio inteiramente normal. Hoje, pelo contrário, deveremos dizer que o Estado é a comunidade humana que, dentro de um determinado território (o ‘território’ é elemento definidor) reclama (com êxito) para si o monopólio da *violência física legítima*. É específico do nosso tempo que a todas as outras associações e indivíduos só é concedido o direito à violência física na medida em que o Estado o permite. O Estado é a única fonte do ‘direito’ à violência”<sup>88</sup>.

No pensamento de Max Weber, compartilhado pela generalidade dos teóricos do Estado e dos cientistas políticos, o conceito de *violência legítima* se constitui na pedra de toque para melhor entendimento sobre o Estado de Direito como instrumento de racionalização / institucionalização ou, de *legitimação* do exercício do poder.

Explica-se, porque, desde os seus primórdios, a idéia de *Estado de Direito* está associada à contenção do Estado pelo Direito, entendido por Kelsen como distintos, ou seja, o Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito para que este possa *justificar* o Estado, que o cria e a ele se submete, embora tal justificação só se torna possível quando o Direito é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza – o poder – e, por essa razão, reta ou justa em um sentido qualquer<sup>89</sup>.

### 3.1.1 – Estado de Direito – origem e desenvolvimento histórico

No que pertine à sua origem e ao seu desenvolvimento histórico, juristas, filósofos e cientistas indicam o surgimento do *Estado de Direito* na ocasião em que se consegue “frenar” a atividade estatal *por meio da lei*, ou seja, no momento em que o próprio Estado coloca-se numa posição de sujeição perante as leis por ele

<sup>88</sup> *O político e o cientista*, Lisboa: Presença, s.d., pp. 57 e 49.

<sup>89</sup> KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, Coimbra: Arménio Amado Ed., cit., v. II, p. 173, 1962.



próprio criadas, o que parece um paradoxo, e tão estranho paradoxo citado por Luis Legaz e Lacambra, afirmando que o Estado de Direito era um dos mistérios da ciência jurídico – política.

Na realidade, em que consiste o Estado de Direito? Como surgiu essa idéia? Qual o seu perfil atual?

Embora de um conceito polêmico, colocando-se numa posição antagônica do Estado absolutista, o Estado – poder, o Estado – polícia ou o Estado – invasor – poderá ser caracterizado, como aquele Estado submetido ao direito, aquele Estado cujo poder e cuja atividade estão regulados e controlados pela lei, entendendo-se *direito e lei*, como expressão da *vontade geral*<sup>90</sup>.

A propósito, Manuel García – Pelayo e Cristina Queiroz<sup>91</sup>, asseveram que, o Estado de Direito surge, numa primeira fase, muito questionado, direcionando-se contrários à teoria absolutista, e particularmente contra o *Polizeistaat*, terminando por alojar-se na sua formalização técnico – jurídica, não no campo de direito constitucional, mas no campo do direito administrativo, onde designa uma ordem de relações entre a lei, a administração e o indivíduo, e significa a maior justiciabilidade possível dos atos da administração, transformando-se, no entanto, segundo Cristina Queiroz e outros, no princípio de direito constitucional e, assim, englobar a totalidade dos ordenamentos jurídicos dos chamados Estados Liberais<sup>92</sup>.

Em consequência dessa migração, a idéia do Estado de Direito, antes restrita ao contexto do direito administrativo, como floresceu no terreno constitucional, transformando-se, em consequência, em sinal de legitimidade de todo o sistema jurídico, inicialmente apenas do ponto de vista formal, mas depois, ao termo do processo, também do ângulo material. Parece uma sequência emblemática, porém, por esse motivo, quando hoje se fala em Estado de Direito, o que se está a indicar, com essa expressão, não é qualquer Estado ou qualquer ordem jurídica, mas apenas aquele Estado ou aquela ordem jurídica em que se

<sup>90</sup> *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid.

<sup>91</sup> Taurus (Cuadernos para el Diálogo), p. 13, 1976.

<sup>92</sup> *Os actos políticos no Estado de Direito*, Coimbra: Almedina, pp. 197-198, 1990.

vivia sob o *primado do Direito*, assim entendido, pelo menos, as seguintes exigências fundamentais:

- a) império da lei, lei como expressão da vontade geral;
- b) divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial;
- c) legalidade da administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial; e
- d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico – formal e efetiva realização material.

São exigências que podem se apontadas como denotativas do Estado de Direito – assim qualificadas por Elías Díaz – salientar convém, nem por isso devem ser encaradas como algo que se obteve de uma vez por todas. Pelo contrário, constituem-se em conquistas alcançadas depois de séculos de luta, de muito sofrimento, na contenda persistente por novas liberdades contra velhos poderes, como preconiza Norberto Bobbio<sup>93</sup>.

No mesmo sentido, Pablo Lucas Verdú observa que no âmbito dos seus tipos históricos, o Estado de Direito foi sempre *uma conquista*, uma vitória exaltada nesta síntese precisa:

“O *Estado de Direito*, em qualquer das suas espécies: Estado liberal de Direito, Estado social de Direito, Estado democrático de Direito, *é uma conquista*, todos eles que tentaram se estabelecer ou que se estabeleceram, lutaram denodadamente contra as estruturas de poder contrário, a saber: Estado liberal de Direito, frente ao antigo regime; Estado social de Direito, contra o individualismo e o abstencionismo do Estado liberal; Estado democrático de Direito que luta com as estruturas sócio – políticas, do anterior: resquícios individualista, neocapitalismo opressor, sistema estabelecido privilegiado”<sup>94</sup>.

Referidas conquistas foram acontecendo ao longo do tempo e estabelecem uma correspondência, na tipologia do Estado de Direito, ao que se convencionou denominar de as suas etapas *liberal, social e democrática*, nascidas com a Revolução Francesa, que marca a primeira fase, passando pelas transformações que surgiram depois da Segunda Guerra – a sua fase social – e culminando com a solidez dos direitos fundamentais, entendidos antes apenas como direitos *civis e políticos*, mas depois também *econômicos, sociais e culturais*, cujo reconhecimento e realização constituem a razão de ser do Estado democrático de Direito.

<sup>93</sup> BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, p. 5, 1992.

<sup>94</sup> VERDÚ, P. L., *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonha: Real Colegio de Espanã, pp. 131-132, 1975.

A “luta” por essa evolução não se deu de forma linear e sincrônica – antes se realizou com avanços e retrocessos, um verdadeiro “sobe e desce” em contextos variáveis e distintos – como sempre acontece nos processos de desenvolvimento das idéias e instituições. Tal esclarecimento nos conduz a um destaque de forma resumida, dos traços característicos de cada fase do processo, salientando, outrossim, a natureza *dialética* desse valor histórico, graças ao que as fases subseqüentes devem ser vistas como absorção / transformação / superação das etapas anteriores, num movimento aberto e infinito em tudo parecido ao movimento do espírito humano.

Para demonstrar a caracterização e discriminação entre os mais variados modelos de Estado de Direito, convém insistir acerca do contexto no qual surgiu essa nova espécie de Estado para melhor compreendermos as causas do seu surgimento, como também o processo evolutivo por que passou ao decorrer da História.

Com essa finalidade, é digno de transcrição integral (embora a extensão) – para suprir outras citações acerca do tema – esta passagem de Manuel García – Pelayo:

“Convém começar recordando que Estado de Direito é, em sua formulação originária, um conceito polêmico orientado contra o Estado absolutista, quer dizer, contra o Estado poder e especialmente contra Estado polícia, que tratava de fomentar o desenvolvimento geral do país e fazer a felicidade dos seus súditos à custa de incômodas intervenções administrativas na vida privada e que, como corresponde a um Estado burocrático, não era incompatível com a sujeição dos funcionários e dos juízes à legalidade. O Estado de Direito, em seu primitivo sentido, é um Estado cuja função capital consiste em estabelecer e manter o Direito e cujos limites de ação estão rigorosamente definidos por estes, ficando bem entendido que Direito não se identifica com qualquer lei ou conjunto de lei, independentemente do seu conteúdo – pois, como acabamos de dizer, o Estado absolutista não excluía a legalidade - , mas apenas com uma normatividade conforme a idéia da legitimidade, da justiça, dos fins e dos valores a que devia servir o Direito, em suma, com uma normatividade segundo a *idéia do Direito*. O Estado de Direito significa, assim, uma limitação do poder do Estado pelo Direito, mas não a possibilidade de legitimar qualquer critério dando-lhe forma de lei: invertendo a famosa fórmula decisionista *non ratio, sed voluntas facit legem*, poderia dizer-se que para a idéia originária do Estado de Direito *non voluntas, sed ratio facit legem*. Por conseguinte, embora a legalidade seja um componente da idéia do Estado de Direito, não é menos certo que esse não se identifica com qualquer legalidade, mas apenas com uma legalidade de determinado conteúdo e sobretudo com uma legalidade que não lesione certos valores pelos e para os quais se constitui a ordem jurídica e política e que se

expressam em normas ou princípios que a lei não pode violar. Afinal, a idéia do Estado de Direito surge no seio de jusnaturalismo e em coerência histórica com uma burguesia cujas razões não são compatíveis com qualquer legalidade, nem com excessiva legalidade, porém precisamente com uma legalidade destinada a garantir certos valores jurídico – políticos, certos direitos imaginados como naturais que assegurassem o livre desenvolvimento da existência burguesa”<sup>95</sup>.

O Estado de Direito – *Rechtsstaat* – surge no início do século XIX no âmbito da discutida “via especial”<sup>96</sup> do constitucionalismo alemão, como já referência fizemos. Começou o Estado de Direito caracterizado em termos abstratos como “Estado da Razão”, “Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa”. Contudo, seus traços essenciais estabilizaram-se no final do século XIX.

Oposta numa posição a idéia de um Estado de Polícia (*Polizeistaat*) – regulador que assume como tarefa própria a prossecução da “felicidade dos súditos”<sup>97</sup>.

É o Estado de Direito um *Estado liberal*. Limita-se, portanto, à defesa da ordem e segurança públicas (“Estado Polícia”, “Estado gendarme”, “Estado guarda – noturno”), cujos domínios econômicos e sociais são remetidos para os mecanismos da liberdade dos indivíduos e da liberdade de concorrência. Assim, os *direitos fundamentais “liberais”* eram provenientes não apenas de uma declaração revolucionária de direitos mas de uma *esfera de liberdade individual*. Logo, liberdade e propriedade (*Freiheit und Eigentum*) somente com o aval de lei aprovada pela representação popular (*doutrina da lei protetora dos direitos de liberdade e de propriedade e doutrina da reserva da lei*).

O Estado era limitado pelo direito, estendido tal poder ao próprio soberano: este estava submetido também ao *império da lei* (*Herrschaft des Gesetzes*)<sup>98</sup>, transformando-se em “órgão do Estado”. No âmbito administrativo, dedicada primordialmente à defesa e segurança públicas, deveriam atuar, os poderes públicos, nos termos da lei (*princípio da legalidade da administração*) e obedecendo a princípios materiais, a exemplo do *princípio da proibição de*

<sup>95</sup> GARCÍA – PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid: Alianza, p. 52, 1977.

<sup>96</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 3ª edição, Coimbra, pp. 92-93, 1998.

<sup>97</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 3ª edição, Coimbra, p. 92, 1998.

<sup>98</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional...*, cit., p. 93, 1998.

*excesso (Übermassverbot).*

Sem sombra de dúvidas, referidos princípios conduzem à exigência do *controle judicial da atividade da administração*. Desde logo, a fiscalização da legalidade dos atos da administração pelos tribunais poderia ser executada através de um dos modelos: (1) ou segundo o modelo de *jurisdição ordinária repassando aos tribunais ordinários* a tarefa do controle da atividade de administração (modelo seguido em Bremen e Hamburgo); (2) ou segundo o modelo da justiça administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*) outorgando a tarefa de julgar os atos administrativos a *tribunais administrativos* (modelo adotado pela legislação da Prússia de 3-7-1875, e da Baviera de 8-8-1878 <sup>99</sup>).

O Estado de Direito revelou-se uma “linha Maginot” entre “Estados que têm uma constituição” e “Estados que não têm uma constituição”. O Estado de Direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou no que se refere à limitação do poder político.

É carecedora de destaque o fato de ser a Carta Política do Estado de Direito entendido, em seus princípios, como Constituição do liberal – individualismo – uma mera estrutura jurídica, segundo os marxistas -, encerrando, por essa razão, em primeira ordem, uma decisão fundamental no sentido da *liberdade burguesa*, em seus diversos aspectos, a liberdade pessoal, a propriedade privada, a liberdade de contratar e a liberdade de indústria e comércio, dentre outras.

Para além das linhas de afrontamento, como lembra Carl Schmit – apontem não para o brilho, a grandeza e o poder do Estado, para *gloire*, de que falava Montesquier, mas para a liberdade política e a proteção do indivíduo e do *citoyen*, contra os abusos do poder político <sup>100</sup>.

Para Rudolphi – o “Estado de Direito”, para ser realmente de “direito”, não se pode limitar à garantia que o princípio da separação de poderes e o princípio da legalidade confere <sup>101</sup>.

<sup>99</sup> DIAS GARCIA, Maria da Gloria Ferreira Pinto, *Da Justiça*, cit., pp. 29 e ss.. Em termos paradigmáticos, cfr., Dietrich Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, pp. 123 e ss., 1961.

<sup>100</sup> *Teoría de la Constitución*, México: Ed. Nacional, pp. 143-144, 1966.

<sup>101</sup> RUDOLPHI, Von Hans – Joachim, Die Verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriff, in *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen: Otto Schwartz, p. 158, 1970.

É na defesa da liberdade que o Estado de Direito terá que se basear, como também na moderação no exercício do poder. A defesa desta liberdade e desta moderação implica que o Direito Penal esteja legitimado a intervir apenas para a proteção das *condições de vida* de uma comunidade, e não para a proteção “*de princípios morais cuja violação são consequências a nível social*”.

Valendo-nos, mais uma vez, dos ensinamentos de Elías Díaz, um dos mais enaltecidos pensadores políticos do nosso tempo, transcreveremos suas palavras, em cujo âmbito seriam atendidas todas as exigências econômicas, políticas e sociais do homem *concreto, uma dívida* embora reconhecida por todos, não foi quitada sequer pelos extintos Estados socialistas, que alardeavam sua pretensão de resgatá-la:

“O Estado democrático de direito aparece, nessa perspectiva, como superação real do Estado social de Direito. Isso não quer dizer, no entanto, que este conduza *naturalmente* àquele; ao contrário, geralmente aparece muito mais como obstáculo para essa superação. Do neocapitalismo não se passa *naturalmente* ao socialismo; do Estado social de Direito não se passa *naturalmente* ao Estado democrático de Direito. A superficial e aparente *socialização* que produz o neocapitalismo não coincide com o socialismo, assim como tampouco é democracia, sem mais, a *democratização* que a técnica produz por si mesma; de um nível a outro (é importante insistir nisso) há um salto qualitativo e real de primeira ordem. E, como dissemos, forças importantes desse primeiro nível (neocapitalismo) constituem-se certamente como forças interessadas em frear ou impedir a evolução até o segundo nível (socialismo) em que se produz o Estado democrático de Direito.

Junto a essa possível via evolutiva ocidental, assinala-se que também se pode chegar ao Estado democrático de Direito por caminhos que não sejam o do Estado social de Direito: assim, por exemplo, a partir dos sistemas chamados de *democracia popular ou democracia socialista*. Com efeito – apesar de indubitáveis freios e retrocessos – a evolução que pode chegar a impor-se nesses sistemas conduziria, superados monolitismos e dogmatismos que ainda subsistem, a posições que confirmariam – desde esse ponto de vista – a compatibilidade entre socialismo e Estado de Direito.

Dessa forma, e sem querer chegar com isso apressadamente à *grande síntese final* ou a qualquer outra forma de *culminação da História* (isto deve ficar bem claro) cabe dizer que o Estado democrático de Direito aparece como a fórmula institucional em que atualmente, e sobretudo para um futuro próximo, pode chegar a se concretizar o processo de convergência em que talvez possam encontrar-se as concepções atuais da democracia e do socialismo. A passagem do neocapitalismo ao socialismo nos países de democracia liberal e, paralelamente, o crescente processo de despersonalização e institucionalização jurídica do poder nos países de democracia popular, constituem em síntese a dupla ação para esse processo de convergência em

que apareceria o Estado democrático de Direito”<sup>102</sup>.

“Capitalismo e Estado liberal de Direito eram compatíveis, assim como o são neocapitalismo e Estado social de Direito; mas o eram com uma só condição: a de não tornar nem poder tornar efetiva para todos os homens, nem sequer (e isto me parece muito importante) para uma considerável maioria, as referidas exigências – lei como expressão da vontade popular, direitos humanos, quer dizer, direitos próprios de todos os homens, etc. – que se aduziam como critérios legitimadores de tal Estado de Direito. Contudo, a pouca liberdade que existe no mundo conquistou-se preferentemente, não nos esqueçamos, no marco contraditório de tais Estados.

O objetivo do Estado democrático de Direito é justamente o de tornar realidade aquelas exigências não cumpridas: para isso, o que se propõe como base é a liquidação do sistema neocapitalista e a passagem progressiva a um modo de produção socialista (que hoje deve saber harmonizar planificação e autogestão para alcançar um verdadeiro controle coletivo da economia)”<sup>103</sup>.

### 3.1.2 – Aproximação à problemática do Estado de Direito – “terceira via” (?)

Confrontando os já conhecidos modelos de Estado de Direito -, surge um grande desafio – a construção de um novo Estado de Direito, a celebração de um novo *contrato social*, sem deixar cair no ostracismo cláusulas dos modelos anteriores e que se possam *especificar*<sup>104</sup> novos direitos humanos e *atualizar* as velhas e muito tradicionais *Declarações de Direitos*<sup>105</sup>.

Por outras palavras, é o *socialismo democrático* a pretensa abertura para uma *terceira via*, que permita conciliar os valores da liberdade, e da igualdade, da democracia e do socialismo, valores que a História, muito triste, parece haver condenado a conflitos intransponíveis, visto suas contradições radicais.

A expressão *socialismo democrático* já dá uma conotação de dificuldades não só de ordem prática, como operacional, levando Roberto Lyra Filho a qualificá-la como *ambígua*, para em seguida acrescentar esta observação: “nós não a empregamos senão com a advertência de que, nela, se procura designar

<sup>102</sup> *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., pp. 131-133.

<sup>103</sup> *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., pp. 131-133.

<sup>104</sup> BOBBIO, os *novos direitos humanos* -, os direitos da mulher, da criança, do idoso, dos deficientes, etc. – não são direitos novos, nascidos *ex nihilo*, mas apenas especificações de um *núcleo especial*, que vai se expandindo em sempre renovadas concretizações históricas (Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, cit., pp. 62-63 e 127-128).

<sup>105</sup> JACQUES MARITAIN, *Los derechos del hombre*, México: FCE. p. 70, 1949; *O homem e o Estado*, Rio de Janeiro: Agir, p. 106, 1966.

uma *superação*, evitando quer os desafios aburguesados, quer os congelamentos ditatoriais; desta maneira é que ela revigorou, no panorama atual, com a rejeição do *socialismo* bem comportado e *confiável* (que a burguesia absorve) e também dos *socialismos* democráticos – repressivos de cúpula (que prevalecem nas repúblicas onde o trabalho não tenha, efetivamente, canais de participação no governo e defesa eficaz contra os burocratas). O socialismo democrático, portanto – concluía aquela jurista crítico -, vai, hoje, ganhando sentido da procura numa *alternativa* perante o capitalismo espoliativo e o socialismo gorado”<sup>106</sup>. Seria, então, o socialismo democrático a *terceira via*?

Assim desejam muitos pensadores políticos, embora outros nem sequer procuram porque se dizem convencidos da impossibilidade de encontrá-la.

No cenário político e também filosófico dos tempos atuais, merece evidência a figura de Norberto Bobbio, o pai das expressivas reflexões acerca da *terceira via*, idéias expostas, dentre outras obras, no famoso ensaio *Qual socialismo?*, para cuja edição brasileira escreveu ele o instigante prefácio, do qual se transcreve a seguinte passagem:

“Nas eleições de junho de 1975 o Partido Comunista, provavelmente em conseqüência dessa nova estratégia, deu um grande salto à frente, a ponto de quase igualar os votos da Democracia Cristã que, nesse meio tempo, tinha sofrido a maior queda da sua história. A situação chegou a ponto de se temer ou esperar, segundo o ponto de vista, que fosse ultrapassada nas eleições políticas seguintes, o que na realidade não aconteceu: o PCI deu, sim, um pequeno passo à frente, mas DC reconquistou o terreno perdido, tirando fotos, sobretudo, dos dois partidos socialistas.

Frente a um partido de esquerda que não havia nunca repudiado, talvez se distinguir de outros partidos socialistas, o marxismo – leninismo, era natural no momento em que este partido se apresentava como candidato a partido de governo e quando parecia existirem as condições para que seu desejo se realizasse, que se perguntasse quais fossem suas credenciais para participar, com plenos direitos, da direção de um país apoiado em uma democracia representativa, uma forma de governo que os clássicos marxismos tinham sempre olhado com suspeita e da qual não tinham nunca querido aceitar a legitimidade, a não ser como meio favorável à ascensão do movimento operário.

Foi assim que o velho debate sobre a relação entre a democracia e socialismo reacendeu-se repentinamente e ardeu por cerca de um ano, em contato com a matéria inflamável da polêmica política. Mas, mesmo ocasional, a discussão serviu para estabelecer alguns pontos definitivos sobre o significado e valor da democracia, para

<sup>106</sup> LYRA FILHO, Roberto, *O que é direito*, 2ª ed., São Paulo: Brasiliense, p. 98, 1982.



fixar os limites insuperáveis entre o acordo e o desacordo, para dissipar falsas certezas, para diminuir persistente névoas ideológicas – que se tornaram mais densas depois da orgia de projetos irrealizáveis produzidos pelos novos movimentos sociais surgidos da onda de contestação global de 68 – em torno dos problemas cuja solução é indispensável ao pacífico desenvolvimento da convivência democrática, e sobre os quais é mais fácil embrulhar palavras confusas do que ter idéias claras”<sup>107</sup>.

Não só nessa obra, assim como noutras nas quais abordou o tema, o grande cientista político, numa insuspeita posição de senador socialista na República da Itália, asseverou, peremptoriamente, que a *terceira via não existe* e que o socialismo democrático, por enquanto, é um desafio, apenas um desafio, porque, até hoje, a história não confirmou nem permitiu que se tornasse realidade qualquer síntese prática de democracia e socialismo<sup>108</sup>.

Ao contrário – continua o mestre de Turim -, o que se verifica, no âmbito da realidade, é que não existe democracia onde o socialismo foi realizado, da mesma maneira, onde foram observadas as regras democráticas, o socialismo até agora não chegou, nem mesmo se evidencia uma certa iminência, como parecem atestar a não distante experiência com o desmoronamento da antiga União Soviética e a redemocratização dos países do leste europeu.

Pela mesma razão, arremata o saudoso pensador, o verdadeiro problema, que é indicar a estrada a percorrer, para então se chegar ao socialismo através da democracia, está apenas começando.

Ora, se nessa direção o trabalho está começando – embora apenas começando -, sem trocadilho podemos afirmar que isso já não é um com começo, pelo menos para aqueles que acreditam na possibilidade de construir um novo Estado de Direito, autenticamente democrático, uma ordem, uma imposição jurídico – política que a par de reconhecer ou proclamar a existência de determinados direitos da pessoa humana, lhe assegure a satisfação desses direitos e quantos mais se forem revelando inerente à sua dignidade.

Essa era a crença, entre outros, de Gomes Canotilho e Vital Moreira, como comprovam os seus comentários à redação original do art. 2º da Constituição de Portugal de 1976, do seguinte teor:

<sup>107</sup> BOBBIO, Norberto, *Qual socialismo?* 2ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 8, 1983.

<sup>108</sup> BOBBIO, Norberto, *As ideologias e o poder em crise*, Brasília: Ed. da UnB, 1988, p. 147; *Qual socialismo?*, cit., p. 77.

“Art. 2º A República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que tem por objetivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras”.

Em virtude das alterações constitucionais que sepultaram os ideais socialistas da Revolução dos Cravos para possibilitar o ingresso de Portugal na União Européia <sup>109</sup> – transcrevemos as palavras a seguir, que embora renegadas pelos seus autores, nem por isso deixam de refletir o pensamento de quantos alimentaram a crença na viabilidade histórica de um socialismo democrático:

“O Estado é um *Estado de direito democrático*. Este conceito – que é seguramente um dos conceitos-chave da CRP – é bastante complexo, e as suas duas componentes – ou seja, a componente do Estado de direito e a componente do Estado democrático – não podem ser separadas uma da outra. O Estado de Direito é democrático e só sendo-o é que Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é democrático. Há uma democracia de Estado-de-direito; há um Estado-de-direito de democracia.

Esta preocupação de qualificar o conceito de Estado de direito decorre seguramente do propósito de não deixar que o conceito, isoladamente considerado, pudesse ser adaptado com um sentido puramente formal, numa perspectiva ademocrática, se não mesmo adversa à democracia ...

A qualificação democrática do Estado de direito não significa que as características tradicionalmente associadas a este conceito desapareçam: significa porém que elas têm de ser lidas a uma luz específica e têm de ser unificadas por esse critério.

Sobretudo, ela obriga a ler o Estado de direito no quadro do princípio democrático concretamente configurado na CRP, apontando como está a um horizonte de democracia material, consubstanciada na realização da *democracia econômica, social e cultural* (art. 2º *in fine*), na efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, mediante, entre outras coisas, a socialização dos principais meios de produção.

Ao Estado incumbe, não apenas *respeitar os direitos e liberdades fundamentais*, mas também garanti-los. Daí resulta o afastamento de uma concepção puramente formal, ou liberal, dos direitos fundamentais, que os restringisse às liberdades pessoais, civis e política, e que reduzisse estas a meros direitos a simples abstenções do Estado...; por outro lado, direitos fundamentais são também os *direitos positivos*, de caráter econômico, social e cultural, sendo que em relação a muitos deles é sobre o Estado que impede o encargo de sua satisfação.

<sup>109</sup> No entender de GOMES CANOTILHO – “Rever a ou romper com a Constituição Dirigente” (Conferência no Instituto Pimenta Bueno – São Paulo, em 22-9-1994), andou bem o “legislador e revisão” português quando eliminou da Constituição de 1976 fórmulas pretensamente emancipatórias, a exemplo, “transição para o socialismo”, “exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras”, “garantia do processo evolucionário” e “desenvolvimento pacífico do processo revolucionário”, entre outros.

O Estado de direito democrático tem por objectivo a *transição para o socialismo...* A transição para o socialismo opera-se pela realização da democracia econômica, social e cultural e pelo aprofundamento da democracia participativa. Poder-se-á, pois, dizer que na concepção constitucional existe uma relação necessária entre democracia e socialismo, de tal modo que o socialismo não é mais do que (nem pode ser coisa diferente de) a realização plena da democracia em todos os campos, o estágio consumado da democracia, e que a democracia só atinge a sua completude (e através) socialismo. Em certo sentido, aliás, socialismo constitucional é a democracia socializada, e a democracia constitucional é a sociedade democratizada (em todos os seus aspectos).

Sendo a transição para o socialismo um processo, um caminhar no sentido de uma meta, e constituindo cada avanço no sentido dessa meta um aperfeiçoamento do Estado de direito democrático, então cada progresso no sentido do socialismo transforma-se em elemento adquirido do Estado de direito democrático” <sup>110</sup>.

Tais comentários, foram publicados, inicialmente, em 1978 e, depois, em 1984, logo, foram escritos antes da queda do *Muro de Berlim* e da desagregação da União Soviética, acontecimentos estes que parecem ter remetido para o museu da História a experiência do *socialismo real* ou o socialismo real como experiência.

No nosso entender, se, no futuro – o que não nos parece provável -, fazer nascer novamente a idéia ambiciosa de se interagirem democracia e socialismo, rumo á chamada *terceira via*, um cometimento que tantos consideram impossível, se isso vier a acontecer, todos nós e não apenas os adeptos desse Estado *Democrático* de Direito, deveremos reconsultar essas páginas de Gomes Canotilho e Vital Moreira, indispensáveis ao progresso da “cidade dos homens”.

Enquanto isso não ocorrer, visto rejeitados, historicamente, tanto o socialismo real quanto a “terceira via, esta pela insuperável contradição entre democracia e socialismo – compulsa-nos à tarefa de aprimoramento quanto à opção democrática, explorando-lhe todas as virtualidades. É carecedor, portanto, caminhar da democratização do Estado, em tese já alcançada com a universalização do sufrágio, até a democratização da sociedade, o que só conseguiremos se conseguirmos alargar a experiência da *legitimação pelo consentimento / participação* a todos os seguimentos da vida social onde são tomadas decisões de interesse coletivo.

No nosso entender, esse ideal de “saturação democrática”, só o

<sup>110</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra: Coimbra Ed., 1984, v. 1, pp. 73-78.

alcançaremos quando percorrido tivermos a longa e penosa estrada que conduz da democratização do espaço público à democratização da vida privada; quando as práticas democráticas assumirem todos os âmbitos do habitat do *homem concreto*, o homem de carne e osso, cuja dignidade merece e deve ser respeitada como princípio e fim de toda sociedade política. *Antropocracia* será o nome desse Estado de Direito do gênero humano.

### 3.2 – Demais princípios fundamentais do Processo Penal

Embora sendo o vocábulo *princípio* revestido por uma imensa variedade de significações, evidencia-se, faz-se necessária, a distinção elaborada pela doutrina entre princípios, normas, regras e postulados <sup>111</sup>, priorizando a noção de princípios como mandamentos nucleares de um sistema.

Na verdade, a Constituição, na atualidade, apresenta-se com uma dupla faceta. Integram seu contexto, os princípios fundamentais de defesa do indivíduo face ao poder estadual – os limites ao exercício do poder em ordem a eliminar o arbítrio e a defender a segurança e a justiça nas relações cidadão / Estado (uma herança, desenvolvida e aprofundada, da época liberal – da própria origem do constitucionalismo), notadamente no que se refere ao poder penal <sup>112</sup>. Por outro viés, no que tange à defesa ativa do indivíduo da sociedade em geral, e tendo em vista que os direitos individuais e os bens sociais, para que sejam efetivamente tutelados, podem não se bastar com a simples omissão estadual, mas também ante a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõe) uma conduta ou atuação do Estado no sentido protetor dos valores fundamentais (valores por ela consagrados). Deixando-se de encarar o Estado sempre na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, para, então, passar a vê-los como auxiliar do seu

<sup>111</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editora, 2008.

<sup>112</sup> PALAZZO, C. Francesco, *Valores Constitucionais e Direito Penal*, Universidade de Florença, Editor Sergio Antonio Fabris, 1989.

desenvolvimento <sup>113</sup> ou, numa outra expressão desta mesma idéia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos *através* do Estado <sup>114</sup>. Consequentemente tal concepção já pressupõe abandono de uma visão liberal – pura do Estado e da contra posição total Estado/Sociedade.

É carecedora de referência mais profunda a nova dimensão da Constituição, pois, é a partir dela que se podem extrair deveres de proteção estadual, um pressuposto necessário das imposições de criminalização. Isto significa que só existem obrigações constitucionais de criminalização se existirem também deveres de proteção estadual de valores constitucionais. Nesse sentido da nova visão das relações Estado/Sociedade, com necessário reflexo constitucional, como também acerca dos fundamentos da existência de deveres de proteção impostos constitucionalmente pertinentes à pluridimensionalidade dos direitos fundamentais, não podemos deixar de levar em consideração referências notáveis <sup>115</sup>.

A existência da proteção estadual exercida através de deveres fundamenta-se em diversas ordens de considerações, todas elas intimamente relacionadas, numa dependência recíproca, assim pensamos.

Aquela “distância” entre Estado e sociedade que desejava assegurar o máximo de distanciamento possível da sociedade face ao Estado, para defesa da liberdade, encontra-se defasada, superada, graças à Constituição que representa

<sup>113</sup> STERN – *Staats Rechts – Das Sfaatsrecht der Bundesrepublik Deustschland, Allgemeine Lehren der Grundreche*, Band III / 1, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, p. 940, 1988. “A alteração de papel dá-se quando o Estado de potencial opositor a direitos fundamentais, se torna seu protetor..., é o mais “incrível” – que o Estado se torne amigo dos direitos fundamentais”.

<sup>114</sup> VIEIRA de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*, qualificando a nova visão dos direitos fundamentais consoante o humanismo ocidental, integrando a Constituição Portuguesa nessa “concepção liberal moderna”. No mesmo sentido Gomes Canotilho/Vital Moreira (*Constituição da República Portuguesa (Anotada)*, 2<sup>o</sup> edição, Coimbra, pp. 32 e 33, 1984), Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, designadamente às pp. 163 e ss., 289 e ss., e, especial, 363 e ss., Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit. 5<sup>a</sup> ed., pp. 515 e ss., pp. 522 e ss., e em especial 543 e ss., onde referências faz à pluridimensionalidade dos direitos e ainda, do mesmo autor, Tomemos a Sério os Direitos Económicos, sociais e culturais. Também Stern – *Staats Rechts – Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschlang, Allgemeine Lehreu der Grundrechte*, Band III, 1; Figueiredo Dias, sobre a concepção de Estado e suas implicações em sede penal, designadamente para a autonomização, no contexto do Direito Penal, do Direito Penal secundário, “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social” português, *Rev. de Legislação e Jurisprudência* n<sup>o</sup> 3717, pp. 367 e ss..

<sup>115</sup> VIEIRA Andrade, ob. cit., pp. 43 e ss.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ...*, cit., 5<sup>a</sup> ed., pp. 515 e ss., do mesmo autor, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, nomeadamente pp. 163 e ss., 289 e ss., Denninger, *Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung*, pp. 165 e ss., Krumbiegel, *Strafnormen als Verfassungsanfrage? – Zugleich ein Beitrag zur Neuregelung des “Abtreibungsrecht”*, FamRZ, 1975.

um instrumento de contensão da atuação do Estado <sup>116</sup>.

Passando de um Estado de direito formal, para um Estado de direito material (é o que se designa de Estado de direito democrático e social <sup>117</sup>, a própria liberdade deixa de ser vista como uma liberdade formal, garantida com a simples omissão de intervenção estadual, embora, pelo contrário, exige ela certas condições – quer as condições para o exercício de uma liberdade política, na qual se destaca sua participação e atuação, caracterizando, portanto, um pressuposto de um Estado de direito democrático <sup>118</sup>, quer para uma liberdade num sentido material, e não garantia abstrata, a qual implica um mínimo de condições econômico-sociais para ser realidade <sup>119</sup>.

### 3.3 – Princípio de harmonia e coerência

Evitar-se-á uma incompatibilidade entre ordem de valores constitucionais e ordem de bens jurídicos? evitar-se-á que essa segunda ordem viole a primeira subvertendo a sua “ratio”?

Salientar é carecedor que, as liberdades políticas impõem condições de

<sup>116</sup> GOMES Canotilho, *Direito Constitucional ...*, pp. 516 e ss., Vieira de Andrade, ob. cit., pp. 43 e ss., 54 e ss.; Krumbriegel, ob., cit., pp. 550 e 551 e Denninger, ob., cit., p. 165.

<sup>117</sup> Com o Estado democrático, criam-se obviamente, condições de participação; com o Estado social, a uma exigência de intervenção estadual através de prestações que garantam um mínimo de condições sociais, econômicas e culturais (*Welfare State*), como medida asseguradora da própria liberdade entendida em sentido material. Nesse sentido, dentre outros, Rogério Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, pp. 145 e ss.; Mir Puig, *Fundamento Constitucional da Pena y Teoría del Delito*, pp. 109 e ss.; Vives Antón, “Introducción: Estado de Derecho y Derecho Penal, in *Derecho Penal y Constitución*, Comentarios a la Legislación Penal”, Tomo I, *Revista de Derecho Publico*, Madrid, Edersa, 1982; Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, pp. 98 e ss.; Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa (Anotada)* 2ª ed., vol. I 1, pp. 32 e 33 e 349 e ss., e Figueiredo Dias, *Para uma Dogmática ...*, nº 3717, p. 367 e nº 3718, pp. 7 e ss..

<sup>118</sup> No que se refere à passagem do liberalismo para a democracia, assegurando efetivamente direitos e liberdades de participação política, Vieira de Andrade, ob. cit., pp. 43-48. A respeito da teoria democrática dos direitos fundamentais, *idem*, pp. 63-66, chamando a atenção para o problema da funcionalização dos direitos no âmbito dessa teoria.

<sup>119</sup> Despreza-se, portanto, “o conceito de liberdades abstratas em favor do de liberdade concretas” (Vieira de Andrade, ob. cit., p. 53). Nesse sentido expressa-se Gomes Canotilho: “o homem ‘situado’ não abdica de prestações existenciais estritamente necessárias à realização da sua própria liberdade... (*Direito Constitucional*, 5ª ed. p. 517); Sobre o processo de socialização, Vieira de Andrade, *idem*, pp. 48-58; Sobre o princípio da democracia econômica, social e cultural, Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, pp. 471 e ss.).

exercício que só o Estado poderá garantir <sup>120</sup>. Os outros direitos clássicos, ao exprimirem princípios e valores, opções constitucionais, denotam sua superioridade no campo de todos os domínios da ordem jurídica, exigindo do Estado seu respeito, como também exige atuações conformadoras <sup>121</sup>.

Os direitos fundamentais apresentam-se, pois, como “pedras fundamentais da obrigação estadual de proteger abrangentemente a personalidade humana, bem como de promover a sua evolução”.

No contexto mais amplo de uma necessária harmonia entre os atos do Estado e a Constituição pode surgir, na realidade, o problema da incompatibilidade entre a ordem de valores da Constituição e a ordem de valores de bens jurídicos penais.

A Constituição portuguesa, em seu art. 3º, - princípio da constitucionalidade da atividade estadual, exige, impõe, não apenas uma não violação de particulares normas e princípios constitucionais, mais também uma não sujeição do seu significado geral, da sua harmonia interna e das preferências constitucionais indicadas.

A Constituição abriga no seu âmbito as decisões de fundo mais notáveis para uma ordem jurídica, tanto faz a nível de organização, como material, as opções valorativas mais fundamentais <sup>122</sup> e de forma simultânea e consensual, ela reflete o ambiente social – valorativo de uma comunidade impondo-se à toda

<sup>120</sup> Nesse sentido, Vieira de Andrade, ob. cit., pp. 43-48 e Gomes Canotilho / Vital Moreira, ob. cit., pp. 119 e 120. Salientar convém que, com a democratização dá-se início a um processo de objetização dos direitos fundamentais, vez que a democracia se constitui numa condição da existência desses direitos e liberdades políticas e seu elemento conformador, ao mesmo tempo que se fortalece com seu exercício. Logo, os direitos fundamentais são estabelecidos no contexto do interesse da manutenção e desenvolvimento do próprio sistema. Ante à Constituição, poucos são os direitos verdadeiramente funcionalizados, não são direitos – deveres, mantendo-se, dessa forma, a predominância.

<sup>121</sup> Dessa forma, Müller-Dietz, Zur problematik Verfassungsrechtlicher Pönlisierungsgebote, in *Festschrift fur E. Dreher*, pp. 106-107, segundo o qual para a teoria Constituição, os direitos fundamentais corporizam-se numa ordem de valores objetiva, que assume o valor de decisão fundamental para todos os ramos do Direito.

<sup>122</sup> Nesse sentido, não podemos deixar de alusões fazer às considerações de Vives Antón: “cada norma concreta tem de ser entendida por referência a uma valoração fundamental, expressa no conceito de direito (...) se é certo que o conceito de direito de um ordenamento ... encontra uma expressão difusa na totalidade das suas normas, o direito positivo conhece também uma forma de expressão ‘concentrada’ das suas valorações fundamentais – a Constituição” (*Estado de Derecho Penal*, pp. 21-22). No entanto, pensamos, que se deverá ter em conta não só a Constituição material, como também a Constituição formal. Da mesma forma, Figueiredo Dias, “Os Novos Rumos de Política Criminal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, cit., pp. 15-16, 1983; Ainda o mesmo autor mostrando a necessidade de serem tomadas decisões axiológicas, “A Reforma do Direito Penal Português. Princípios e Orientações Fundamentais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XLVIII, Universidade de Coimbra cit., pp. 114-115, 1972.

ordem jurídica. Ela é “o estatuto fundamental da ordem jurídica geral”. Deverá haver uma imposição ao Direito Penal <sup>123</sup> e até com particular incidência e particular legitimidade, vez que intercede entre esses dois planos jurídicos uma relação mais estreita, em consequência do próprio Direito Penal disputar com os valores mais essenciais à vida do homem em comunidade.

Sempre que abordamos sobre Constituição, salientar convém que, estamos a nos referir à Constituição material <sup>124</sup>, enquanto conjunto de princípios, direitos e valores fundamentais de uma ordem jurídica, no contexto da própria realidade constitucional, mesmo que não positivados no texto constitucional embora que, em ordens jurídicas como a portuguesa, parece existir uma convergência entre constituição material e formal, ou seja parece-nos que os valores fundamentais – Constituição material – é contida na Constituição escrita, defensável, no entanto, inversamente, a existência de normas formalmente constitucionais sem “dignidade” Constitucional.

Evidencia-se que, tal situação deve-se à extensão do texto constitucional, que “pretendeu consumir todos os domínios que considerou constitucionalmente relevante (...)” <sup>125</sup>. Noutras ordens jurídicas essa distinção fundamental é relevante, jamais deverá ser esquecida a fim de que sejam superadas eventuais dificuldades de interpretação e integração. Se, contudo, ao recorrermos a tais conceitos, se poderá perder em certeza, em determinabilidade, ganha-se em coerência, em unidade de sentido, em ajustamento à própria realidade social – valorativa e, desse modo, em legitimidade e eficácia <sup>126</sup>.

Parece-nos que, desde a concepção de Estado aos princípios organizatórios, com incidência na delimitação de competência (separação de

<sup>123</sup> GOMES Canotilho / Vital Moreira, *Constituição Anotada*, p. 163.

<sup>124</sup> No mesmo sentido ao defendido por Vieira de Andrade quando se reporta à dimensão material da Constituição e à dimensão material dos direitos fundamentais (ob. cit., pp. 128 e ss.); Sousa e Brito, no mesmo sentido, *A Lei Penal na Constituição, in Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Lisboa, Petrony, p. 199, 1978.

<sup>125</sup> GOMES Canotilho / Vital Moreira, *Constituição Anotada*, p. 31.

<sup>126</sup> Tudo esclarece que, nesse caso (como em vários outros ...) legitimidade e eficácia seguem num mesmo caminho – uma Constituição é tanto mais legítima quanto mais estiver em consonância com o espírito valorativo vigente (Constituição em sentido material) e, ao mesmo tempo, ganha em força conformadora, impositiva, visto que será cumprida, concretizada, de forma mais espontânea. O que isso quer explicitar é que sobre o caráter compromissório, pluralista e aberto das atuais constituições, em sociedades democráticas, bem como sobre o pluralismo e tolerância como valor constitucional.



poderes); desde os tradicionais direitos, liberdades e garantias pessoais – aos direitos de participação política e aos direitos e deveres econômicos, sociais e culturais, deverá haver *influência* no Direito Penal <sup>127</sup>.

### **3.4 – Princípios Processuais Penais elencados pela Constituição de 1988**

A Constituição Federal de 1988 elencou princípios processuais penais, contudo, no âmbito de funcionamento integrado e complementar das garantias processuais penais não se pode postergar que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil incluíram, também, várias garantias ao modelo processual penal brasileiro, com amparo do art. 5º, § 2º, da Carta Maior, que assim estabelece: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O parágrafo mencionado dá-nos o ensejo a que se afirme que um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil foi adotado, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais do Título II da Constituição. O Supremo Tribunal Federal, através de sua jurisprudência, sancionou essa interpretação, que, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade pertinente à criação do IPMF (ADI 939, DJ de 18-3-1994), afirmou que o princípio da anterioridade (art. 150, III, b, da Constituição Federal) constitui um direito ou garantia individual fundamental.

Logo, ao cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente na Carta Maior e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista, é legítimo.

Direitos não considerados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser considerados como tal, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição. Decorre, portanto, a sua fundamentalidade da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em razão da sua importância, não podem ser deixados à

<sup>127</sup> PALLAZZO, *Valores Constitucionais de Direito Penal*, pp. 22 e ss.; Nuvolone, *Codice Penale e Costituzione*, in *Il Diritto Penale degli anni Settanta*, Padova, Casa editrice Dott. Antonio Milani, 1982.

disponibilidade do legislador ordinário <sup>128</sup>.

A concepção de que é possível, a partir das normas do próprio rol dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais elementares da Lei Maior, deduzir a existência de outros direitos fundamentais não representa novidade na tradição brasileira no âmbito constitucional. A Carta de 1969 também proclamava, no § 36 do art. 153, que “a especificação dos direitos de garantia expressos nesta Constituição não exclui outros direitos de garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. Ensinava Pontes de Miranda, então, que o propósito da norma, de berço norte americano (IX Emenda), era explicitar que “a enumeração de alguns direitos na Constituição não pode ser interpretada no sentido de excluir ou enfraquecer outros direitos que tem o povo”, acrescentando: “os textos constitucionais, quando se preocupam com os direitos individuais e dos nacionais, mais cogitam daqueles que facilmente se põem em perigo. Com isso, não negam os outros (...). Uma das conseqüências da regra jurídica do art. 153, § 36 é refugar-se, a respeito de direitos e garantias, o princípio de interpretação das leis *inclusio unius alterius est exclusio*” <sup>129</sup>.

O objetivo da norma é afirmar que a enumeração dos direitos não significa que outras posições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa estejam excluídas da proteção do direito nacional.

Não obstante a polêmica acerca do *status* normativo dos Tratados internacionais de direitos humanos, certo é que, atualmente, tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal a tese do *status* de supralegalidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nessa ordem, evidencia-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que dispõe em seu art. 8º as

<sup>128</sup> Por herança da doutrina alemã, há quem mencione o direito de igual acesso aos cargos públicos (art. 37, I) como direito fundamental (nesse sentido, em relação à Constituição passada Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, t. 4, p. 624, bem assim a legitimação ativa para a iniciativa popular (art. 61, § 2º) – entendida como autêntico direito de participação política -, a proclamação de igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges (art. 226, § 5º) e o direito dos filhos a tratamento igualitário (art. 227, § 6º). No contexto dos direitos sociais, seriam direitos fundamentais fora do catálogo os direitos à previdência social e à assistência social e o direito à proteção do meio ambiente (art. 225) (Sarlet, *A eficácia*, cit., pp. 122-123), este último já referido no Supremo Tribunal Federal como direito fundamental de terceira geração (RE 134.297-8/SP, DJ de 22-9-1995).

<sup>129</sup> PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/1969*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t. 5, p. 659.

garantias judiciais seguintes:

Art. 8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Art. 8.2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: **a.** direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; **b.** comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; **c.** concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; **d.** direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e se comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; **e.** direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; **f.** direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunha ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; **g.** direito de não ser obrigado a depor contra se mesma, nem a declarar-se culpada; e **h.** direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Art. 8.3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

Art. 8.4. O acusado absorvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

Art. 8.5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Trata o art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos do direito a um processo equitativo, cuja “figura não pode ser definida *in abstracto*, antes deve ser verificada segundo as circunstâncias particulares de cada caso, tomando em consideração o processo no seu conjunto”<sup>130</sup>; e, portanto, não apenas um elemento do processo considerado isoladamente, salvo se ele revestir uma importância tal que deva ser considerado decisivo para apreciação geral do processo. Acerca do processo equitativo, vejamos:

1. No processo equitativo qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a

<sup>130</sup> Um processo equitativo exige, como elemento co-natural, que cada uma das partes tenha possibilidades razoáveis de defender os seus interesses numa posição não inferior à da parte contrária, assim, Jean Raumont, “*Les droits judiciaires em matière non repressive*”, in *Annales de l’Université de Sciences Sociales de Toulouse*, tomo XXIX, 1981, pp. 96 e ss..

determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. Público deve ser o julgamento, mas o acesso à sala de audiência pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça;

2. No processo equitativo presume-se inocente qualquer pessoa acusada de uma infração enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada;

3. No processo equitativo o acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;

b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;

c) Defender-se a se próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar o defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

No processo equitativo, os **princípios do contraditório e da igualdade de armas** são elementos incindíveis.

O princípio do contraditório implica que cada uma das partes seja “chamada a deduzir as suas razões (de fato e de direito), a oferecer as suas provas, a controlar as provas do adversário e a discutir sobre o valor e resultados de uma e outras” <sup>131</sup>.

<sup>131</sup> MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, nova edição revista com a colaboração de Antunes Varela, I, Coimbra, p. 352, 1963.

E se admissibilidade das provas revela em primeiro lugar do direito interno, os órgãos de controle devem procurar se o processo, aí se compreendendo o modo como se produziu a prova, assumiu ou não caráter equitativo <sup>132</sup>.

Concerne às partes ter a mesma oportunidade de acesso, e possibilidade de interrogar testemunhas e peritos <sup>133</sup>.

Tanto o princípio do contraditório, como as normas relativas à distribuição do ônus da prova, carecem de ser integrados com o princípio da igualdade de armas.

Em princípio, o processo equitativo e a exigência da igualdade de armas valem para o cível e para o penal; nos litígios sobre interesses privados, a igualdade de armas implica a obrigação de ofertar a cada parte a possibilidade de apresentar a sua causa, incluindo as suas provas, em condições que a não coloquem em situação de nítida desvantagem em relação ao seu oponente.

Em se concretizando esse princípio colocam-se as partes “no processo em perfeita paridade de condições, desfrutando, portanto, de idênticas possibilidades de obter justiça que lhes seja devida”, impedindo, “quanto possível, que a igualdade jurídica seja frustrada em consequência de uma grave desigualdade de fato” <sup>134</sup>.

No processo penal o princípio da igualdade de armas reveste-se de suma importância; contudo, o Tribunal Constitucional português, lembrou que “embora não expressamente formulados na Constituição para o processo cível, os princípios da igualdade processual das partes e do contraditório não podem deixar de ser exigências constitucionais neste domínio, pois tal decorre da própria ideia de Estado de direito”, necessitando que o direito de acesso aos tribunais para a defesa dos seus direitos (art. 20 da *Constituição da República Portuguesa*) implica um correto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma

<sup>132</sup> Acórdão Ludi, de 16 de junho de 1992, A 238, p. 20, § 43, Schuler-Zraggen, A 263, p. 21, § 66, e Dombo Behr B. V., A 274, p. 18, § 31.

<sup>133</sup> Acórdãos Feldbrugge, A 99, p. 17, § 44, Unterpertinerer, de 24 de novembro de 1986, A 110, pp. 14-15, § 31, Barberà, Messegue e Jabardo, A 146, pp. 33-34, § 78, Kostovski, A 166, p. 19, § 39, e Bendenoun, A 284, pp. 21-22, § 52.

<sup>134</sup> MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 353 e ss., indicando algumas providências tendentes a realizar a igualdade prática. O princípio da igualdade de armas implica, designadamente, que nenhum elemento para o exame do caso seja adquirido quando uma das partes está presente e a outra não.

das partes poder “deduzir as suas razões (de fato e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e o resultado de umas e outras”.

Compreenda-se o princípio da igualdade com uma intencionalidade material, no sentido de intenção de justiça <sup>135</sup>; as condições singulares dos indivíduos cobram tratamentos variados, sob pena de se criarem ou potenciarem novas diferenças sociais: o igual deve ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente, na medida exata da diferença.

Logo, a igualdade não é mais a igualdade perante a lei, mais a igualdade através da lei; verdadeiramente a lei acaba por ser um instrumento positivo utilizado aos serviços de uma intenção normativa que a ultrapassa <sup>136</sup>.

Pressupõe um processo equitativo a motivação das decisões: a enunciação dos pontos de fato e de direito acerca dos quais se funda a decisão deve permitir às partes avaliar as possibilidades de sucesso nos recursos.

Por isso, uma motivação inexata deve ser equiparada a uma falta de motivação.

Constitui-se a motivação num elemento de transparência da justiça, inerente a todo o ato jurisdicional <sup>137</sup>, dispensando-se, no entanto, uma resposta minuciosa a todos os argumentos.

A motivação do julgamento satisfaz-se com a indicação clara dos motivos sob os quais se fundaram os juízes.

O direito à liberdade lingüística em justiça não é consagrado pela Convenção, para além das regras consagradas nos artigos 5º, nº 2, e 6º nº 3, alíneas a) e c), para o processo penal português.

O fato do mutismo da Convenção para os outros campos não significa que a língua utilizada no processo nos diferentes atos do processo não possa ser chamada para apreciar o caráter equitativo de um processo; tudo dependerá das

<sup>135</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, p. 239, 1988 e Maria da Glória Ferreira Pinto, *Princípio da Igualdade, Fórmula Vazia ou Fórmula “Carregada” de Sentido?*, Lisboa, pp. 11 e ss..

<sup>136</sup> CASTANHEIRA NEVES, “Justiça e Direito”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LI, pp. 205 e ss., 1975.

<sup>137</sup> J. E. S. Fawcett, “The application of the European Convention on Human Rights”, *Clarendon Press*, Oxford, p. 159, 1987.

circunstâncias de que se revestirá o ato em questão.

No que se refere ao direito de presença carece distinguir o processo civil do processo penal.

A Convenção não assegura, no processo civil, o direito de as partes comparecerem pessoalmente; contudo em determinadas categorias de processo, o direito a um processo equitativo implica um direito de presença.

Existe o direito de presença quando o caráter ou o comportamento das partes ou de uma delas é um elemento a ponderar na decisão, como, por exemplo em alguns casos relativos ao poder paternal.

O comparecimento pessoal em processo penal do “acusado”, não se encontra expressamente consagrada na Convenção; não obstante, da própria idéia de um processo equitativo no processo penal, onde a personalidade “do acusado” tem um papel importante na formação da decisão, tendo em vista a necessidade dessa presença.

Mas esta comparência pessoal não se constitui num direito absoluto, porquanto deve ser conjugado com os outros direitos da defesa.

Saliente-se que um julgamento de um ausente não se afigura com a Convenção, se ele pode obter posteriormente um novo julgamento onde seja ouvido acerca do bem fundado, de fato e de direito, da acusação.

Duvidoso é, no entanto que esta garantia subsista quando o interessado renuncia ao seu direito de comparecer e de se defender e sobremaneira, quando esta renúncia é inequívoca e se apresenta com um mínimo de garantias correspondente a sua gravidade.

A presença do “acusado” perante as instâncias de recurso é carecedora de um exame mais atento.

A falta de audiência do “acusado” nestas instâncias pode não colidir com o art. 8º, designadamente se os fatos não são de novo questionados e o tribunal de recurso decide com fundamento em elementos estritamente jurídicos, dispensando-se de apreciar diretamente a personalidade do acusado.

Por outro viés, a tecnicidade das questões debatidas nos tribunais superiores e a despersonalização dos elementos jurídicos é compatível com o

processo escrito dispensando o procedimento oral em tais jurisdições desde que as instâncias de recurso intervenham após a causa ter sido examinada publicamente num grau inferior.

A toda a pessoa é concedido o direito ao exame da sua causa *publicamente*, afim de que as partes sejam protegidas contra uma justiça secreta, escapando ao controle público; constitui ela um dos meios para preservar a confiança nos tribunais, pela transparência que confere à administração da justiça, ajudando a realizar o objetivo inscrito no nº 1, do art. 8º: o processo equitativo.

Em se desenvolvendo o processo perante um único tribunal, o direito ao exame da causa publicamente pode implicar, em princípio, o direito a uma audiência pública.

Se, porém, um processo tramita em várias fases, em primeira instância e em recurso, a publicidade dependerá do papel desempenhado em cada uma dessas fases.

E, em determinadas circunstâncias, a audiência pode ser dispensada e admitir-se uma fase processual puramente escrita; assim será quando as partes a ela renunciarem e o interesse público não a reclamar.

As exceções previstas na segunda parte do nº 1 do artigo 8º, justificadas nomeadamente pela proteção da vida privada e pela salvaguarda dos interesses da justiça, valem exclusivamente para os debates, em audiência, mas já não para a publicidade da decisão pelo tribunal; neste campo último não há se quer lugar para limitações implícitas.

Os Estados gozam, contudo, de uma certa liberdade de escolha de meios sobre o modo como a decisão será tornada pública: a leitura da decisão em voz alta dispensada pode ser em algumas circunstâncias, sendo suficiente o depósito da decisão na secretaria do tribunal, decisão que ficará acessível ao público e que qualquer pessoa poderá consultar ou conseguir uma cópia.

Em matéria penal, a Comissão considerou que bastava, para que uma decisão fosse tornada pública a leitura da parte concernente ao delito praticado, à culpabilidade, à existência eventual de circunstâncias particulares e à pena



aplicada ainda que a motivação completa do julgamento fosse produzida mais tarde.

No que pertine ao prazo razoável, a causa deve ser examinada dentro desta perspectiva (prazo razoável), elemento essencial para uma boa administração da justiça.

O prazo razoável exige respeito no seu cumprimento, enquanto a Convenção Americana sublinha a importância que atribui a uma justiça administrada sem atrasos que venham a comprometer a sua eficácia e credibilidade.

Por vezes, um justo equilíbrio entre a celeridade do processo e a boa administração da justiça pode implicar que o julgamento de um acusado aguarde a instrução de um processo relativo a outros implicados para um julgamento de todos em conjunto.

No que se refere a um tribunal independente e imparcial, assim se pronuncia nosso ordenamento jurídico – toda a pessoa tem direito a um *tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei*.

Pensamos então que os Estados podem regulamentar o acesso aos tribunais, desde que não atinjam este direito na sua substância. Logo o indivíduo deve ter a possibilidade de apresentar a sua causa perante um tribunal, com livre acesso e o domínio dos meios materiais e humanos necessários.

Embora constitua polémica a discussão em derredor do *status* normativo dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, é inegável que, atualmente, tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal a tese do *status* de supralegalidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, definida inicialmente pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE nº 466.343/SP.

Por outro viés, acerca do teor do art. 5º, inc. LXVII, da Constituição Federal, que prevê, em tese, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e depositário infiel, a Suprema Corte entendeu que a circunstância de o Brasil haver subscrito Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas objetivando à eficácia do art. 5º, inc. LXVII) da Carta

Magna. Logo, conclui-se que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel (Supremo Tribunal Federal, Pleno, HC nº 87585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, *Dje* 118-25/06/2009).

Consoante esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal averbou expressamente a revogação da Súmula nº 619 do STF. Como se não bastasse, a fim de pôr fim à controvérsia em torno da prisão civil do depositário infiel, o plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou no dia 16 de dezembro de 2009 a edição da Súmula Vinculante nº 25, com o seguinte teor: “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*”.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 419, na qual está disposto: “*Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel*”. Logo subentende-se que deixaram de ter validade as Súmulas nºs 304 (“*É ilegal a decretação da prisão civil daquele que não assume expressamente o encargo de depositário judicial*.”) e 305 do Superior Tribunal de Justiça (“*É descabida a prisão civil do depositário quando, decretada a falência da empresa, sobrevém a arrecadação do bem pelo síndico*.”) <sup>138</sup>.

Hoje, já não se decreta mais a prisão civil do depositário infiel, tanto nos casos de alienação fiduciária, tanto em contratos de depósito ou nos casos de depósito judicial, na medida em que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo *status* normativo supralegal a coloca abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna, produziu a invalidade das normas infraconstitucionais que dispunham sobre tal espécie de prisão civil <sup>139</sup>.

Dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º.2: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. É o chamado **princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade**.

<sup>138</sup> Embora o Superior Tribunal de Justiça ainda não ter cancelado formalmente as súmulas acima referidas, depois do julgamento do RE nº 466.343/SP, a própria Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já vem trilhando o mesmo caminho como se constata do teor do Informativo nº 418 do STJ (REsp nº 914.253/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02/12/2009).

<sup>139</sup> Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal, Pleno, HC nº 92566/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *Dje* 104-04/06/2009.

Em sua celebre obra *Dos delitos e das penas*, Cesare Beccaria, em 1764, já advertia que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”<sup>140</sup>.

Esse direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o cidadão é culpado ou inocente foi acolhido no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948 em seu art. 11.1, dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”. Dispositivos semelhantes são elencados na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. nº 678/92 – art. 8º, § 2º): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Até a entrada em vigor da Constituição de 1988, no ordenamento jurídico pátrio, esse princípio existia, apenas, de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal<sup>141</sup>. Através da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de não culpabilidade passou a fazer parte, expressamente, do inc. LVII do art. 5º: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Consta do nosso direito de não ser declarado culpado senão mediante

<sup>140</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, p. 69, 1997. Beccaria insurgia-se contra as leis “que deveriam ter convenções entre homens livres”, com o fim de dirigir as ações da sociedade em benefício da maioria, mas que se transformavam em “instrumento das paixões da minoria”, e se revoltava contra a “fria atrocidade que os homens poderosos encaram como um dos seus direitos: ... os dolorosos gemidos do fraco, sacrificado à ignorância cruel e aos opulentos covardes; os tormentos atrozes que a barbárie inflige por crimes sem prova, ou os delitos quiméricos, o aspecto abominável dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é ainda aumentado pelo suplício mais insuportável para os infelizes – a incerteza, tantos métodos odiosos, espalhados por toda parte, deveriam ter despertado a atenção dos filósofos, essa espécie de magistrados que dirigem as opiniões humanas”.

<sup>141</sup> Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC nº 67.707/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14/08/1992. É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter pessoal e nas

sentença transitada em julgado, quando do término do devido processo legal, no qual o acusado tenha lançado mão de todos os meios de prova concernente à sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditória).

Estabelecendo-se a comparação da forma como referido princípio foi previsto nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal, constata-se que naqueles, costuma-se referir à presunção de inocência, ao passo que a Constituição Federal em ocasião alguma utiliza a expressão *inocente*, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado *culpado*. Em razão dessa diversidade terminológica, o preceito inserido na Carta Magna passou a ser denominado de presunção de não culpabilidade.

No contexto jurisprudencial brasileiro, ora se faz referência ao princípio da presunção de inocência<sup>142</sup>, ora ao princípio da presunção de não culpabilidade<sup>143</sup>. Conforme Badaró, inexistente diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, inútil e contraproducente a tentativa de estabelecer um divisor de águas entre as duas idéias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas<sup>144</sup>.

Consoante essa distinção terminológica, observa-se que o texto constitucional mais amplo, na proporção em que estende referida presunção até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. nº 678/192, art. 8º, nº 2) o faz tão somente até comprovada legalmente a culpa. Com efeito, em consequência do

---

relações material (princípio da proporcionalidade / direito substantivo). Contudo, somente no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificada e especializada nas várias ordens jurídicas. Cogita-se, dessa forma, de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, e (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica. Rogério Lauria Tucci (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 84, 2004), afirma que a incorporação da garantia do devido processo legal, de forma expressa no texto constitucional de 1988, juntamente com outras garantias específicas, acabou por criar uma situação de *superafetação*.

<sup>142</sup> Súmula nº 09 do Superior Tribunal de Justiça. E também: Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC – ED nº 91.150/SP, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 018 – 1º /02/2008.

<sup>143</sup> A título de exemplo: Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, AI – AgR nº 604.041/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 092 – 31/08/2007; Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma HC nº 84.029/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06/09/2007, p. 42.

<sup>144</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique, *Ônus da prova do processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 283.

texto expresso do Pacto de São José da Costa Rica, poder-se-ia pensar que a presunção de inocência deixaria de ser aplicada antes do trânsito em julgado, desde que já estivesse comprovada a culpa, o que poderia acontecer, por exemplo com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso, na medida em que a mesma Convenção Americana também assegura o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, § 2º, “h”).

Todavia, a Constituição Federal é muito clara ao dispor que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos usufruem. Deve prevalecer seu caráter, portanto, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Consequentemente, haverá prevalência da exposição mais favorável.

Duas regras fundamentais são derivadas do princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade): a *regra probatória* (conhecida, também, como regra de juízo) e a *regra de tratamento* <sup>145</sup>.

Apaixonante tem sido o debate acerca do significado da garantia de presunção de não culpabilidade no direito brasileiro, entendido como princípio que impede a outorga de consequência jurídica sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal.

É polêmica a discussão no âmbito de proteção do princípio da presunção de inocência, quanto à eventual proibição da prisão preventiva ou cautelar ou se contrariaria tal postulado a valoração dos antecedentes criminais antes do trânsito em julgado.

O Supremo Tribunal Federal, desde logo, assentou que “o princípio constitucional da não culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos

<sup>145</sup> Por imposição do que dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos no seu art. 8º, nº 2, Luiz Flávio Gomes surge com uma terceira regra, qual seja, a regra de garantia, conforme a qual a única forma de se afastar a presunção de inocência do acusado seria comprovando-se legalmente sua culpabilidade (*Legislação criminal especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 442). Concordamos com Renato Brasileiro de Lima, Manual de Processo Penal – Atualizado de acordo com a Lei nº 12.403/11 (prisão cautelar), esperando compreensão, que dita regra já faz parte do âmbito da regra probatória.

culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória”<sup>146</sup>.

Quando se trata da prisão cautelar, enfatiza o Supremo Tribunal Federal que a sua decretação não decorre de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal, estando submetida a pressupostos associados, fundamentalmente, à auspiciosa persecução criminal<sup>147</sup>.

No mesmo sentido, aceitam-se como legítimas as medidas cautelares pertinentes ao processo, com a adoção de determinadas medidas de cunho investigatório, a exemplo da interceptação telefônica.

Continuando sobre a presunção de inocência (não-culpabilidade), questiona-se a respeito da possibilidade de execução provisória da pena em face da garantia constitucional de presunção de não-culpabilidade.

Inicialmente, entendeu o Supremo Tribunal, que o princípio da presunção da não-culpabilidade não se constituía óbice à prisão do réu após a sentença condenatória. Por decisão majoritária, afirmava-se, que a jurisprudência assente do Tribunal era “no sentido de que a presunção constitucional de não-culpabilidade – que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados – não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário”<sup>148</sup>.

Entendemos que, no âmbito dos princípios processuais penais elencados pela Constituição de 1988, em destaque o princípio da presunção de inocência, além do juízo sobre o fato, do qual emerge o direito de punir o Estado, salientar é carecedor que importa ainda um juízo sobre o agente do crime a fim de que o Estado possa individualizar apenas a ser aplicada, fazendo justiça à medida do homem e não à medida do fato, como bem se expressa Francesco GIANNITI, / *Rapporti tra Processo Civile e Processo Penale*, Milão, 1988, pp. 242 ss..

<sup>146</sup> Cf. HC 80.174, Rel. Maurício Correia, DJ de 12/04/2002; HC 75.07, Rel. Maurício Correia, DJ de 15/05/1998; HC 73.489, Rel. Sydney Sanches, DJ de 13/09/1996.

<sup>147</sup> Cf. HC 82.903, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º/08/2003; HC 82.797, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 02/05/2003; HC 85.237, Rel. Celso de Mello, DJ de 29/04/2005; HC 81.468, Rel. Carlos Velloso, DJ de 1º/08/2003; HC 80.379, Rel. Celso de Mello, DJ de 25/05/2001.

<sup>148</sup> HC 82.490, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 29/11/2002.

### 3.5 – Breves referências ao Mensalão – Crime Organizado – estratégias nos campos processual penal – constitucional e penal

Jean Ziegler (*Os senhores do crime*) alicerçado em Eckardt Werthebach, encara a repressão ao crime organizado como uma questão de Estado <sup>149</sup>, entendendo a atuação da criminalidade organizada através de seu poder financeiro, de modo secreto, na área econômica, na ordem social, na administração pública, na justiça e, na maioria das vezes, impõe suas ordens e seus valores à política. Desde então, a independência da justiça, a credibilidade da ação política e, por fim, a função protetora do Estado de Direito vão desaparecendo.

A corrupção transformou-se em fenômeno aceito pela sociedade. Com isso, decorre, inexoravelmente, a institucionalização progressiva do crime organizado, com a perspectiva de o Estado considerar-se incapaz de garantir os direitos e liberdades cívicos dos cidadãos.

Tem-se, assim como certa, uma ameaça constante com a possibilidade de o crime organizado dominar as decisões democráticas.

Erinque Anarte Borrallo assinala a existência de debilidade das evidências disponíveis acerca da criminalidade organizada <sup>150</sup>, enquanto dizem-no Vicente Garrido et al que "...] O império da lei parece cambalear ante esses gigantes do crime, já que muitas vezes os interesses políticos parecem ser predominantes ante o bem - estar dos cidadãos que dizem proteger" <sup>151</sup>.

No âmbito do Processo Penal - Constitucional e Direito Penal desenvolveram-se estratégias várias com o objetivo de regulamentar com mais eficácia, a obtenção da prova e o tratamento outorgado a investigados e acusados

<sup>149</sup> Consagrado na constituição, o princípio do Estado de Direito é capaz de fundamentar autonomamente direitos e pretensões dos cidadãos e justificar a inconstitucionalidade de atos normativos violadores dos princípios do Estado de Direito. Nesse sentido, Jorge Miranda, *A Constituição de 1976*, pp. 496 e ss., Castanheira Neves, *A Revolução e o Direito*, pp. 203 e ss., Reis Novais, *O Estado de Direito*, Coimbra, 1987; Vitalino Canas, "Princípio da Proporcionalidade", in *DJAP*, vol. VII; A. de Oliveira Martins, "Legalidade Democrática e Legitimidade do Poder Político na Constituição", in Jorge Miranda, *Perspectivas Constitucionais*, II, pp. 577 e ss..

<sup>150</sup> ANARTE BORRALLO, *Conjecturas sobre la criminalidad organizada*. In: OLIVÉ, Juan Carlo Ferré: pp. 48-49 e 53-54.

<sup>151</sup> GARRIDO, GENOVES, Vicente, *Principios de Criminología*. Valência: Tirant lo Blanch, cit., 1999, p. 655.

pela prática de infrações relacionadas à criminalidade organizada, vez que a aplicação das medidas processuais penais para apuração da criminalidade individualizada não se mostram suficientes para resolver o problema <sup>152</sup>.

Para Paolo Tonini, se por um lado é difícil encontrar uma razão filosófica para justificação da adoção do mecanismo da colaboração premiada, em seu favor militam muitas razões práticas: (1) a impossibilidade de se inferir outras provas, em virtude da "lei do silêncio" que domina as associações criminais; (2) a necessidade de combater certas organizações criminosas, minando sua estrutura associativa pela criação de ocasiões para contrastes internos; (3) a urgência de serenar maior alarme criado pelos delitos cometidos de forma associativa <sup>153</sup>.

Segundo o art. 2º, II, da Lei de Combate a Organizações Criminosas - Lei nº 9.034/95 (cuja tipificação penal inexistente no Brasil criou-se a medida cautelar, com vistas à obtenção de prova, da *ação controlada*, "que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a elas vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações". Igualmente, no inciso V, instituiu-se a possibilidade da "infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefa de investigação".

Ocorre que, por vez, poderá a *ação controlada* levar à configuração da hipótese de *crime impossível*, previsto no art. 17 do Código Penal. Isto quando a *própria autoridade policial tiver interagido e com isso estimulado* o agente durante a *ação controlada*, já com vistas a efetuar a prisão em flagrante. Nessa hipótese, que pode, por exemplo, ocorrer em casos de *corrupção ativa* (Código Penal, art. 333), deixará o agente policial de ser mero *observador que acompanha a ação criminosa*, como preceitua a disciplina legal da *ação controlada*, podendo caracterizar verdadeiro *flagrante preparado*, o que torna impossível a configuração do crime, não havendo ofensa a bem jurídico qualquer <sup>154</sup>.

<sup>152</sup> *El agente provocador*, Juan Muñoz Sanches, Valência. Tirant lo Blanch, 1995, p. 22.

<sup>153</sup> PAOLO TONINI, Brevi note sull'atenuante della collaborazione con la giustizia penale. Milão: Giuffrè, p. 265.

<sup>154</sup> DELMANTO, Celso, *Código Penal Comentado*, Editora Saraiva, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2010, p. 149.



Referencia Ennio Amodio acerca dos vários argumentos favoráveis à colaboração processual, entendendo que os mesmos podem ser resumidos em dois filões: a necessidade de valer-se de provas que seguramente não seriam colhidas por outras vias de investigação e a oportunidade de romper o aspecto compacto dos grupos organizados, desagregando a solidariedade interna <sup>155</sup>.

Advoga Vittorio Grevi que na apuração da criminalidade passou a ser contraste o "drástico silêncio", a retratação ou a improvisação na reconstituição dos fatos pelas testemunhas em juízo, em decorrência de condicionamentos externos, como o uso da violência e da ameaça, a oferta de dinheiro em outras promessas <sup>156</sup>.

Compreende-se, assim, que são muitas as alterações em torno da valoração dos freqüentes meios de prova utilizados para apuração do crime organizado, tais como, requisitos para a consideração da prova resultante da colaboração processual do correu e dos depoimentos prestados de forma anônima.

Significativas no sentido de prejudicar, impedir e obstruir as provas são as condutas dos componentes das associações criminosas, gerando-se, daí, "a cultura da supressão da prova", como afirma Elvio Fassone <sup>157</sup>.

No campo do Direito Penal, citamos a Ação Penal 470, cognominada oficialmente de Mensalão, julgada, recentemente, pelo Supremo Tribunal Federal, como tentativa do crime organizado em "tomar o aparelho do Estado através do delito de corrupção ativa (dentre outros crimes) que, segundo o Ministro Celso de Mello (do referido tribunal), trata-se de "um ato que se constitui num gesto de perversão da ética do poder e da ordem jurídica, cuja observância se impõe a todos os cidadãos desta República que não toleram o poder que corrompe nem admitem o poder que se deixa corromper". Por isso, continua o Ministro, "o corruptor e os corruptos devem ser punidos exemplarmente, na forma da lei" <sup>158</sup>.

<sup>155</sup> AMODIO, Ennio, I, "pentiti" nella "commow law". *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*.

<sup>156</sup> GREVI, Vittorio, Nuovo Codice de procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio. *Processo Penal e criminalità organizzata*. Roma - Bari: Laterza.

<sup>157</sup> FASSONE, Elvio, La valutazioni della prova processi di criminalità organizzata. In: GREVI, Vittorio (Org.) *Processo penale e criminalità organizzata*. Roma - Bari: Laterza, 1993, 229-230.

<sup>158</sup> Pronunciamento do Ministro Celso de Mello, durante o julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal.

Com muita propriedade definiu o Ministro o assalto dos mensaleiros ao coração do Estado: "Este processo criminal revela a face sombria daqueles que, no controle do aparelho do Estado, transformaram a cultura da 'transgressão' em prática ordinária e desonesta do poder, como se o exercício das instituições da República pudesse ser degradado a uma função de mera satisfação instrumental de interesses governamentais e de desígnios pessoais. De acordo ainda com o Ministro, em assuntos de Estado e de Governo, nem o cinismo nem o pragmatismo podem justificar, quer juridicamente, quer moralmente, quer institucionalmente, práticas criminosas, como corrupção parlamentar ou as ações corruptivas de altos dirigentes, do Poder Executivo ou de agremiações partidárias".

Sendo assim, "a concepção republicana de poder mostra-se absolutamente incompatível com qualquer prática governamental tendente a restaurar a inaceitável teoria do Estado patrimonial".

Prossegue o Ministro: "Quem tem o poder e a força do Estado em suas mãos não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida pelas leis da República. O cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis. O direito ao governo honesto - nunca é demais reconhecê-lo - traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania".

"Estamos a condenar não **atores políticos**, mas protagonistas de sórdidas práticas criminosas. Esses delinqüentes ultrajaram a República. É o maior **escândalo da história**".

"No contexto desse processo, o mais estarrecedor para os valores republicanos foram as sessões da Comissão Parlamentar Mista do Inquérito dos Correios (2005-2006). Não há outro qualificativo, foi estarrecedor ouvir dos depoentes que tratavam de desvios de recursos públicos, de pagamento de campanhas eleitorais (como a presidencial de 2002) e da compra de apoio político no Congresso com uma tranqüilidade inimaginável, como se toda aquela podridão fizesse parte do jogo político em qualquer democracia".

Ora, numa afronta ao Estado, traficava-se a influência política, "solicitando-se", "exigindo-se", "cobrando-se" ou "obtendo-se" vantagens ou promessa de vantagem tanto material, como moral, para o sujeito ou para outrem. "Entre as provas e indícios que, em conjunto, conduziram ao juízo condenatório, destacam-se as várias reuniões mantidas entre corrêus no período dos fatos criminosos, associadas a datas de tomadas de empréstimos fraudulentos em instituições financeiras cujos dirigentes, a seu turno, reuniram-se com o organizador do esquema" (trecho do Acórdão condenatório da Ação Penal 470). A característica do crime está, portanto, na razão do comportamento dos agentes: a pretexto de influir em ato praticado por funcionários públicos no exercício de suas funções. O resumo do Acórdão redigido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal e relator do processo - Joaquim Barbosa - detalha que há uma sincronia das ações de corruptos e corruptores, levando à "comprovação do amplo esquema de distribuição de dinheiro a parlamentares, os quais, em troca, ofereceram seu apoio e o de seus correligionários aos projetos de interesse do governo federal na câmara de deputados. Em épocas passadas esse tipo de delito era apelidado "venda de fumaça". Na atualidade, o crime de *Tráfico de Influência*, disposto no Código Penal brasileiro em seu art. 332, quer dizer: "solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagens ou promessa, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função". Chamamos a atenção para a expressão "ato praticado", que deve ser entendido como "ato a ser praticado" <sup>159</sup>.

Se a pessoa que dá ou promete a vantagem não é partícipe, estaria praticando o crime de corrupção ativa, ínsito no Código Penal no art. 333 *caput*, cujo objeto jurídico é a Administração Pública, designadamente a sua moralidade, daí a razão pela qual a Ação Penal 470 - Mensalão, foi cognominada como o maior caso de corrupção da história política brasileira. Um crime que pode ser praticado por qualquer pessoa, embora sempre tendo como sujeito passivo o Estado. A pessoa que **oferece** tem ampla liberdade para assim proceder, desde

<sup>159</sup> DELMANTO, Celso et al, *Código Penal Comentado*, Editora Saraiva, 8ª ed., revista, atualizada e ampliada, 2010, p. 950.

que de maneira inequívoca, enquanto que ao **prometer**, obriga-se, compromete-se, garante dar alguma coisa <sup>160</sup>. Destaca-se que o objeto material é a vantagem indevida. Nesse sentido, existem opiniões confrontantes, a exemplo de Hungria: é apenas a vantagem patrimonial, a exemplo de dinheiro ou outra utilidade material <sup>161</sup> ou compreende qualquer espécie de benefício ou satisfação de desejo, como asseveram Heleno Fragoso e Magalhães Noronha <sup>162</sup>. Vantagem indevida quer significar que não é autorizada por lei, enquanto que o oferecimento ou promessa deve ser a funcionário público que é aquele que ocupa um cargo público e tem vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos. Já o “ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT”. A função pública “é o conjunto de atribuições às quais não correspondem um cargo ou emprego”, informações estas extraídas da obra de Maria Sylvia Zanella <sup>163</sup>.

Salientamos, por conveniência, que não obstante a importância do conceito administrativo, para efeitos penais, o conceito de funcionário público é um tanto diferente do que lhe outorga o Direito Administrativo. Para o Código Penal, é funcionário público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, desempenhe cargo, emprego ou função pública.

Quando a lei menciona a função pública, “quis deixar claro que basta simples exercício de uma função pública para caracterizar, para efeitos penais, o funcionário público” <sup>164</sup>. Logo, mesmo que a pessoa não seja empregada nem tenha cargo no Estado, ela estará incluída no conceito penal de funcionário público, desde que exerça, de algum modo, função pública <sup>165</sup>. O conceito de funcionário público, inscrito no *caput* do art. 327 do Código Penal brasileiro, é regra de caráter geral, aplicável a todo Código Penal e à legislação penal extravagante <sup>166</sup>.

<sup>160</sup> DELMANTO, Celso et al, *Código Penal Comentado*, Editora Saraiva, 8ª ed., revista, atualizada e ampliada, 2010, p. 952.

<sup>161</sup> HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, 1959, v. IX, pp. 430 e 370.

<sup>162</sup> FRAGOSO, Heleno, *Lições de Direito Penal – Parte Especial*, 1965, v. IV, pp. 1168 e 1103; Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 1995, v. IV, pp. 322 e 250.

<sup>163</sup> ZANELLA, Maria Sylvia Di Pietro, *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, pp. 420-422.

<sup>164</sup> FRAGOSO, Heleno, *Jurisprudência Criminal*, 1979, v. II, nº 250.

<sup>165</sup> DELMANTO, Celso et al, *Código Penal...* p. 928.

<sup>166</sup> DELMANTO, Celso et al, *Código Penal...* p. 928.

Então, o oferecimento ou promessa deve ser a funcionário público, direta ou indiretamente, para determiná-lo a praticar (executar), omitir (deixar de praticar) ou retardar (atrasar ou não praticar em tempo útil) ato de ofício (administrativo ou judicial, da competência do funcionário). Pode ser legal ou ilegal, irregular ou não o ato a que o agente visa. Se houver o oferecimento após à ação ou omissão, sem anterior promessa, não se caracteriza o crime, visto que se constitui o crime o oferecimento para que se faça ou omita e não dar o que se fez ou se omitiu. Se houve imposição do funcionário para o oferecimento ou promessa, não se caracteriza corrupção ativa, mas concessão praticada pelo funcionário (*Código Penal* em seu art. 316). Por outro lado, não haverá crime se o agente oferece ou promete a vantagem para livrar-se de ato ilegal do funcionário ou para que este pratique ato que não é de sua competência. Se por acaso, depois de oferecer ou prometer, o agente vem a dar, efetivamente, a vantagem indevida, essa última conduta constituirá simples exaurimento do crime (*post factum* impunível).

É muito polêmica a questão relativa à recompensa (oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público), mas preocupante é se saber que o governo e povo não são a mesma coisa. Governo é uma gigantesca burocracia cujos interesses só em alguns poucos casos, coincidem com os do povo..., conduzindo a sociedade, como no caso do Mensalão, ao declínio moral, cultural e político.

Indiscute-se o dolo dos integrantes do Mensalão que, conscientemente, ofereceram ou prometeram vantagens a funcionários públicos e o elemento subjetivo do tipo referente ao especial fim de agir (para determiná-los a praticar, omitir ou retardar). Desconhece-se a modalidade culposa no delito de corrupção ativa, o que, no caso do Mensalão não teria legitimidade.

E se o próprio funcionário toma a iniciativa de solicitar a vantagem? A nosso ver, o panorama é outro do lado do esclarecimento para – a – auto deliberação – de que aqui isso significa que ele já está corrompido e, portanto, a conduta do particular que entrega a vantagem pedida não tem o potencial lesivo que a lei quis evitar e punir.

E se na hipótese de o agente dar a vantagem indevida, porém sem tê-la oferecido ou prometido anteriormente, surge uma grande questão de saber se há ou não o crime. À luz dessa consideração manifestasse Victor Eduardo Rios Gonçalves <sup>167</sup> ao expressar que a resposta seria negativa, visto que o “art. 333 do Código Penal pune a corrupção ativa em apenas duas condutas, ou seja, oferecer ou prometer” condutas essas que “pressupõem que a *iniciativa* seja sempre do particular”.

Ora, por sobre inútil, a descrição “ao incriminar a corrupção ativa, a intenção do legislador era punir os particulares cujas condutas tivessem o condão prático de corromper ou, ao menos, potencial para fazer com que um funcionário público se tornasse corrupto... não tinha respaldo legal.

Igualmente estranho lembra Victor Eduardo que no crime do art. 343 do Código Penal (corrupção ativa e testemunha e perito) “há três condutas puníveis: dar, oferecer e prometer enquanto na corrupção ativa do art. 333, *apenas duas*, ou seja, oferecer e prometer” para concluir, partindo da “premissa de que o tratamento desigual dado pelo legislador deve ter alguma finalidade, (...) <sup>168</sup> que a pessoa que entrega vantagem anteriormente solicitada por funcionário público, não pratica o crime de corrupção ativa”.

A tais argumentações poder-se-ia somar um outro: também no art. 337-B (corrupção ativa em transação comercial internacional), acrescentado pela Lei nº 10.467/202, existem três condutas a serem punidas (prometer, oferecer ou dar), mas uma vez estranho ao enquadramento metodológico e doutrinal em definitivo reservado à corrupção ativa do art. 333, que não prevê a conduta de *dar*, a qual pressupõe a tradição da coisa, diferentemente das condutas de oferecer e prometer (em que não há *tradição*). A jurisprudência, contudo, entende que a conduta de *dar* (por ser mais do que oferecer e prometer) configura o tipo <sup>169</sup>.

A auto-lesão moral provocada pelo crime de corrupção ativa já se caracteriza quando o oferecimento ou promessa chega ao conhecimento do

<sup>167</sup> GONÇALVES RIOS, Victor Eduardo, “Corrupção ativa?”, *Bol. IBCCr* nº 43, julho de 1996.

<sup>168</sup> GONÇALVES RIOS, Victor Eduardo, “Corrupção ativa?”, *idem*.

<sup>169</sup> GONÇALVES RIOS, Victor Eduardo, “Corrupção ativa?”, *idem*.

funcionário, ainda que ele o recuse. É, portanto crime formal <sup>170</sup> ou de mera conduta, que concretiza sua consumação mesmo que o funcionário não aceite o suborno. A Jurisprudência “não distingue se a oferta for promessa se fez por sugestão ou solicitação do funcionário, sendo irrelevante para a tipificação (TJSP, *mv – RT684/316, 641/316*).

### **3.5.1 – O Ministério Público no contexto da “ordem processual penal – constitucional justa”. Justificativa da rejeição à “extirpação” de suas prerrogativas investigantes**

Diante desse quadro de tantas dificuldades – julgamento da Ação Penal nº 470, louva-se a conduta processo penal constitucional por parte do Ministério Público que agindo no contexto de suas atribuições constitucionais, pôde através de uma investigação paralela, contribuir e assegurar uma investigação mais rígida, cujas provas confirmam uma “trama delitiva para um esquema de desvio público”.

Alicerçou-se o Ministério Público no princípio do Estado de direito, o qual significa, de forma global, a idéia de uma ordem de paz estadualmente garantida através do direito. É pouco provável que exista um estado que não seja um estado liberal de direito quanto à existência e preexistência destes direitos e funcionamento da democracia. É pouco provável que um estado não democrático esteja em condições de garantir as liberdades fundamentais <sup>171</sup>.

Foi o Ministério Público muito elogiado – “conseguiu desempenhar a contento o seu ônus de provar em juízo as imputações aos réus dessa ação penal nesse item da denúncia”, assim se pronunciou, durante o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ayres Brito, “indicando as fraudes contábeis e a ocultação dos verdadeiros sacadores dos empréstimos. Houve diversos repasses de vultosos valores do Banco Rural com a ocultação, especialmente do Banco Central e do Coaf, dos verdadeiros e beneficiários dessas quantias, que

<sup>170</sup> O crime é tido como formal quando se considera constituído sem que se levem em consideração os resultados pretendidos pelo agente, mas simplesmente pela *intenção*, em virtude do próprio ato material ou do meio que a lei incrimina. *Dicionário Jurídico* de Plácido e Silva, p. 458.

<sup>171</sup> CARRACEDA, José Rubio, “Democracia Mínima, El paradigma democrático”, in *DOXA*, 15-16, 1994, pp. 199 ss..

eram proveniente de crimes”<sup>172</sup>. Assim, procedeu o Ministério público amparado pela Carta Maior de 1988, na qual “agigantaram-se”, sobremaneira, suas funções, suas atribuições constitucionais, levando-o à condição de um autêntico defensor da sociedade, tanto no campo penal com a titularidade exclusiva da ação penal, quanto no cível como fiscal dos demais poderes públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública (destaque nosso). A propósito dispõe o art. 129, inc. VIII, da Constituição Federal: “requisitar diligência investigatória e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

Ora, não é a toa o leque de atribuições conferidas ao Ministério Público, outorgando-lhe, além, o exercício de outras funções desde que compatíveis com sua finalidade constitucional bastando uma consulta à Lei nº 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em seu art. 25, dispondo sobre outras funções ministeriais de grande relevância.

Ademais, a sua missão de garantidor e fiscalizador da Separação dos Poderes, o legislador conferiu-lhe funções de resguardo ao *status* constitucional dos indivíduos, armando-o de garantias que possibilitassem o exercício daquela e a defesa destes.

Portanto, garantir ao indivíduo a fruição total de todos os seus *status* constitucionais, por desejo do próprio legislador constituinte que em determinado momento histórico, entendeu fortalecer a Instituição, conferindo-lhe independência e autonomia e a causa social para defender e proteger. É a função do Ministério Público junto aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>173</sup>.

Por certo, toda esta alusão ao Ministério Público, no plano processo penal – constitucional, parece cansativo, fora de propósito no contexto do nosso trabalho.

<sup>172</sup> VILA, Marco Antônio, Mensalão – o julgamento do maior caso de corrupção da história política brasileira, LeYa, cit., 2013, p. 265.

<sup>173</sup> A Constituição atual situa o Ministério Público em capítulo especial fora da estrutura dos demais poderes da República, consagrando sua total autonomia e independência e ampliando-lhe as funções, sempre em defesa dos direitos, garantia e prerrogativa da sociedade. Ressaltamos que essa previsão não foi novidade na história constitucional brasileira, pois a Constituição de 1934 consagrou ao Ministério Público um capítulo autônomo (Dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais) do Título I (Da organização Federal) e a Constituição de 1946 situou o Ministério Público em título especial (Título III – Do Ministério Público), independente dos demais poderes do Estado.



Contudo, nossa pretensão é insistir em mostrar o ângulo de abrangência das organizações criminosas em nossas instituições, inquietando a população, desafiando o poder do Estado, suscitando, no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, questões novas, de solução difícil por afrontar, também, nossa Constituição.

Pois bem, paralela à oficialidade processual da Ação Penal 470 – Mensalão – foi feita a proposta de Emenda à Constituição – nº 37/11, que retira do Ministério Público o poder de investigação criminal e estabelece a exclusividade para as polícias, em tramitação na Câmara Federal, através da Proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 37), também conhecida como PEC da IMPUNIDADE, de autoria do Partido dos Trabalhadores (PT), e acrescenta um parágrafo ao art. 144 da Constituição Federal, para estabelecer que a apuração das infrações penais será de competência privativa das polícias federal e civil.

Atualmente, com determinação constitucional (art. 129, inc. VIII), o Ministério Público também exerce, em casos específicos, a atividade de investigação criminal.

O Supremo Tribunal Federal reconhece o fato de o Ministério Público ser o titular da ação penal e realizar o controle externo da atividade policial e lhe outorga o poder de investigação criminal.

Então, diante da Proposta de Emenda à Constituição no sentido de amordçar e amputar o Ministério Público, surge uma indagação: A quem interessa retirar o poder de investigação do Ministério Público? No nosso entendimento há a necessidade de assimilação da idéia de que o Estado deve buscar uma providência proporcional à ameaça (e quem sabe, talvez concretizada) produzida à sociedade por certas organizações criminosas, sob pena de malograrem uma das atividades estaduais primordiais, que é a de proporcionar a pacificação social, a paz pública. O que o Ministério Público tem por objetivo – embora sendo do seu conhecimento os perigos em razão do recente histórico de abusos acontecidos nesse delicado campo – é buscar a colheita de prova ao desenvolvimento tecnológico e á alteração do padrão de comportamento adotado pelas organizações criminosas.

### 3.5.2 – Tentativa de violação do parâmetro normativo – Retrocesso no combate ao crime organizado – Ineficiência e descrédito na Democracia

O poder outorgado pela Constituição para investigar não significa poder ilimitado, mas derivado diretamente de suas funções constitucionais, enumeradas no seu art. 129 e com possibilidade de responsabilização de seus membros por eventuais abusos cometidos no exercício de suas funções, pois em um regime republicano todos devem fiel observância à Lei.

O poder garantidor e fiscalizador da separação de poderes e, conseqüentemente, dos mecanismos de controle estaduais (Constituição, art. 129, inciso II), concedido ao Ministério Público tem a função de possibilitar o exercício que lhe é peculiar constitucionalmente.

O presidencialismo brasileiro é sabiamente reconhecido visto que além dos clássicos mecanismos de freios e contrapesos existentes na tripartição de poderes, estruturou o Ministério Público como instituição defensora da sociedade, assegurando-lhe total independência, para zelar pelo cumprimento das leis e defender o interesse geral, dando-lhe nossa Carta Maior relevo de instituição permanente e essencial à função jurisdicional <sup>174</sup>.

Entre tantas prerrogativas implícitas, parece-nos que não poderia ser afastado o poder investigatório criminal dos promotores e procuradores, a fim de que, em casos que entenderem necessário, produzam as provas necessárias para combater, principalmente a criminalidade organizada e a corrupção (no caso do Mensalão), não nos parecendo razoável o engessamento do órgão titular da ação penal, que, contrariamente ao histórico da instituição, teria cerceado seus poderes implícitos essenciais para o exercício de suas funções constitucionais expressas.

<sup>174</sup> A Constituição não se legitima através da simples *legalidade*, ou seja, é pelo fato de ela ser formalmente a lei superior criada por um poder constituinte, que ela pode e deve ser considerada legítima. A legitimidade de uma Constituição (validade e material) pressupõe uma conformidade substancial com a idéia de direito, os valores, os interesses de um povo num determinado momento. Conseqüentemente, a Constituição não representa uma simples positivação do poder. Ela é também a positivação dos valores jurídicos radicados na consciência jurídica geral da comunidade. Quando uma lei constitucional logra obter *validade* como ordem de justiça e *aceitação*, por parte da coletividade, da sua bondade "intrínseca", diz-se que uma Constituição tem legitimidade. BEETHAM DAVID, *The Legitimation of Power*, Mac Millan, London, p. 42. Por último ELOY GARCIA, "Legitimidade e Democracia". A democracia ante o seu momento maquiavélico, Universidade Vigo, 1998.

Negando-se o reconhecimento ao Ministério Público de seus poderes investigatórios criminais implícitos, corresponde a diminuir a efetividade de sua atuação em defesa dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, cuja atuação autônoma, conforme reconheceu o Supremo Tribunal Federal, configura a confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão à lei.

Pensamos, não se poder permitir (travestido de falsos pretextos) o afastamento da independência funcional do *Parquet* e a diminuição de suas funções – expressas ou implícitas –, sob pena de grave perigo de retrocesso no combate ao crime organizado e na fiscalização à corrupção na administração pública, visto que esse retorno à impunidade, como sempre alertou Norberto Bobbio, gera a ineficiência e o descrédito na democracia <sup>175</sup>.

Pensamos ainda que, caso a proposta (PEC 37) seja aprovada, a sociedade será prejudicada, visto que perderá um veículo e uma instituição especial de investigação. Não há como se pensar um Estado Democrático de Direito verdadeiro sem uma instituição independente que possa promover as investigações.

Não cabe aqui uma mais detida análise das críticas enunciadas (PEC nº 37), cujo bem fundado nos assegura no essencial manifesto. Acima de tudo convirá, nessa medida acompanhando o art. 3º, inc. VI do Substitutivo do Projeto de Lei nº 6.578, de 2009, sublinhar que a tese enferma de evidente equivocidade na perspectiva do problema dogmático do objeto da investigação realizada pelo Ministério Público em casos específicos durante o inquérito policial.

Para o procurador – geral da República, “O Ministério Público impedido de investigar não é o Ministério Público que o constituinte de 1988 previu na Constituição. Ficará uma instituição completamente ‘capenga’, amputada em uma de suas atribuições fundamentais”. Continuando o procurador – geral, o Ministério Público “jamais pretendeu” retirar das polícias Civil e Federal a prerrogativa ordinária de investigação. “Tenho reiterado que o Ministério Público não pretende

<sup>175</sup> BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

e jamais pretendeu exercer ordinariamente a atribuição de investigar. Ela é ordinariamente da polícia, uma admirável instituição. Agora, haverá muitos casos, já houve muitos casos, em que somente uma instituição com as prerrogativas do Ministério Público, com membros gozando de independência funcional, que pode, realmente, levar a efeito investigações adequadas”, assim se expressou, com indignação, o procurador – geral Roberto Gurgel, em entrevista, quando a Câmara de Deputados Federais acolheu e aprovou, inicialmente, em comissão especial o parecer à PEC nº 37/2011 que limita o poder de investigação do Ministério Público. Ocasão em que o ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, indagado em público a respeito da tão comentada proposta de Emenda Constitucional, declarou que “a sociedade brasileira não é merecedora da mesma”<sup>176</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, em julgado, assim se posiciona acerca do Ministério Público e a possibilidade de atuação na investigação penal: - “Tendo o inquérito policial por escopo apurar a existência do fato delituoso, completa deve ser a investigação criminal, em prestígio ao princípio da verdade real ínsito ao direito processual penal” (Supremo Tribunal Federal – Corte Especial – Ag. Rg. no IP nº 187/DF – Rel. ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Diário da Justiça*, 16 de setembro de 1996, IBCCrim nº 57). **Assim haverá, inclusive, a possibilidade de o Ministério Público** tutelar seu direito líquido e certo de investigar e propor a ação penal pública pelo mandato de segurança. **Nesse sentido:** Superior Tribunal de Justiça – “Não sendo, o ato jurisdicional, ensejador de mera inversão tumultuária mas, isto sim, obstaculizador de atividade do Ministério Público, prevista na Carta Magna (art. Inc. I) e na Lonmp – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em seu art. 25, inc. III, é de se admitir, como remédio jurídico cabível, no caso (aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95), o mandato de segurança” (STJ – 5ª Turma, - RMS nº 8.084/MG – Rel. ministro Félix Fischer,

<sup>176</sup> A propósito, fazemos evidenciar a citação de COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, acerca de MUELER, G, “Beweisverbote im amerikanischeng Strafprozess”, Verhandlungen, Bd. I, 3A, pp. 33 ss., no 46º Congresso dos Juristas Alemães (1966), que assim, manifestou-se: “seria um atentado à ética e à dignidade do soberano se o Estado entendesse não só autorizar os seus agentes a violar as garantias jurídicas dos cidadãos como ir ao ponto de apoiar as suas decisões jurisdicionais em tais ofensas aos direitos”.

*Diário da Justiça*, Seção I, 2 de fevereiro de 1998, p. 121).

**Conferir, ainda:** “1 – O Membro do Ministério Público Estadual que assiste à lavratura do auto de prisão em flagrante, convidado pela autoridade policial para assegurar a legalidade do ato, não está impedido de prestar depoimento, na fase da instrução penal, reportando-se aos fatos que ouviu quando dos depoimentos prestados na fase investigatória. 2 – Se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que não configura impedimento ao Promotor de Justiça, que acompanhou o inquérito policial, para em seguida oferecer denúncia (RHC 61.110, *DJ* de 26-8-83 e HC 60.364, *DJ* de 13-5-83), com muito mais razão de propriedade poderá prestar depoimento do que antes presenciaria, se outro foi o Promotor de Justiça que afirmara a peça acusatória.

Exemplifiquemos, com fundamento do art. 129, inc. VIII, da Constituição Federal, julgado acerca do Ministério Público e o poder de investigação: Supremo Tribunal Federal – “Na sessão de 15-10-2003, o ministro Marco Aurélio, relator, rejeitou a denúncia, por entender que o Órgão ministerial não possui competência para realizar diretamente investigações na esfera criminal, mas apenas requisitá-las à autoridade policial competente, no que foi acompanhado pelo ministro Nelson Jobim – v. Informativo 325. Em voto – vista o ministro Joaquim Barbosa divergiu desse entendimento e recebeu a denúncia. Afirmou, inicialmente, não ter vislumbrado, na espécie, verdadeira investigação criminal por parte do Ministério Público. Salientou que o *parquet*, por força do que dispõe o inciso III, do art. 129 da Constituição Federal, tem competência para instaurar procedimento investigativo sobre questão que envolva interesses difusos e coletivos (no caso a proteção do patrimônio público) e que essa atribuição decorre não da natureza do ato punitivo que resulta da investigação, mas do fato a ser investigado sobre bens jurídicos cuja proteção a Constituição Federal lhe conferiu. Esclareceu que a outorga constitucional, ao *parquet*, da titularidade da ação penal implicaria a dos meios necessários ao alcance do seu múnus, estando esses meios previstos constitucionalmente (Constituição Federal, art. 129, IX) e legalmente (LC 75/93, art. 8º; V; Lei nº 8.625/93, art. 26). Asseverou que, apesar do Ministério Público

não ter competência para presidir o inquérito policial, de monopólio da polícia, a elucidação dos crimes não se esgotaria nesse âmbito, podendo ser efetivada por vários órgãos administrativos, tendo em conta o disposto no Código de Processo Penal. Ressaltou que a premissa de que o art. 144, § 1º, IV, da Constituição Federal, teria estabelecido monopólio investigativo em prol da polícia federal poria em cheque várias estruturas administrativas e investigativas realizadas por diversos órgãos no sentido de combater uma série de condutas criminosas.

Concluiu, dessa forma, quanto à questão preliminar, pela existência de justa causa para recebimento da denúncia. Os ministros Eros Grau e Carlos Britto acompanharam a divergência.

Após, o ministro Cezar Peluzo pediu vista dos autos” (Supremo Tribunal Federal – Pleno – Inq. Nº 1968/DF – Rel. ministro Marco Aurélio, *Informativo STF*, nº 359, p. 1).

No nosso entender, a complexidade da experiência jurídica não tem apenas a medida do número das construções ou institutos invocados para enquadrar a área problemática e referenciáveis numa primeira leitura do panorama doutrinal. Daí porque, mostrando-se como um indisfarçável <<síndrome de Babel>>, o tratamento da problemática *sub judice* apareça invariavelmente encimado pela referência ao desencontro e pulverização de orientações da doutrina e jurisprudência <sup>177</sup>.

À luz do que fica exposto nada mais indicado para uma aproximação ao sentido, faremos uma referência no direito comparado com a situação jurídica do Ministério Público em Portugal.

### **3.5.3 – Legitimidade do Ministério Público Português para a promoção do processo penal**

A magistratura do Ministério Público não tem uma “natureza administrativa”. Insere-se no poder judicial, colaborando no exercício do poder jurisdicional,

<sup>177</sup> HASSEMER, R, *Schtzbedürftigkeit, des Opfers und Strafrechtsdogmatik, Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB*, Berlim, 1980, pp. 83 e 4.

sobretudo através do exercício da ação penal e da iniciativa de defesa da legalidade e objetividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às diretivas, ordens de instruções previstas na lei do Ministério Público.

Prefigurado na Constituição longe está da caricatura usual de “funcionário promotor do crime”. A sua relevantíssima função, num contexto democrático, vai desde o exercício da ação penal até à defesa e representação de pessoas carecedoras de proteção, passando pela defesa da constitucionalidade e legalidade<sup>178</sup>.

A investigação criminal sob a orientação do Ministério Público, que dirige o inquérito *sub judice*, é prosseguida pelos Órgãos de Polícia Criminal, baseando-se nos princípios de isenção e de objetividade de forma a acontecer uma coerência e conexão entre eficiência e justiça, na tentativa de descobrir e recolher provas que fundamentem a sua decisão (arts. 262º, 263º e 267º, do Código de Processo Penal).

A direção do inquérito não é posta em causa pelas medidas cautelares e de polícia, visto que as mesmas procuram realizar diligências que poderiam ser colocadas em perigo pela demora burocrática judicial, a exemplo do exame no local, a recolha de vestígios do crime, a identificação de suspeitos e testemunhas<sup>179</sup>.

Inspirado no sistema francês, o Ministério Público Português é possuidor de competência diversa da do juiz, enquanto que a realização do inquérito conferida à polícia não poderá ser considerada propriamente uma competência delegada<sup>180</sup>.

Cabe, portanto ao Ministério Público *exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade* (nº 1, do art. 219º da Constituição da República Portuguesa); possui *legitimidade para promover o processo penal*, com as

<sup>178</sup> FONSECA, Guilherme Frederico, “O Ministério Público e a Constituição”, in *Revista do Ministério Público*, 31/1987, pp. 67 e ss., Dimas de Lacerda, O Estatuto do Magistrado e as perspectivas do futuro, 1978, pp. 137 e ss.; J. N. Cunha Rodrigues, “Ministério Público”, in *Dicionário Jurídico da Administração*, vol. V, 1993, pp. 502 e 599.

<sup>179</sup> Consoante a Profª. Anabela M. Rodrigues, as medidas cautelares “visam acautelar a obtenção dos meios de prova que de outra forma, poder-se-iam perder ocasionando, em consequência, irreparáveis danos na obtenção das finalidades do processo. E isto, quer devido à natureza perecível de certos meios de prova, quer ainda dado o carácter urgente dos actos a praticar”. (Anabela Miranda Rodrigues, in Prefácio de *Lei e Crime – O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador – Os Princípios do Processo Penal* de Fernando Gonçalves et al, Livraria Almedina, 2001.

<sup>180</sup> FERNANDO GONÇALVES et al, *Lei e Crime...*, 2001, p. 15.

restrições da necessidade de queixa nos crimes semipúblicos e de queixa e acusação particular nos crimes dispostos no art. 48º do Código de Processo Penal português, sendo, também, seu dever, no processo penal, *colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções processuais a critérios de estrita objectividade* (nº 1, do art. 53º do Código de Processo Penal); nos termos do art. 241º, do Código de Processo Penal, *adquire notícia do crime por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos da polícia criminal ou mediante denúncia, cabendo-lhe, segundo o art. 51º, nº 2, em especial, receber as denúncias, as queixas e as participações e apreciar o seguimento a dar-lhe conforme al. a); dirigir o inquérito, nos termos da al. b) e do art. 263º; decidir pela dedução da acusação e sustentá-la efetivamente na instrução e no julgamento, consoante a al. c) e o art. 276º, nº 1 no Código de Processo Penal.*

Quando os crimes são de natureza pública, é o Ministério Público a quem pertence ab *initio* investigar e prosseguir a ação penal, como detentor de legitimidade para a promoção processual penal, não se excluindo a hipótese dos ofendidos.

Logo, a sociedade delegou ao Ministério Público, como representante da “pretensão punitiva do Estado, a tutela dos direitos dos cidadãos ofendidos pelo crime”, tendo como mister “a repressão se um interesse muito mais alto”<sup>181</sup>, “inspirada por sinceridade e convicção e por uma objetividade muito maiores”, devendo defender os interesses que a lei determinar, como dispõe o art. 219º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa. É, portanto, missão do Ministério Público procurar o culpado e não um culpado<sup>182</sup>, exercendo a ação penal orientada pelo princípio da legalidade democrática. A punição de quem ofendeu a sociedade, deve ser o garante, “o tutor natural, por moral, por lei e por dever, do inocente”<sup>183</sup>. “A obrigação do Ministério Público é contribuir para a descoberta da

<sup>181</sup> CORDOVA, citado por Enrico Altavilla, Psicologia Judiciária II, *Personagens do Processo Penal*, 1982, p. 492.

<sup>182</sup> CORDOVA... *idem*.

<sup>183</sup> CORDOVA... p. 492.



verdade, qualquer que seja ela”<sup>184</sup>.

Cabe então, ao Ministério Público oferecer “colaboração e auxílio ao inocente, vítima de suspeita, obedecendo ao comando da sociedade, que lhe confia o mandato de castigar os criminosos e proteger a gente de bem”<sup>185</sup>. Daí a isenção do Ministério Público, devendo atuar de forma impessoal, garantindo a objetividade processual exercendo uma função quase desencarnadora, deixando de lado a “rede dos sentimentos de um indivíduo para se tornar num movimento tendencial, guiado e inspirado por um interesse social”<sup>186</sup>.

É carecedor de destaque que é de caráter público e de interesse público a forma de trabalho do Ministério Público, compulsando-se a resistir “ao sopro do vento constante” da deformação profissional.

É carecedor de destaque que a atuação do Ministério Público se prenda aos princípios de independência psicológica, social e intelectual de modo a que não se oriente pelos princípios da presunção da culpabilidade<sup>187</sup>, pela interpretação e descrição emotiva dos fatos, das testemunhas, pela subordinação política.

Não devemos nos afastar da concepção de Lucchini, ao asseverar que o Ministério Público, como responsável pela promoção e vigilância da aplicação da lei, deve “sentir todas as pulsações e vibrações” dos perigos da vida social, de modo a que persiga o crime e os criminosos, os “violadores da lei e os perturbadores da ordem social” e socorra e assista “aos inaptos e às vítimas da prepotência alheia”. O Ministério Público obriga-se a cumprir “uma missão de energia e de bondade, de sabedoria e de sentimento, inspirada, evidentemente, pela lei, mais ainda pela razão e pelos fins que a determinam e que podem sugerir a sua integração ou a sua reforma”<sup>188</sup>.

Compreende-se, por isso, que ganhe aqui expressão paradigmática da

<sup>184</sup> MIRANDA RODRIGUES, Anabela, “O inquérito no Novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, CEJ, Livraria Almedina, 1995, Coimbra, p. 74.

<sup>185</sup> CORDOVA... p. 493.

<sup>186</sup> ENRICO ALTAVILA, cit., p. 493.

<sup>187</sup> LUCCHINI, citado por Enrico Altavila, p. 498, afirma que a lei e a justiça são carentes de uma política “boa, generosa, racional, do interesse social, da maneira de agir de acordo com as circunstâncias e exigências particulares do tempo, do lugar ...”.

<sup>188</sup> LUCCHINI, citado por Enrico Altavila, p. 498.

experiência atual do Ministério Público em Portugal, dando mostras do exercício da ação penal até à defesa e representação de pessoas desprotegidas, passando pela defesa de interesses difusos e pela defesa da constitucionalidade e legalidade. A quarta revisão da Constituição acrescentou uma outra competência de magnânimo valor de significado político e jurídico – constitucional – a da participação do Ministério Público na *execução da política criminal* definida pelos órgãos da soberania (art. 219º/1). Deve-se ainda acrescentar às funções assinaladas a importante função consultiva, traduzida na emissão de pareceres por parte da Procuradoria – Geral da República <sup>189</sup>. As funções do Ministério Público, globalmente consideradas, têm, em geral, como denominador comum, o serem exercida no interesse do “Estado – comunidade” e não do “Estado pessoa”.

Em Portugal, o Ministério Público continua a ser “advogado do Estado”, tarefa que noutros países é desempenhada por operadores jurídicos diferentes (“advogados do Estado” ou “advogados contratados”). Há de salientar que já se registra a participação do Ministério Público na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, o que não deixa de criar algumas expectativas no âmbito de incerteza nas relações entre o executivo e o judiciário. São, também, estabelecidas formas especiais de assessoria junto do Ministério Público nos casos dos crimes estritamente militares. Portanto, como já vimos antes, compete ao Ministério Público adquirir a notícia do crime, abrir e dirigir o inquérito, deduzir a acusação e sustentá-la na instrução e no julgamento, interpor recursos e promover a execução das penas e medidas de segurança (art. 53º, nº 2).

Evidencia-se, portanto, o art. 48º dispendo que o Ministério Público tem legitimidade para promover o processo penal, com as restrições constantes dos arts. 49º a 52º. Em alguns crimes, o mister do Ministério Público está condicionado pela queixa ou queixa e acusação particular das pessoas para tal legitimadas pela lei.

Contudo, com relação a alguns crimes o Código estabelece que o

<sup>189</sup> FONSECA, Guilherme Frederico, “O Ministério Público e a Constituição”, in *Revista do Ministério Público*, 31/1987, p. 67.

*procedimento criminal* depende de *queixa* e noutros de *acusação particular*. Logo, consoante Germano Marques da Silva, as atribuições do Ministério Público do processo penal são enunciadas no art. 53º do Código de Processo Penal, onde se dispõe que compete ao Ministério Público colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, cabendo-lhe em especial: a) *Receber as denúncias, as queixas e as participações e apreciar o seguimento a dar-lhes*; b) *Dirigir o inquérito*; c) *Deduzir a acusação e sustentá-la efectivamente na instrução e no julgamento*; d) *Interpor recursos, ainda que no exclusivo interesse da defesa*; e) *Promover a execução das penas e das medidas de segurança*. No saber de Marques da Silva, esta enumeração de atribuições do Ministério Público no processo penal não é taxativa; cuida-se apenas de uma enumeração genérica <sup>190</sup>

A Constituição Federal no intuito de cumprir seu importante papel do regime democrático enumerou funções institucionais diversas ao Ministério Público, entre elas, a promoção privativa da ação penal; o zelo pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos assegurados direitos constitucionais, a expedição e notificação nos procedimentos administrativos de sua competência e a requisição de informações e documentos para instruí-los, a requisição de diligências investigatórias e a restauração de inquérito policial e o exercício do controle externo da atividade policial. Além de todo isso, o texto constitucional deixou evidente sua exemplificatividade, pois permitiu à legislação ordinária a fixação de outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade constitucional.

No que exposto ficou e, no nosso entender, não se pode permitir é, sob pretextos falsos, o afastamento de independência funcional do Ministério Público e a diminuição de suas funções – expressas ou implícitas -, sob pena de grave perigo de retrocesso no combate ao crime organizado e na fiscalização à corrupção na administração pública, pois esse retorno à impunidade, como sempre alertado por Norberto Bobbio <sup>191</sup>, gera a ineficiência e o descrédito na democracia.

<sup>190</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I*, 3ª edição. Revista e atualizada. Editorial VERBO, 1996, pp. 237 e ss..

<sup>191</sup> BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, 1992, p. 5.

## CAPÍTULO 4

### **Princípios fundamentais do Processo Penal (continuação). Superação normativa das antinomias entre a ordem e a liberdade**

#### **4.1 – Premissas fundamentais**

Numa consideração ao estudo dos princípios fundamentais do processo penal, limitar-nos-emos, às opções referentes às normas fundamentais lastreadoras da regulamentação do processo pelo direito positivo, embora não possamos nos escusar acerca de algumas alusões aos mais representativos modelos no âmbito de sua historicidade.

Carecedor é de explicitação o fato de que tais princípios nem sempre se constituem num sistema lógico – coerente, pelo contrário na sua generalidade interagem numa espécie de concorrência, limitando-se, reciprocamente, pelo que o que o processo positivo nos outorga. É, contanto, uma interação recíproca.

De utilidade grande é uma análise dos princípios fundamentais, vez que, se constituem em informadores do direito processual penal vigente, notadamente pela sua utilidade, alicerçada em duas razões: por permitir apreender sinteticamente os valores fundamentais em que se baseia o sistema processual em vigor (denominada de pedagógica) e, por outra parte, por permitirem confrontar o sistema processual com os valores sociopolíticos dominantes<sup>192</sup>, por se constituir num instrumento de política legislativa.

Numa primeira síntese, bem se aceitará que no estudo dos princípios fundamentais do processo penal, a Constituição é uma *ordem* jurídica fundamental, razão pela qual dentre as suas principais funções se inclui a de ser

<sup>192</sup> GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales del proceso: problemas jurídicos e políticos del proceso penal*, Buenos Aires, 1971, pp. 110 e ss.. Em sede de caracterização do “confronto” entre o sistema processual com os valores sociopolíticos dominantes, referimo-nos a Costa Andrade, quando avulta que “depois do advento do Estado de Direito ter balizado o horizonte axiológico e político-criminal e definido os princípios fundamentais de superação normativa das antinomia entre a ordem e a liberdade. Séculos volvidos sobre o triunfo do ideário iluminista e liberal, e depois de clarificadas e consagradas muitas implicações pragmáticas decorrentes do Estado de Direito, o processo penal persiste intrinsecamente antinômico. Manuel da Costa Andrade, sobre as *Proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992, p. 67.

ela uma *ordem fundamental do estado*<sup>193</sup>, pois é ela que conforma juridicamente a instituição social de natureza global, composta por uma multiplicidade de órgãos diferenciados e interdependentes, que designou-se de *estado*. O estado conseguido como um complexo institucional é determinado e conformado na sua organização e formas de atuar pelo *direito* (estado de direito) e, desde logo, pelo direito plasmado na constituição.

No essencial é a constituição que fixa o valor, a força e a eficácia das restantes normas do ordenamento jurídico (das leis, dos tratados, dos regulamentos, das convenções coletivas de trabalho, etc.)<sup>194</sup>.

#### 4.2 – Jurisdição e competência

Os interesses se conflitam, inevitavelmente, numa sociedade. Conflitos estes solucionados, na maioria das vezes, pelas próprias partes da contenda, ou intermediados pelas transações, renúncias ou diversas outras formas de autocomposição.

Acontece que, vedada que está a autotutela (com exceção das hipóteses excepcionais, como a legítima defesa, estado de necessidade e até mesmo nos casos de prisão em flagrante), em havendo resistência de uma das partes à pretensão da outra, carecedor é o Estado de, intermediado pelo processo, resolva esse conflito de interesses antagônicos, outorgando a cada um o que é seu e reestabelecendo a ordem e a paz no âmbito social. É, portanto, missão do Estado através da jurisdição, assumir o posto e poder – dever reflexo de sua soberania, por meio do qual, substituindo à vontade das partes, em prol da segurança jurídica e da ordem social.

Jurisdição no entendimento de Giuseppe Chiovenda, é “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de

<sup>193</sup> P. COMANDUCC, “Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel settecento”, in *Saggi Storici. Studi in memória di Giovanni Tarello*, Milano, 1990, vol. I, pp. 173-208.

<sup>194</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Livraria Almedina, 1998, p.1337.

outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva”<sup>195</sup>.

Envergando no mesmo entendimento, Frederico Marques, “na atividade legislativa, realiza o Estado um duplo objetivo: determina qual a tutela e concede a certos interesses, e consagra através de normas gerais de conduta. Na atividade jurisdicional, contrariamente, realiza o Estado um único fim, qual o de consagrar ainda a tutela concedida ao referidos interesses, mas de um modo diverso: diretamente intervindo para a sua concretização, quando a primeira forma de tutela se tenha mostrado praticamente sem eficácia. A jurisdição, por conseguinte, não é execução da tutela: enquanto a legislação é tutela mediata de interesses, a jurisdição é tutela imediata”<sup>196</sup>.

No contexto da jurisdição penal, pensa-se na possibilidade da resolução de um conflito intersubjetivo de interesses<sup>197</sup>: por um lado, na intenção de o Estado punir ao *ius puniendi*; por outro, no direito de liberdade do cidadão. Esses dois interesses, na realidade, traduzem o conteúdo da causa penal, devendo se limitar à verificação da materialidade do fato típico, ilícito e culpável, à determinação da autoria respectiva e a incidência, ou não, àquele, de norma penal material incriminadora<sup>198</sup>.

O Poder Judiciário, precipuamente como função estatal exercida, enseja a caracterização da jurisdição pela aplicação do direito objetivo a um caso concreto. A jurisdição sendo una (princípio da unidade da jurisdição, não se significa dizer que um mesmo juiz possa processar e julgar todas as causas, razão pela qual motivos de ordem prática compulsam o Estado a distribuir esse poder de julgar

<sup>195</sup> *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva e Cia., 1943, v. 2, p. 11.

<sup>196</sup> *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millenium, 2000, p. 3.

<sup>197</sup> O interesse na preservação da liberdade individual é também um interesse público, vez que, interessa ao Estado, da mesma forma, que a condenação do culpado e a absolvição do inocente. O Estado, intermediado pelo processo penal, somente pode pretender a aplicação correta da lei penal. Mesmo que o imputado esteja de acordo com a imposição de pena, com o que não haveria qualquer resistência de sua parte ao pedido condenatório, ainda assim a defesa técnica será indispensável no processo penal, valendo lembrar ser inviável a aplicação de pena sem a existência de processo em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa. Costuma-se trabalhar no processo penal, com o que se convencionou chamar de pretensão punitiva, que vem a significar a pretensão condenatória de imposição da sanção penal ao autor do fato entendido como delituoso.

<sup>198</sup> TUCCI, Rogério Lauria, *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 51/52.

entre vários juízes e tribunais. Assim, cada órgão jurisdicional somente pode aplicar o direito objetivo dentro dos limites que lhe foram conferidos nessa distribuição. Referida distribuição, que autoriza e limita o exercício do poder de julgar no caso concreto, é a competência.

*Compreende-se a competência, por conseguinte, como a medida e o limite da jurisdição, dentro dos quais o órgão jurisdicional poderá aplicar o direito objetivo ao caso concreto.*

Sublinha Vicente Greco Filho, que a competência é “o poder de fazer atuar a jurisdição que tem um órgão jurisdicional diante de um caso concreto, Decorre esse poder de uma delimitação prévia, constitucional e legal, estabelecida segundo critérios de especialização da justiça, distribuição territorial e divisão de serviço. A exigência dessa distribuição decorre da evidente impossibilidade de um juiz único decidir toda a massa de lides existente no universo e, também, da necessidade de que as lides sejam decididas pelo órgão jurisdicional adequado, mais apto a melhor resolvê-las”<sup>199</sup>.

É nessa sede o entendimento de Gomes Canotilho ao definir a **competência** como o poder de ação e de atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos<sup>200</sup>.

A competência, segundo o autor, envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas *tarefas* bem como os *meios* de ação (“poderes”) necessários para a sua prossecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de atuação de uma unidade organizatória relativamente a outra<sup>201</sup>.

No contexto da competência há uma classificação tradicional, associada estritamente ao clássico princípio da separação dos poderes, princípio este que pressupõe apenas a existência de órgãos do poder político, aos quais são atribuídas competências cujo destino é a prossecução das tarefas de legislar, governar / administrar e julgar.

<sup>199</sup> GRECO FILHO, Vicente, *Manual de processo penal*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133.

<sup>200</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª Edição, Livraria Almedina, 1998, pp. 503 e ss..

<sup>201</sup> JORGE MIRANDA, *Funções, órgãos e actos do Estado*, 1990, pp. 62 e ss.; *Manual*, V, pp. 7 e ss.; M. REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do acto inconstitucional*, pp. 115 e ss..

As competências podem ter um fundamento constitucional – são as denominadas **competências constitucionais** – ou ser atribuídas por via da lei – **competências legais** além do que também existem competências administrativas, fixadas por regulamento<sup>202</sup>.

#### 4.3 – Princípio do juiz natural

O **princípio do juiz natural**, no âmbito do estudo dos princípios fundamentais do processo penal, é tido como o *princípio orientador do direito que cada cidadão tem de saber, previamente, a autoridade que irá processar e julgá-lo caso venha a praticar uma conduta definida como infração penal pelo ordenamento jurídico*.

Embora não conste expressamente da Constituição Federal o princípio do juiz natural, encontra-se, contudo, em dois incisos do art. 5º. O inc. XXXVII, do art. 5º da Magna Carta preceitua que *não haverá juízo ou tribunal de exceção*. Por outro lado e de modo complementar, dispõe o art. 5º, inc. LIII, da Constituição Federal, que *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*. Não são estes, todavia, os únicos dispositivos constitucionais que versam sobre o referido princípio.

Do art. 5º, inc. XXXVII da Constituição Federal extrai-se a vedação aos juízos ou tribunais de exceção. *Juízo ou tribunal de exceção é aquele juízo instituído após a prática do delito com o objetivo específico de julgá-lo*. Contrapõe-se, portanto, o juiz de exceção ao juiz natural, que integra o Judiciário e reveste-se de garantias que lhe permitem exercer suas prerrogativas com objetividade, imparcialidade e independência. Nesse sentido, o art. 101º, da Lei Fundamental Alemã, de 1949: 1. É vedada a instituição de tribunais de exceção. Ninguém pode ser subtraído ao seu juiz legal; Art. 25º da Constituição italiana de 1947: Ninguém pode ser subtraído ao juiz natural preconstituído por lei.

<sup>202</sup> No âmbito das competências são assinalados dois princípios: **princípio de indisponibilidade de competências** e **princípio da tipicidade de competências**. Estes princípios justificam a proibição da alteração das regras constitucionais de competência dos órgãos de soberania. Desenvolvidamente, PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, I, pp. 256 e ss..



No conteúdo do princípio do juiz natural vislumbra-se a proteção jurídica e as garantias processuais, ou, porque não, uma proteção jurídico-judiciário individual, como garantidores dos direitos através do direito, exigindo uma prévia e inequívoca consagração desses direitos, sobre o regime legal de acesso ao direito e aos tribunais.

No que se refere, ainda, às garantias de processo judicial, podem ser mencionados a garantia do processo equitativo, o próprio princípio do juiz natural, o princípio da audiência, o princípio de igualdade processual das partes, o princípio da conformação do processo segundo os direitos fundamentais, o princípio das fundamentações dos atos judiciais, o princípio da legalidade processual<sup>203</sup>.

Como não bastassem todos os princípios gerais do processo judicial, a Constituição estabelece e eleva à consagração princípios materialmente informadores (além de importantes) do processo penal, a exemplificar a garantia de audiência do acusado, a proibição de tribunais de exceção, a proibição da dupla incriminação, o princípio da notificação das decisões penais, o princípio do contraditório, o direito de escolher defensor e a assistência obrigatória do advogado em certas fases do processo penal, do princípio da excepcionalidade da prisão preventiva.

Expressadas garantias processo-judiciais “abrem imediatamente a via para um tribunal”, embora ele não decida qual a jurisdição concreta competente nem cria para o caso uma nova jurisdição<sup>204</sup>. O que quer significar que determinadas jurisdições existentes arvoram-se do dever de não declinar a competência para apreciar o “caso” carecedor de proteção jurídica. No que se refere à razoabilidade da competência residual da jurisdição ordinária colocam-se dúvidas, disse Betterman<sup>205</sup>, mas enquanto não existirem instrumentos processuais adequados para a defesa dos direitos, aos tribunais ordinários civis caberá a função, na falta

<sup>203</sup> El RStGB de 1871, siguiendo con ello el ejemplo del StGB prusiano de 1851, tomo el principio de legalidad (§ 2 I) del Code pénal de 1810 (art. 4), pero solo en la **Constitución de la república de Weimar** (WRV) se le concedió rango constitucional, aunque con una formulación distinta a la contenida en el § 2 I del StGB que produjo justificadas dudas sobre la extensión de la garantía constitucional (JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal – Parte General. Volumen Primero, sem data).

<sup>204</sup> GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª Edição, pp. 270 e ss..

<sup>205</sup> Em FONSECA, Guilherme, *A Constituição e a Defesa dos Administrados*, pp. 23 e ss.. Necessário, salientar, que o princípio do Estado de direito, pressupõe existência de *uma via* judiciária, reconhecendo, contudo, não a sua completa determinação que, em geral, só é definida nas leis de organização judiciária.

de lei, da incumbência constitucional de defesa dos direitos.

Da proibição aos juízos ou tribunais de exceção não se pode concluir que exista qualquer impedimento à criação de *justiças especializadas* ou de varas especializadas. Concernente a tais *justiças*, não se dá a criação de órgãos para julgar, de maneira excepcional, determinadas pessoas ou matérias. Acontece, sim, simples atribuição a órgãos jurisdicionais inseridos na estrutura judiciária fixada na Constituição de competência para o julgamento de matérias específicas, com a finalidade de uma melhor atuação da norma substancial.

Determinadas questões relacionadas ao princípio do juiz natural têm gerado grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência.

À luz do que fica exposto a despeito de posições doutrinárias em sentido diverso <sup>206</sup>, tem prevalecido na jurisprudência o entendimento de Ada Pellegrini Grinover de que a modificação da competência criminal, decorrente de lei que a altere em razão da matéria, não viola o princípio do juiz natural, visto que, na Constituição Federal, esse primado não tem o mesmo alcance daquele previsto em constituições de países estrangeiros, que exigem seja o julgamento realizado por juízo competente estabelecido em lei anterior aos fatos, tanto assim é que o inc. LIII do art. 5º da Carta Magna somente assegurou o processo e julgamento frente a autoridade competente, sem exigir deva o juízo ser pré-constituído ao delito a ser julgado.

#### **4.4 – O direito de acesso aos tribunais como garantia institucional**

A Constituição da República Portuguesa, dispõe em seu art. 20º, que é assegurado ao cidadão a *garantia institucional* da via judiciária, ou seja, de tribunais.

O disposto não esgota a questão referida aos tipos de tribunais, muito

<sup>206</sup> Ao tratar da modificação da competência, antes atribuída à justiça ordinária, e posteriormente transferida a tribunais especializados por dispositivos constitucionais, Ada Pellegrini Grinover (2000, p. 52) não vê como não estender a garantia do juiz natural à irretroatividade da competência constitucional, de modo que a fixação desta se poderia reger os casos futuros. Na mesma linha, Tourinho Filho, ao comentar a atribuição ao Júri dos crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis, ainda que usando armamento militar (Lei nº 9.299/1996), assevera que a competência da Justiça Militar, porque fixada *ante facto*, não podia ter sido deslocada para a Justiça Comum (*Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 70).

menos contém uma disciplina do denominado “direito constitucional judiciário”<sup>207</sup>.

No direito de acesso aos tribunais inclui-se o **direito de obter uma decisão fundada** no direito, não obstante numa dependência da observância de certos requisitos ou pressupostos processuais consagrados legalmente. Por essa razão, na sequência do direito de acesso aos tribunais, garantia da via judiciária, direito ao processo, direito a uma decisão fundada no direito, dimensões estas do direito de acesso, não são incompatíveis com a exigência de *pressupostos processuais*. Logo, o direito ao processo impõe: a) proibição de requisitos processuais julgados desnecessários ou desviados de um sentido consentâneo ao direito fundamental de acesso aos tribunais; b) exige a fixação prévia dos requisitos e pressupostos processuais dos recursos e ações; c) a *sanação* de irregularidades processuais a título de exigência do direito à tutela judicial.

#### 4.5 – Princípios garantidores do procedimento administrativo

Como dimensão insubstituível da administração do Estado de direito democrático, há exigência de um procedimento juridicamente adequado. Como garantias do procedimento administrativo justo mencionam-se, dentre outras: o direito de participação do particular nos procedimentos em que demonstra interesse (art. 267º/4), o princípio da imparcialidade da administração (art. 266º/2), o princípio da audiência jurídica (art. 269º/3), o princípio da informação (art. 268º/1), o princípio da fundamentação dos atos administrativos lesivos de posições jurídicas subjetivas (art. 268º/2), o princípio da conformação do procedimento segundo os direitos fundamentais (arts. 266º/1 e 267º/4), o princípio da boa fé (art. 266º/2, na redação do LC 1/97) e o princípio do arquivo aberto (art. 268º/2)<sup>208</sup>.

<sup>207</sup> O direito de acesso aos tribunais representa, inegavelmente, o *direito fundamental formal*, carecedor de densificação intermediado de outros direitos fundamentais materiais. A interação entre “direito de acesso aos tribunais” e, “direitos materiais” faz alusão a duas dimensões básicas de um esquema referencial: (1) os direitos e interesses do particular, determinam o próprio *fim* do direito do acesso aos tribunais, mas este por sua vez garante a *realização* daqueles direitos e interesses; (2) é através dos tribunais mas são eles os próprios “fornecedores” das medidas materiais de proteção. De tudo isso resultam dimensões inelimináveis do **núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária**. Há uma *conexão, portanto, da garantia institucional com o dever de uma garantia jurisprudencial*. Esse dever é resultado não apenas do texto da Constituição mas também de um princípio geral (“de direito”, das “nações civilizadas”).

<sup>208</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, pp. 301 ss., M. ESTEVES DE OLIVEIRA / P. COSTA GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIN, *Código de Procedimento Administrativo*, 2ª ed.,

Além destes princípios consagrados expressamente na Constituição Portuguesa, outros há previstos nas leis. Carecedores de referência os princípios consagrados no Código de Procedimento Administrativo: princípio da boa fé (CPA, arts. 6º e 60º), princípios da informalidade procedimental (CPA, arts. 10º, 84º, 86º), princípio da celeridade procedimental (CPA, art. 57º), princípio do inquisitório (CPA, art. 56º), princípio da participação e da colaboração (art. 8º), princípio da justiça (CPA, art. 6º).

Logo, o art. 20º da Constituição da República Portuguesa *abre imediatamente a via para um tribunal*. Verdaderamente fundamental no **princípio da abertura da via judiciária** é a sua conexão com a defesa dos direitos: reforça o *princípio da efetividade dos direitos fundamentais* criando óbices à sua inexecutabilidade ou eficácia por ausência de meios judiciais. Proteção jurídica esta que implica um controle das *questões de fato* e das *questões de direito* suscitadas no processo, possibilitando uma decisão material do litígio feita por um juiz em termos juridicamente vinculantes. Em “abrindo imediatamente a via para um tribunal”, o art. 20º referido expressa: é certo que ele não decide qual a jurisdição concreta competente nem cria para o caso uma nova jurisdição. Esclarece, portanto, que algumas das jurisdições existentes têm o dever de não declinar a competência para apreciar o “caso” carecido de proteção jurídica. Dúvidas aparecem quanto à razoabilidade da competência residual da jurisdição ordinária (“anacrônica e vivendo da tradição”, disse Betterman)<sup>209</sup>, porém enquanto a jurisdição administrativa não dispuser de instrumentos processuais adequados (como já salientamos anteriormente) para a defesa dos direitos (CRP, art. 268º/5, aos tribunais ordinários civis caberá na ausência de lei, incumbência constitucional de defesa dos direitos. A defesa dos direitos e o acesso aos tribunais não pode distanciar-se das várias dimensões reconhecidas pela constituição ao catálogo dos direitos fundamentais. O princípio da proteção jurídica fundamenta, assim, um alargamento da dimensão subjetiva, e constrói um alicerce, ao mesmo tempo, um *verdadeiro direito ou pretensão de defesa* das posições jurídicas ilegalmente

Coimbra, 1997, pp. 33 e ss., JOÃO LOUREIRO, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e Garantia dos Particulares*, Coimbra, 1995, pp. 201 e ss..

<sup>209</sup> FONSECA, Guilherme, *A Constituição e a Defesa dos Administrados*, pp. 23 e ss..

lesadas (art. 202º/2-“a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos”).

#### **4.6 – Lei processual modificadora de regras de competência**

Questiona-se acerca do princípio do juiz natural diz respeito à entrada em vigor de lei que altere a competência e sua conseqüente aplicação imediata aos processos em andamento.

Para jurisprudência, norma alteradora de competência tem natureza especificamente processual. Assim, aplica-se a ela o princípio da aplicação imediata, constante do art. 2º do CPP: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Pela regra ai plasmada do *tempus regit actum*, entrando em vigor uma norma processual penal, tem esta aplicação imediata, o que, no entanto, não significa dizer que os atos processuais anteriormente praticados sejam inválidos. Afinal, praticados foram de acordo com a lei vigente.

Em que pese o silêncio do Código de Processo Penal acerca do assunto, tem-se admitido a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, o qual dispõe sobre a *perpetuatio jurisdictionis* em seu art. 87: “determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorrida posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou *alterarem a competência em razão da matéria* ou da hierarquia”. Percebe-se, pois, que a regra é que a ação termine perante o juiz que começou, com exceção de três situações: a) extinção do órgão judiciário – é o que ocorreu com os extintos tribunais de alçada (EC nº 45/2004, art. 4º); b) alteração da competência em razão da matéria – é o que produziu a Lei nº 9.299/1996, ao suprimir da Justiça Militar a competência para processar e julgar homicídio doloso praticado por militar contra civil; c) alteração da competência hierárquica – imaginando-se cidadão processado perante juiz de 1ª instância que seja diplomado deputado federal, a competência passará automaticamente para o Supremo Tribunal Federal <sup>210</sup>.

<sup>210</sup> No sentido da possibilidade de aplicação subsidiária do art. 87 do Código de Processo Civil no processo penal: STF, RHC nº 83.008.

É, portanto, o princípio do júizo natural <sup>211</sup>, um dos princípios fundamentais do processo penal, instituído em prol de quem se acha submetido a um processo, impedindo o julgamento da causa por juiz ou tribunal cuja competência não esteja, previamente ao cometimento do fato delituoso, valendo, assim, pelo menos para a doutrina, a regra do *tempus criminis regit iudicem*.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos também prevê que toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, *por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei*, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (art. 8º, nº 1, do Dec. nº 678/1992). E o quadro não é outro ao lado do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral da ONU, em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, prevendo o referido princípio em seus arts. 9.3 e 14.

Como escreveu Frederico Marques, quando a Constituição afirma que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, consagra a garantia de que ninguém pode ser subtraído de seu Juiz Constitucional. Salientar, convém, que só se considera juiz natural ou autoridade competente, no Direito brasileiro, o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais. Logo, no sistema brasileiro, portanto, o juiz natural é equiparado à garantia de que ninguém pode ser subtraído de seu *juiz constitucional*, Vez que se considera juiz natural o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais, ou seja, somente é juiz natural o juiz constitucional <sup>212</sup>.

<sup>211</sup> Questões algumas relacionadas ao princípio do júizo natural, a exemplo da discussão em torno da aplicação imediata (ou não) da lei processual que modifica regras de competência, a convocação de juizes de 1º grau de jurisdição para substituição de desembargadores, e a criação de varas especializadas têm gerado grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Não nos cabe, aqui, adentrarmos, profundamente, no assunto visto que, em assim procedendo talvez desviássemos do tema sobre o crime organizado.

<sup>212</sup> *Juiz natural*, *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 46, p. 447 (citado por FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 128).

#### 4.7 – O juiz natural ou legal em Portugal

Parece-nos que a lei francesa de agosto de 1790, sobre organização judiciária, conferiu a origem histórica ao princípio do juiz natural, tendo como finalidade impedir a ingerência do rei nos assuntos judiciais, garantindo ao cidadão tribunais imparciais, e na sua formulação mais moderna a Constituição italiana de 1947 e a alemã de 1949<sup>213</sup>.

A tradição constitucional portuguesa, também acolheu o princípio do juiz natural, desde a Carta Constitucional de 1826<sup>214</sup>, e, no que se refere à proibição dos tribunais extraordinários, resultando agora do art. 211º, nº 4, pelo que se deve entender que a norma do art. 32º, nº 7, tem diferente alcance.

Os textos internacionais tratam também sobre direitos fundamentais, ora questionados.

Desde logo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece no seu art. 10º que *toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida os seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida*. Este princípio consagrou-se através da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que no seu art. 6º, nº 1, dispõe que qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei, o qual decidirá (...) sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. Por outro lado, também o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos dispõe no seu art. 14º, nº 1, que *todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, que*

<sup>213</sup> Art. 101º da Lei Fundamental Alemã, de 1949: 1. É vedada a instituição de tribunais de excepção. Ninguém pode ser subtraído ao seu juiz legal; Art. 25º da Constituição italiana de 1947: Ninguém pode ser subtraído ao juiz natural preconstituído por lei.

<sup>214</sup> Art. 145º, § 10º: A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Portugueses, tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Reino, pela maneira seguinte: § 10º: Ninguém será sentenciado senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ela prescrita.

*decidirá contra elas.*

O objetivo de todos estes textos resulta na preocupação de proibir os denominados tribunais especiais ou extraordinários <sup>215</sup>.

Um tribunal independente, imparcial e competente, estabelecido por lei, se constitui num pressuposto das normas do direito internacional.

Evidencia-se a doutrina italiana quando da interpretação do preceito constitucional português, visto que também, o art. 25º da Constituição refere o *juiz preconstituído por lei*.

Tendo em vista a complexidade no contexto jurídico a doutrina de jurisprudência italiana começaram a interpretar o preceito da sua constituição na tentativa de garantir, para além da proibição de tribunais extraordinários, a determinação do tribunal competente, com relação ao fato abstrato realizável no futuro e não *a posteriori*, através de um procedimento singular. Portanto, como assegura Marques da Silva <sup>216</sup>, esta orientação consagrava uma reserva absoluta da lei em matéria de competência jurisdicional, a qual devia ser estabelecida com anterioridade aos fatos que hão – de ser julgados.

O princípio do *juiz natural preconstituído por lei* vem a ser interpretado (corrente doutrinária) como sendo aquele que racionalmente é idôneo para garantir a objetividade e imparcialidade do julgamento. A *ratio* do art. 25º, nº 1, da Constituição italiana seria, portanto, garantidora da imparcialidade do juiz. Fixa-se a competência do juiz *na base de critérios gerais fixados previamente e não depois da prática do crime e em vista ao seu julgamento de modo a assegurar a sua efetiva imparcialidade* <sup>217</sup>.

Afigura-se-nos, pelo exposto, que em ordem a assegurar a imparcialidade dos juízes e tribunais, excluindo-se os instituídos *ad hoc*, *ad casum* e *suspectus*, o que essencialmente importa não é a competência individualizada de um determinado tribunal para o caso concreto, proibindo-se que a causa venha a ser submetida a tribunais diferentes dos que para ela eram competentes ao tempo da

<sup>215</sup> Comissão Internacional de Juristas, *Le Principe de la Légalité dans une Société Libre*, 1959, p. 270.

<sup>216</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, 3ª ed., 1995, pp. 52 e ss..

<sup>217</sup> CORDERO, F., *Procedura Penale*, 9ª ed., 1987, pp. 256 e ss., DELFINO SIRACUSANO, *Manuale di Diritto Processuale Penale*, 1, pp. 100 e ss..



prática do fato que constitui o objeto do processo, mas apenas que em razão daquela causa, ou de categoria de causa a que ela pertence, sejam criados *post factum* juízos de exceção, ou a definição individual da competência, ou do desaforamento discricionário de uma certa causa, ou por qualquer outra forma discriminatória que ponha em perigo o direito dos cidadãos a uma justiça penal *independente e imparcial*<sup>218</sup>.

#### 4.8 – Princípio acusatório

A presença de duas partes distintas, contrapondo-se, constitui-se na característica do princípio acusatório: acusação de defesa em posições de igualdade, e a ambas se sobrepondo um juiz, de modo imparcial e equidistante. Há, portanto, uma separação das funções de acusar, defender e julgar<sup>219</sup>. O processo caracteriza-se, portanto, como *legítimo actum trium personarum*.

A doutrina usa a expressão princípio do acusatório com o significado das funções em processo penal: quem julga, não é o mesmo órgão que pronuncia ou acusa, nem o mesmo que investiga.

Como o princípio arquitetônico do “direito constitucional aplicado”, assim caracterizado no Processo Penal por H. Henkel<sup>220</sup>, a separação de funções ou o princípio acusatório quer “significar que só se pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento”.

Consoante afirmação de Gomes Canotilho e Vital Moreira, a terminologia – *estrutura acusatória* há de ser entendida em duas dimensões: a *dimensão material* (fases do processo) e a *dimensão orgânico-subjetiva* (entidades competentes)<sup>221</sup>.

<sup>218</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “Anotação ao Acórdão do STJ de 2 de Março de 1976” in *RLJ*, ano 111º, nº 3616, 15.07.78, p. 87.

<sup>219</sup> A terminologia usada (princípio de separação de funções) é de origem francesa. Nesse sentido: LARGUIER, Jean, *La Procédure Pénale*, Press Universitaires de France, 1976, p. 16.

<sup>220</sup> HENKEL, H., *Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch* (2. Aufl.), Stuttgart, 1968.

<sup>221</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, 3ª Ed., Coimbra Editora, 1995, p. 206.

Na *dimensão material* a estrutura acusatória do processo pressupõe a “distinção entre instrução, acusação e julgamento”<sup>222</sup>, prescrevendo a existência de fases processuais distintas. Salientar, faz-se necessário, que na *dimensão orgânico – subjetiva* pressupõe-se – a (diferenciação) entre juiz em instrução (órgão de instrução) e juiz julgador (órgão julgador) e entre ambos o órgão acusador<sup>223</sup> dando a entender que a cada função orgânica cabe um órgão próprio, independente, imparcial, isento e limitado pela lei.

No contexto histórico, o princípio acusatório apresenta-se caracterizado pela oralidade e pela publicidade, nele se aplicando o princípio da presunção de inocência. Sob tal premissa, a regra era que o acusado permanecesse sob liberdade, solto, durante a tramitação processual. Não obstante, em várias fases do Direito Romano, o sistema acusatório foi escrito e sigiloso<sup>224</sup>.

A Constituição brasileira, em seu art. 5º, LV, dispõe que: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes – Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa<sup>225</sup>.

O princípio do devido processo legal, foi incorporado pela Constituição Federal de 1988, que remonta à Magna Charta Libertatum, de 1215, de importância notável nos direitos inglês e norte-americano. Igualmente, no art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem assegura que:

<sup>222</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição ... idem.

<sup>223</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição ... idem.

<sup>224</sup> LIMA, Renato Brasileiro de, *Manual de Processo Penal*, atualizado de acordo com a Lei 12.403/11, vol. I, 2011, p. 5.

<sup>225</sup> Os **princípios** são entendidos como normas que exigem a realização de algo, conforme as possibilidades fácticas e jurídicas e da melhor forma possível. Faz-se salientar que, os princípios não proibem, pelo contrário, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, considerando-se a “reserva do possível”, fáctica ou jurídica. Exemplificamos com o art. 5º, XIII, da Constituição Federal e com o art. 47º da Constituição da República Portuguesa. A Constituição Federal dispõe que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendida as qualificações profissionais que a lei estabelecer, enquanto que a Constituição da República Portuguesa garante a liberdade de escolha de profissão “salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”, que, na realidade, ambas as constituições denotam a igualdade dos seus propósitos. Gomes Canotilho assinala que a liberdade de escolha não se impõe em termos absolutos, dependendo de condições fácticas ou jurídicas, dando como exemplo através de um jovem deficiente visual que pode ter acesso à Universidade para obter a licenciatura em direito, mas pode já existir a “não possibilidade” em virtude da sua deficiência física de acesso ao curso de medicina. GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional* 3ª Edição, Almedina, 1988, p. 1177.

“Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

A Constituição atual projeta-se em posições contrárias às antigas Cartas, quando se referiu expressamente ao devido processo legal, além de, explicitamente, fazer referência à privação de bens como matéria a beneficiar-se também dos princípios próprios do processo penal.

Configura o devido processo legal dupla proteção ao cidadão, no contexto material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado – persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Na complexidade da experiência jurídica do processo tipo acusatório vislumbra-se uma espécie de duelo judiciário entre a acusação e a defesa, disciplinado por um terceiro, o juiz ou tribunal, que, prevalecendo-se de uma posição de supremacia e de independência relativamente ao acusador e ao acusado, não pode promover o processo (*ne procedat iudex ex officio*), nem condenar para além da acusação (*sententia debet esse conformis libelo*).

No que fica dito, o réu tem sua ampla defesa assegurada nas condições que possibilitem ao mesmo trazer para o processo todos os elementos colaboradores com o esclarecimento da verdade ou mesmo de ficar calado, caso entenda necessário <sup>226</sup>, enquanto que o contraditório faz-se representar pela exteriorização da ampla defesa, cabendo à outra parte o mesmo direito – opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que achar mais consentânea, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pelo autor.

<sup>226</sup> Nas mais recentes reformas do processo penal destaca-se o crescimento das garantias de defesa do argüido, sendo reconhecida sua situação de sujeito processual no decorrer de toda tramitação processual para assegurar, para garantir a mais ampla contrariedade. É nessa questão, que constantemente se identifica o processo de natureza acusatória com o *processo democrático*, visto que seria esta estrutura processual a quem melhor realizaria a garantia dos direitos fundamentais do argüido e possibilitaria uma defesa eficaz. BETTIOL, G., *Instituições do Direito e Processo Penal*, tradução de Manuel da Costa Andrade, Coimbra, 1974, p. 211.

No seu turno, no sistema acusatório, compete às partes a gestão das provas, cabendo ao juiz – salvaguardar conferindo direitos e liberdades fundamentais – no papel de garante das regras processuais, objetivando a preservação da sua imparcialidade, embora que se admita que o juiz, em caráter excepcional, tenha poderes instrutórios, iniciativa esta que deve ser possível apenas no curso do processo, como atividade subsidiária da atuação das partes.

#### 4.8.1 – Princípio inquisitório

No *princípio inquisitório* o juiz, sem necessidade de acusação, intervém *ex officio*, investiga (oficiosamente) com ampla liberdade na colheita das provas, e, com fundamento nas provas por si conseguidas, o juiz pronuncia e julga. O suspeito, frente ao juiz, não tem direito, visto ser ele (juiz) o *dominus* do processo. O processo é *totalmente escrito*, decorre em *segredo*, *sem contraditório*, sendo o acusado, em geral, privado da liberdade durante a tramitação processual, designadamente quando se trata de crimes mais graves.

Numa cuidadosa observação crítica, o ponto marcante do sistema inquisitório é que o acusado, praticamente, não desfruta de direitos, sujeita-se ao poder do juiz, que, ao mesmo tempo, é o acusador, perdendo a independência necessária a um julgamento imparcial.

Para além do que resulta da moderna doutrina juspublicística referente às estruturas de procedimento do processo, justifica-se em termos no âmbito da teoria e da prática: (1) só se consegue assegurar um *status actius processualis* aos cidadãos através de garantias efetivas e de realização de proteção dos direitos fundamentais, opina Häberle<sup>227</sup>; (2) a previsão de procedimentos constitucionais *a priori* tendentes a evitar a tomada de decisões inconstitucionais, ilegais ou injustas, cumpre uma exigência fundamental do princípio do estado de direito: a idéia de garantia através de um “procedimento devido” ou “ajustado”,

<sup>227</sup> HÄBERLE, P., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1978, pp. 59 e ss., ao qual é atribuído o desenvolvimento da idéia de um *status actius processualis*, “a pedra de toque” para a concretização e realização dos direitos fundamentais, bem como a demonstração do direito constitucional.

surgindo, então, a Teoria constitucional do procedimento no sentido de sua primariedade. (Não nos aprofundaremos na questão da teoria constitucional do procedimento, faremos apenas algumas referências para esclarecimentos doutrinários).

Não se trata, no direito constitucional de um fenômeno novo. Segundo Luhmann <sup>228</sup>, a “legitimação segundo o procedimento” de há muito era um princípio básico do exercício dos poderes públicos, salientando-se, pelo seu valor, o *procedimento legislativo*, ou seja, o conjunto de regras jurídicas (constitucional e regimentalmente definidas) disciplinadoras da atividade legiferante. Hoje, a procedimentalização é idéia corrente no que se refere à função administrativa, devendo a atividade administrativa estar sujeita a um procedimento que, sem aniquilar a eficiência da atividade administrativa, assegure a proteção jurídica aos administrados (procedimento administrativo).

O especificamente novo, na moderna Teoria do procedimento é a acentuação da imprescindibilidade, no direito constitucional e na Teoria da Constituição, de uma adequada dimensão procedimental, afirma Gomes Canotilho <sup>229</sup>, implicando a transformação da lei constitucional em *law in public action*, ou seja, o processo de realização das normas constitucionais mostra a necessidade de se “trazer para a rua” a própria constituição, assim se expressa Häberle <sup>230</sup>.

O sistema acusatório acolhido pela constituição de 1988 (art. 129, inc. I) outorgou ao Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente início mediante a provocação de qualquer pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), e, embora não retire do juiz o poder de gerenciar o processo através do exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das

<sup>228</sup> LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, Berlin, 1969, pp. 24 e ss., salientou com ênfase ser a existência de um procedimento juridicamente regulado o mais importante elemento de legitimação do poder.

<sup>229</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 1998, p. 900.

<sup>230</sup> HÄBERLE, P., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1978, pp. 59 e ss..

partes. Compete ao magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público.

Sem dificuldades, vislumbra-se, assim, que o que estabelece a diferença entre o sistema inquisitorial e o acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a *gestão da prova* <sup>231</sup>. A posição de igualdade dos sujeitos é refletida pelo modelo acusatório, cabendo, em conseqüência, às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais <sup>232</sup>. Portanto, como não bastassem as funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é o que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova <sup>233</sup>.

<sup>231</sup> Na perspectiva histórica dos direitos do indivíduo, BOBBIO, Norberto, *A era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 4, ensina que os direitos do homem ganham relevo quando se transfere do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os coloca em contato.

<sup>232</sup> Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm colocar em destaque a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que um certo número de direitos preexistentes ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda a característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos. Diz o autor que “a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica de formação do Estado / cidadão ou soberano / súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (...) no início da idade moderna”. Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo destaque na sociedade quando se investe a tradicional relação entre Estado e indivíduo e reconheça que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos. Nesse plano avulta o que a doutrina constitucional trata como a *dupla natureza* ou *dupla dimensão* dos direitos fundamentais. Assim, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 432 e ss., e 518 e ss., VIEIRA ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, pp. 143 e ss., AMELUNG, *Die Einwilligung*, pp. 21 e ss., LUHMANN, *Grundrechte*, pp. 12 e ss., nesse plano avulta Luhmann, segundo o mesmo os direitos fundamentais emergem, além do mais, como *valores ou fins – instituições*, COSTA ANDRADE, “Oportunidade e Consenso”, pp. 332 e ss.. No processo penal o princípio da ampla defesa e o do contraditório têm, por várias razões óbvias, aplicação significativa e analítica. Sabe-se que não só não pode haver condenação sem defesa, como também que, na falta de defensor do réu, defensor dativo deve ser designado para o patrocínio da causa (art. 263 do Código de Processo Penal). A doutrina constitucional de há muito vem enfatizando que o direito de defesa não se resume a um mero direito de manifestação do processo. O que o constituinte pretende garantir – como anota PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição Federal de 1967 com a emenda nº 1, de 1969, 3ª ed.*, Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. 5, p. 234) – é uma *pretensão à tutela jurídica*. Enquanto o clássico JOÃO BARBALHO, nos seus *Comentários à Constituição de 1891*, asseverava que “com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente inadmissíveis os processo secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado de permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas”. Como enfatiza FIGUEIREDO DIAS, a “Nova Constituição e processo penal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36º, nº 1, p. 103.

<sup>233</sup> DUARTE NAZARETH, Francisco J., *Elementos do Processo Criminal*, 5ª ed., Coimbra, 1870, VIII: “O sistema acusatório é sem dúvida o primitivo e mais antigo. Suas regras simples e expeditas convinhavam a uma

No âmbito do princípio acusatório, o Código de Processo Penal não consagra, porém, uma estrutura acusatória pura, o que podemos exemplificar com a proclamada *igualdade de armas* entre a acusação e a defesa só se realiza na fase de instrução formal e na de julgamento, porém já não na fase do *inquérito*.

Ainda referente ao princípio acusatório, destaca-se outra limitação que resulta da possibilidade de aplicação ao acusado de medidas coercitivas da liberdade com fundamento exclusivo nas provas recolhidas pela acusação. Indiscute-se que, na verdade, no caso em epígrafe, é negada a igualdade, pois que o acusado vai ficar sujeito a medidas privativas ou restritivas da sua liberdade com base nas provas recolhidas exclusivamente pela acusação sem que tenha oportunidade de as ilidir antes de lhes sofrer os efeitos.

Marques da Silva faz uma ressalva quando diz que, embora o art. 194º do Código de Processo Penal Português dispunha que a aplicação de medidas de coacção é precedida, sempre que possível e conveniente, da audição do argüido, estando o processo em segredo de justiça é na prática impossível ou muito difícil uma defesa eficaz. Sem conhecer as provas recolhidas, continua o autor o argüido não pode defender-se eficazmente <sup>234</sup>.

#### **4.8.2 – Sistema misto ou francês**

Tendo em vista as modificações de origem napoleônica responsáveis pela alteração do sistema inquisitorial, gerou-se o denominado *sistema misto*, o qual nada mais representa do que um sistema novo, funcionando, portanto, à semelhança de uma fusão dos dois modelos anteriores (acusatório e inquisitorial), que surge com o *Code d' Instruction Criminelle*, de 1808. Daí, porque, sua denominação – sistema francês.

Por que, então, é chamado de sistema misto? Porque o processo se desdobra em duas fases distintas: Inquisitorial é a primeira fase, com instrução

---

ordem social em que as relações dos membros da sociedade eram fáceis e em que os poderes públicos tinham uma autoridade limitada”.

<sup>234</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, 3ª Edição, Lisboa / São Paulo, 1996, p. 59.

escrita e secreta, sem acusação e por isso, sem contraditório, na qual se pretende apurar a materialidade e autoria do fato delituoso <sup>235</sup>.

Na fase segunda, de manifestação acusatória, o órgão acusador apresenta a acusação, enquanto o réu se defende e o juiz julga, vigorando em regra, a publicidade <sup>236</sup> e a oralidade <sup>237</sup>. É, o princípio da publicidade a garantia do acesso de todo e qualquer cidadão aos atos praticados no curso do processo revelando uma clara postura de significado democrático, tendo como finalidade precípua assegurar a transparência da atividade jurisdicional, oportunidade de

<sup>235</sup> Pertinente ao sistema misto ou francês diz-se que a conduta formalmente típica, praticada pelo sujeito, deve mostrar-se **socialmente danosa** ou seja **materialmente antijurídica**. Enfatiza Giuliano Crifú, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1968, v. VIII, voce “Llecito (Diritto Vigente)”, p. 164. A despeito do resultado jurídico ou normativo da conduta (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado), a doutrina estabelece a distinção entre a ilicitude meramente formal e a material. Acerca do sentido formal, a ilicitude ou antijuricidade significa, como a exemplificar lembra - Heinrich Jescheck (*Tratado de Derecho Penal – Parte General*, 4ª ed., Granada, Editorial Comares, 1993, p. 210), “um comportamento contrário ao dever de atuar ou de se abster, estabelecido em norma jurídica”. Essa concepção, como afirma Santiago Mir Puig (*Derecho Penal – Parte General*, 3ª ed., Barcelona, PPU, 1990, pp. 135-136), não responde à questão do *porquê* ser este ou aquele fato contrário ao Direito. Em resposta a essa indagação, surge o conceito de antijuricidade ou ilicitude *material*, ou seja, o próprio *conteúdo* do injusto. E para se verificar e avaliar se determinada conduta é *materialmente* ilícita, deve-se ter em conta a sua danosidade social, efetivamente pondo em risco ou lesionando determinado bem jurídico. A exigência de que existe um bem jurídico ofendido ou ameaçado por uma conduta contrária ao Direito, e reprovável, para que o Direito Penal possua legitimidade, é fundamental em um Estado Democrático de Direito à medida que *impõe limites* ao Direito Penal. A concepção de bem jurídico consolidou-se no movimento iluminista, quando Feuerbach lutou contra um Direito Penal voltado a impor regras morais, como infração de uma norma ética ou divina, afirmando que “a conduta humana somente pode ser um injusto punível se lesiona um bem jurídico” (Winfried Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 36-38), criticando-se, por exemplo, a antiga incriminação na Alemanha, do homossexualismo. Na antiga e genial concepção de J. M. Birnbaum – que foi o primeiro a escrever em 1834, trabalho intitulado *Sobre a necessidade de uma lesão jurídica para o conceito de delito* – “se se considera o delito como lesão, este conceito deve ser referido por *natureza*, não a um direito, mas a um bem”, tendo Franz von Liszt complementado: “Birnbaum tinha razão (...). Os direitos não podem ser lesionados porque não são reais. O que se lesiona são interesses, é dizer, bem”. (*Tratado de Derecho Penal*, 20ª ed., trad. por Luís Jimenez de Asúa, Madridd, Reus, 1927, t. I, p. 10). Germinou, assim, a *Teoria do bem jurídico* com o entendimento de que ele (bem jurídico) não pode ser confundido com a própria lei que o protege. A Teoria do bem jurídico encontra-se umbilicalmente atrelada ao chamado “princípio do dano”, conhecido dos romanos como a máxima *nullum crimen sine iniuria*, ou do harm principle dos ingleses, que desde 1859 já era tratado por Stuart Mill em sua obra *On Liberty*, citado por Andrew von Hirsch, “El concepto de bien juridico e el principio del dano”, *La Teoría del Bien Jurídico*, org. por Roland Hefendehl, Madrid, 2007, p. 39.

<sup>236</sup> Como uma conquista do pensamento liberal, justifica-se de forma eminentemente política, o princípio da publicidade, como instrumento de garantia contra as possíveis manipulações da justiça de gabinete. É, portanto, um meio de controle da justiça pela sociedade e funciona como instrumento de fortalecimento da confiança do povo nos tribunais. É esse o entendimento de Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, Lisboa/São Paulo, Editorial VERBO, 3ª Edição, 1996, p. 80.

<sup>237</sup> O princípio da oralidade quer, no essencial, significar que só as provas produzidas ou discutidas oralmente na audiência de julgamento podem servir de fundamento à decisão. Embora que até ao século XIX o processo era essencialmente escrito. A necessidade de assegurar e permitir a imediação das provas conduzia à consagração da oralidade. Logo, a publicidade do processo implica a oralidade para que o público possa acompanhar a prática dos atos processuais em que há – de assentar a decisão jurisdicional. Por outro viés, a oralidade também favorece a descoberta da verdade. Através do dialogo e da reação *sem se ruborizar* (Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, Lisboa/São Paulo, Editorial VERBO, 3ª Edição, 1996, p. 82).



fiscalização não apenas pelas partes, como por toda a comunidade. Salientar é carecedor que, de modo geral, os processos secretos são típicos de estados autoritários <sup>238</sup>.

Ao entrar em vigor o Código de Processo Penal brasileiro, havia prevalência de entendimento de que o sistema nele previsto era misto. Era inquisitorial a fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, mas uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Contudo, com o advento da Constituição Federal, que prevê a separação das funções de acusar, defender e julgar, de forma expressa, estando assegurado o *contraditório* e a *ampla defesa*, além do *princípio da presunção de não culpabilidade*. Logo, diante estamos de um sistema acusatório.

Obviamente, não é de um sistema acusatório puro que se trata. Lembrar, convém que, o Código de Processo Penal inspira-se no modelo fascista italiano. Daí porque, imperioso se faz que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional, vez que não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal.

#### **4.8.3 – Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade**

Embora já tenhamos abordado a cerca do princípio da presunção de inocência no Capítulo 6, nº 4, não nos furtaremos de, mais uma vez, penetrarmos no mesmo tema, contudo numa citação, por nós entendida como essencial, sobre a argumentação que assenta num paradigma pelo afrontamento, ainda hoje, às liberdades fundamentais do indivíduo.

Em havendo dúvida acerca se o cidadão encontra-se em estado de culpabilidade ou não, esse direito de não ser declarado culpado foi acolhido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

<sup>238</sup> “A publicidade dos atos processuais insere-se em um campo mais amplo da transparência da atuação dos poderes públicos em geral. É uma decorrência do princípio democrático. Este não pode conviver com o sigilo, o segredo, o confinamento a quatro portas, a falta de divulgação, porque por este caminho, da sonegação de dados à coletividade, impede-se o exercício importante de um direito do cidadão em um Estado governado pelo povo, qual seja: o de controle. Não há dúvidas, portanto, de que a publicidade dos atos, e especificamente dos atos jurisdicionais, atenda ao interesse das partes e ao interesse público. Protege o magistrado contra insinuações e maledicências; da mesma forma que protege as partes contra um possível arbítrio ou prepotência. E confere à coletividade, de modo geral, a possibilidade de controle sobre atos que são praticados com a força própria do Estado”. (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ivens Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Editora Saraiva, 1989, v. 2, p. 285).

Uma primeira aproximação analítica permitir-nos-á colocar em evidência os passos mais decisivos na distinção entre regras de direito e princípios jurídicos. Estes não se apresentam como *imperativos*, *mandatos* definitivos nem *ordenações de vigência* diretamente emanados do legislador, antes apenas enunciam *motivos* para que o seu aplicador se decida neste ou naquele sentido.

Será assim, pelo menos, com relação aos princípios processuais penais, no contexto nos quais abordaremos sobre o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, o qual se consubstancia no direito de não ser declarado culpado senão em virtude de sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal (*due process of law*), no qual o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova concernentes com sua defesa (*ampla defesa*) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (*contraditório*)<sup>239</sup>.

Em razão disso, apontam-se constitucionalmente três exigências decorrentes da previsão da presunção de inocência:

- 1) O ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertence com exclusividade à acusação<sup>240</sup>, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa, de provas referentes a fatos negativos (*provas diabólicas*);
- 2) Necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa<sup>241</sup>;

<sup>239</sup> Jurisprudência citada nos comentários ao inciso LVII (princípio da presunção de inocência). Tutela constitucional da liberdade física: Supremo Tribunal Federal – “A Carta de 1988 jungiu a perda da liberdade a certos pressupostos, revelando, assim, que esta se constitui em verdadeira exceção. Indispensável para que ocorra é que se faça presente situação enquadrável no disposto no inciso LXI do rol das garantias constitucionais, devendo, se possuidora de contornos preventivos, residir em elementos concretos que sejam passíveis de exame e, portanto, enquadráveis no art. 312 do Código de Processo Penal (STF – 2ª T. – HC nº 71.361/RS – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 de setembro de 1994, p. 25.330).

<sup>240</sup> *Onus probandi*. É o ônus ou o *encargo da prova*. Sem fugir, pois, ao sentido literal do vocábulo (*ônus*), exprime a locução: a *obrigação de provar*. Neste particular, está certo e afirmado o princípio, de que, a obrigação de provar cabe a quem alega ou diz: *onus probandi incumbit ei qui dicit*. E, daí, se gera o provérbio: *Actor probat actionem, reus exceptionem*. Exemplificando: se afirma o réu *não devo*, porque paguei, *deve provar o pagamento*. Na exceção, o réu é o autor: *reus in exceptionem fit actor*. Daí lhe pesar o ônus da prova, para mostrá-la. Assim, afirma-se o princípio aludido de que o ônus da prova cabe sempre ao litigante que alega, seja para afirmar direito ou seja para contestá-lo, em defesa ou oposição à pretensão do adversário (Plácido e SILVA, *Vocabulário Jurídico*, vol. III, 1975, p. 1094).

<sup>241</sup> FARIA, J. Ribeiro de, “Prova”, in *Polis*, vol. IV, col. 1687; FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, I, 1986, p. 203, segundo os mesmos, a aplicação do Direito depende da existência ou verificação dos fatos. Por outro viés, segundo J. Baptista MACHADO, a norma jurídica é constituída por uma *previsão* e por uma *estatução* (*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 79).

3) Absoluta independência funcional do magistrado na valorização livre das provas.

Ressalta-se que a interligação entre os princípios da presunção de inocência, juiz natural (juiz legal), devido processo legal, ampla defesa e contraditório é, portanto, incita ao Estado democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma sequencia de atos processuais, atualizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-ão obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência<sup>242</sup>.

O princípio de presunção de inocência, como os demais princípios, no campo de aplicação dos mesmos, consoante a maioria, não se faz carecedora a formulação de regras de colisão, vez que essas espécies normativas – por sua própria natureza, finalidade e formulação – apresentam uma conotação de não se prestarem a provocar conflitos, gerando apenas momentâneos estados de tensão ou de *mal-estar hermenêutico*, que o operador jurídico verifica serem passageiros e absolutamente superáveis no curso do processo de aplicação do Direito. Daí, porque, na perspectiva de Humberto Ávila, a própria idéia de “conflito” deve ser repensada, pois o conteúdo normativo de um princípio “depende” da complementação (positiva) e limitação (negativa) oriundas do entrelaçamento dialético que mantém com outros princípios, parece inconcebível a ocorrência de efetivas “colisões” recíprocas. Continua o autor, tratar-se-ia de um conflito aparente e não uniforme, já que a idéia de conflito pressupõe a identidade de hipóteses e campos materiais de aplicação entre as normas eventualmente contrapostas, o que no caso dos princípios está *previamente* afastado pois eles são definidos justamente em função de não terem uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica abstratamente determinada. Assim, conclui Humberto Ávila, “o problema que surge na aplicação dos princípios reside muito mais em

<sup>242</sup> MORAES, Alexandre de, Constituição do Brasil Interpretada – Legislação Constitucional, 6º Edição. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2006, pp. 393 e ss..

saber qual deles será aplicado e qual a relação que mantém entre si <sup>243</sup>”.

Na polêmica em torno da distinção entre princípios e regras de direito, avultam, dentre outros Dworkin, Alexy, Bydlinski, Dreier, Wiederin e outros <sup>244</sup>: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios reside em que os *princípios* são normas ordenatórias de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandatos de otimização*, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mais também das possibilidades jurídicas. O âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As *regras*, ao contrário, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Por conseguinte, as regras contêm *determinações* no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isto quer significar que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou um princípio” <sup>245</sup>.

O princípio da presunção de inocência cria óbices para qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, ou seja, a restrição à liberdade do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória só deve ser admitida a título de medida cautelar, e desde que presentes seus pressupostos legais.

<sup>243</sup> Os princípios jurídicos, diferentemente das regras de direito, não se apresentam como *imperativos categóricos, mandados definitivos nem ordenações de vigência emanados numa ordem direta do legislador, antes apenas enunciam motivos* para que o seu aplicador se decida neste ou naquele sentido. Ou melhor explicando, enquanto em relação às regras e sob determinada concepção de justiça, de resto integrada na *consciência jurídica* geral, bem avulta KARL LARENZ (*Metodologia da ciência do direito*, pp. 272-274), o legislador *desde logo* e com exclusividade define os respectivos *suposto e disposição*, isto é, cada hipótese de incidência e a respectiva conseqüência jurídica, já no que se refere aos princípios jurídicos, daí o seu caráter não *conclusivo*, anota Herbert L. A. HART; *O conceito de direito*, 2. ed., tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pp. 322-323. Por isso, lembrando Karl Larenz, diríamos que, em si mesmos, os princípios, não são – ou *ainda* não são – regras suscetíveis de aplicação direta e imediata, mas apenas *pontos de partida* ou pensamentos diretores, que sinalizam – ai se detém o legislador – para a norma ser descoberta ou formulada por quem irá aplicá-la conforme as exigências do caso. In *Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica*, tradução de Luis Díez, Madrid. Civitas, 1993, p. 33.

<sup>244</sup> DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, p. 53; ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 72; BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1982, pp. 132 e ss.; DREIER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, 1986, p. 26; WIEDERIN, “Regel-Prinzip-Norm”, in PAULSON/WALTER (org.), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, 1986, pp. 137 e ss..

<sup>245</sup> *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 86 e ss..

No direito comparado, em Portugal, consagra-se o princípio de presunção de inocência do arguido no art. 32, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, firmando-se no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que constituem os elementos essenciais da democracia vez que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade<sup>246</sup>.

Transcrevemos, aqui, a oração jurídica proferida pelo Min. Antônio Cezar Peluso – *Uma palavra aos novos Juízes* – “A força do judiciário é a força da própria sociedade civil, da qual é intérprete. Se a mesma sociedade se alia, por ação ou omissão, aplauso ou indiferença, inadvertidos, a violência contra a Magistratura, não perde esta mas aquela. Só é forte o Judiciário, se a consciência ética e política do povo em nome do qual atua, o sustenta nas decisões e acredite, com firmeza, que sua salvação histórica só pode dar-se dentro da lei e do acordo com os princípios de sua revelação independente”<sup>247</sup>.

Quando de suas origens, o princípio teve sobretudo o valor de reação contra os abusos do passado e o significado jurídico negativo de não presunção de culpa. No presente, no entanto, quer nos textos constitucionais, quer nos documentos internacionais, ainda significando reações aos abusos de outrora mais ou menos próxima, em sua afirmação como princípios, representa designadamente um ato de fé, no valor ético da pessoa, característico da liberdade de toda sociedade<sup>248</sup>.

Dentre outras conseqüências, do princípio da presunção de inocência resulta inadmissível, de qualquer espécie, a culpabilidade *por associação ou coletiva* e que caiba o direito a todo acusado de exigir provas da sua culpabilidade no seu caso particular; a estreita legalidade, subsidiariedade e excepcionalidade da prisão preventiva; a informação ao acusado, em tempo útil, de todas as provas contra ele reunidas a fim de que possa preparar de modo eficaz a sua defesa e o dever do Ministério Público de apresentar em Tribunal todas as provas de que disponha, favoráveis ou desfavoráveis à acusação; a estrita legalidade das atribuições da polícia e do Ministério Público como também das entidades

<sup>246</sup> FERREIRA GOMES, António, “A Sociedade e o Trabalho: Democracia, Sindicalismo, Justiça e Paz”, in *Direito e Justiça*, v. I, nº 1, 1980, p. 7.

<sup>247</sup> PELUSO, Antônio Cezar, *Uma palavra aos novos Juízes*. Ribeirão Preto: Apamagis, 1994.

<sup>248</sup> A. Castanheira NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, p. 26.

guardadoras dos detidos e presos, etc..

#### 4.8.4 – Princípio da investigação

O princípio da investigação, conforme Plácido e Silva, mostra-se como um *procedimento*, constituído por vários atos, os quais, quando manifestados por escrito, compõem verdadeiro processo. Assim, a investigação se efetiva por meio de inquirições, diligências, perícias, exames e vários outros meios, que se mostram necessários para o cumprimento de sua finalidade.

Em muitos casos, a investigação se mostra no aspecto de uma *devassa*, designadamente quando tem por objetivo a elucidação de um crime e a descoberta do criminoso ou da pessoa indigitada como tal.

A investigação criminal propriamente dita entende-se o processo ou sumário em que se procure elucidar sobre o crime e o criminoso<sup>249</sup>.

Em outras palavras, embora com o mesmo sentido, o princípio da investigação consiste no *poder – dever* que o tribunal incumbe de esclarecer que instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa, o fato sujeito a julgamento, criando aquele mesmo as bases necessárias à sua decisão<sup>250</sup>.

Avulta Figueiredo Dias que a acusatoriedade do processo penal seria “temperada” com o princípio da investigação judicial<sup>251</sup>.

Pensamos e, seguindo a opinião de Jorge de Figueiredo Dias, o princípio de investigação acolhe o devido processo legal, do qual fazem parte os princípios processuais e constitucionais, como um todo. Logo, a submissão de um indivíduo a jurisdição penal do Estado põe em destaque a relação conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do *jus libertatis* titularizado pelo réu.

<sup>249</sup> PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, v. II, p. 864.

<sup>250</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, pp. 148-191 e ss..

<sup>251</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual...*, pp. 148-191 e ss..

A persecução penal conduz-se, enquanto atividade juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado.

Outrossim, o princípio do Juiz Natural, associa-se ou “tempera” o princípio da investigação em defesa do acusado. Logo, o princípio do Juiz Natural ou “o princípio da naturalidade do júzo” – traduz significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente em base democrática – atua como fator de limitação dos poderes persecutórios do Estado e representa importante garantia de imparcialidade dos juízes e tribunais <sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup> MELLO, Celso de, (STF – 1ª T. - HC nº 69.601/SP, *Diário da Justiça*, Seção I, 18/12/1992, p. 24.377).

## **PARTE II**

### **O Agente Infiltrado no contexto do crime organizado**



## CAPÍTULO 1

### **Modificações à Lei nº 9.034/95 pela edição do diploma legal de nº 10.217/2001 e Substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.578, de 2009**

#### **1.1 – Fecundida hermenêutica no problema jurídico conceitual**

A Lei modificadora (Lei nº 10.217/2001) define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre **ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo**<sup>253</sup> (grifo nosso).

Ao analisarmos as alterações à Lei de nº 9.034/95, as querelas suscitam-se desde logo, pois, anteriormente, a mesma fazia referência a “**crime resultante de ações de quadrilha ou bando**” e, agora, passou a referir-se a “**ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo**”. Assim, o âmbito de incidência da Lei modificada, foi ampliado com o objetivo de alcançar não somente a quadrilha ou bando, mas também as organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Afirmar podemos que a Lei de Combate ao Crime Organizado incide sobre os ilícitos decorrentes de ações executadas através destas três espécies de grupos criminosos os quais, intermediados pela modificação introduzida, distinguem-se insuspeitavelmente, representando, portanto, três tipos diversos do gênero criminalidade organizada<sup>254</sup>.

<sup>253</sup> BRASIL, Lei nº 10.217/01, de 11 de abril de 2001. Modifica os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, em 4 de maio de 1995.

<sup>254</sup> EL HIRECHE, Gamil Föpel. *Organizações Criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen. Juris, 2005, p. 70, Luiz Flávio crime organizado: o que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/2001? – apontamentos sobre a perda da eficácia de grande parte da Lei 9.034/95. *Revista síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 2, nº1, abr./mai., 2000, pp. 9-16, Porto Alegre: Síntese. p. 11.

## 1.2 – Incide a Lei nº 9.034/95 sobre as contravenções penais (?)

Como se não bastasse a modificação substancial realizada no campo da incidência da Lei de Combate ao Crime Organizado, a Lei modificadora de nº., 10.217/01 inovou ao reportar-se, agora, a “**ilícitos** decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”, uma estratégia diferente do que acontecia antes, quando a Lei modificada fazia referência a “**crime** resultante de ações de quadrilha ou bando”. Ante tudo isso, implantou-se um dissídio entre os doutrinadores: o texto normativo de nº 9.034/95 seria aplicável também às contravenções penais? <sup>255</sup>

A serem assim as coisas no nosso entender, o legislador, a nível de modificações da incidência da Lei nº 9.034/95, redundou num alargamento da matéria em discussão.

Como referência Guilherme de S. Nucci, os ilícitos, leia-se infrações penais, compreendem além dos crimes inscritos no Código Penal e nas leis especiais, e contravenções penais inseridas nos Decretos – Leis 3.688/41 e 6.259/44, bem como nas Leis 1.390/51 e 7.437/85, a propósito estabeleceram-se dois entendimentos doutrinários: Gomes alega, com coerência que a Lei de Combate ao Crime Organizado não deveria ser de uso aplicativo às contravenções, visto que a quadrilha ou bando só existe para a prática de crimes; a associação para o tráfico só existe para o cometimento dos delitos previstos na Lei de Tóxicos; e a associação para a prática de genocídio só existe para a perpetração deste crime. Declara o autor ademais que, se um dia for criado um tipo penal de associação para a prática de contravenções penais, a Lei nº9.034/95 poderá, sem sombra de dúvida, ser aplicada a estas, contudo, por enquanto, ela é inócua às condutas contravencionais <sup>256</sup>.

<sup>255</sup> GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: o que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/2001? – apontamentos sobre a perda da eficácia de grande parte da Lei 9.034/95. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 2, nº 1, pp. 9-16, abr./mai./2000. Porto Alegre, Síntese. p. 14.

<sup>256</sup> GOMES, Luiz Flávio. Crime Organizado: O que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01? – apontamentos sobre a perda da eficácia de grande parte da Lei nº 9.034/95. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 2, nº 1, abr./mai., 2000, pp. 9-16. Porto Alegre: Síntese. p. 14.

Em sentido divergente, uma outra corrente, em que avultam nomes como Élio Wanderley entende que, a nova redação do art. 1º da Lei nº 9.034/95 “fez alusão genericamente, a ilícitos, o que importa concluir que também as organizações cujos integrantes se dedicam ao cometimento de contravenções poderão ser atacadas com o emprego dos meios em questão”<sup>257</sup>.

A Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, alterou os artigos 1º e 2º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas:

“Art. 1º. Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre *ilícitos* decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

A Lei nº 10.217/01, usando de uma estratégia diferenciada, inovou ao trocar o termo *crime* (da Lei nº 9.034/95) por *ilícitos*. Para o legislador os *ilícitos* são decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo, diferente do que acontecia antes, quando a Lei modificadora fazia referência a *crime* resultante de ações de quadrilha ou bando.

Para Plácido e Silva (*Vocabulário Jurídico*, v. 1, p. 457, 1961), *crime* quer significar: “fato proibido por lei, sob ameaça de uma pena, instituída em benefício da coletividade e segurança social do Estado”. Enquanto que *ilícito* (do mesmo autor), quer explicitar: “ato vedado em lei ou a omissão de fato não permitido, constitui o delito propriamente dito”. “*Ilícito penal* equivale a *crime* ou *delito*” (do autor referido).

Dispõe o art. 288 do Código Penal brasileiro: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes...”. Salientar, faz-se necessário que, são exigidas, no mínimo, quatro pessoas, quatro integrantes da associação.

Não existe a tipificação, no Brasil, do crime de “organização criminosa”, referido na lei de combate à lavagem de dinheiro, como um de seus crimes

<sup>257</sup> SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. *Repressão ao crime organizado: inovações da Lei 9.034/95* (com as alterações promovidas pelas Leis 9.034/95 e 10.217/2001. Curitiba. Juruá, 2003, p. 37.

*antecedentes* (art. 1º, VII, da Lei nº 9.613/98). Não é suficiente, para tanto, a Lei nº 9.034/95, alterada pela Lei nº 10.217/01, que não *tipifica esse crime*, mas tão somente trata de medidas cautelares vinculadas à prova do combate a ações praticadas por quadrilha ou bando (*Código Penal*, art. 288) “ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo” (ação controlada, escuta e vigilância ambientais, infiltração de agentes).

Dispõe a Lei das Contravenções Penais, referente à Paz Pública:

Art. 39. Participar de associação de mais de cinco pessoas, que se reúnam periodicamente, sob compromisso de ocultar à autoridade a existência, objetivo, organização ou administração da associação... ”.

Ora, se a organização for criada para a prática de “contravenções”, não poderá ser reconhecida como tal, visto que o art. 288, do Código Penal, exige um programa delinquencial de *delitos*. Por outro viés, se a quadrilha ou bando existe para a prática de crimes omissivos, da mesma forma não poderá incidir sobre a lei enfocada, vez que o art. 1º só referência faz a “ações” de quadrilha ou bando.

Concordamos, portanto, com Luiz Flávio Gomes, *Crime Organizado*, no sentido de que a Lei nº 9.034/95, modificada pela Lei nº 10.217/01, não deveria ser aplicada às contravenções, vez que, a quadrilha ou bando só existe para a prática de crime; a exemplo da associação para o tráfico só existe para o cometimento dos delitos previstos na Lei de Tóxicos e a associação para a prática de genocídio só existe para perpetração do referido crime.

Em sentido divergente, Élio Wanderley de Siqueira Filho, *Repressão ao Crime Organizado*, entende que, fazendo a Lei nº 9.034/95 alusão a ilícitos, conseguiu “modificações bastante felizes”, alegando que as organizações cujos os integrantes se dedicam ao cometimento de contravenções, poderão ser atacadas com o emprego dos meios em questão. Logo, expostas as razões, entendemos que a Lei nº 9.034/95, alterada pela Lei nº 10.217/01 não deveria ser aplicada às contravenções penais, até porque, pensamos, que qualquer legislação criada sem muito critério, só tende a agravar uma violência já institucionalizada, uma constante assustadora no nosso Brasil.

### 1.3 – Controvérsias de índole doutrinal

Convirá acrescentar que as controvérsias de índole doutrinal suscitadas com a elaboração da Lei nº 9.034/95 destinada à regulamentação e à utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, demonstraram que o legislador mostrou-se com uma certa dificuldade para lidar com o tema, omitindo o que se deve compreender por organizações criminosas, conduzindo-nos a compartilhar da afirmação de Gomes, sobre a Lei em comentário: “Foi feita para cuidar desse assunto, mas juridicamente continuamos sem saber do que se trata”<sup>258</sup>.

Na opinião de Gamil F. EL HIRECHE, o legislador regulamentou mecanismo operacionais de investigação e prova para as quadrilhas ou bandos, organizações criminosas sem estabelecer um conceito às mesmas, e, lamentavelmente, a norma trouxe em seu conteúdo a posituação de uma categoria frustrada, aludindo a um tipo penal legalmente inexistente – a organização criminosa<sup>259</sup>.

O que fica dito acerca das alterações promovidas na Lei de Combate ao Crime Organizado, transparece a existência de três espécies do gênero criminalidade organizada: quadrilha ou bando, organização criminosa de qualquer tipo e associação criminosa de qualquer tipo. Tais agrupamentos equiparados – uma vez encarados como modalidades associativas executoras do pretense crime organizado – quando jamais deveriam ser, tendo em vista suas peculiaridades, o que os distinguem identificando-os apenas pelo vínculo associativo, como esclarece Wilson Lavorenti<sup>260</sup>.

Permitiu-nos concluir a Lei nº 10.217/01, ao impor alterações à Lei nº 9.034/95, incluindo no seu âmbito de incidência as organizações e as associações

<sup>258</sup> GOMES, Luiz Flávio. Crime Organizado: O que se entende por isso depois de lei nº 10.217/01? – apontamentos sobre a perda da eficácia de grande parte da Lei nº 9.034/95. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 2, nº 1, abr./mai., 2000, pp. 9-16: Síntese. p. 10.

<sup>259</sup> EL HIRECHE, Gamil Föpel. *Organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação, do direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 69; ESTELITA, Heloísa. Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

<sup>260</sup> LAVORENTI, Wilson. Crime organizado – Lei nº 9.034/95. In GENOFRE, Fabiano; LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. *Leis penais especiais anotadas*. 8. Ed. Campinas: Millennium, 2006, p. 210.

criminosas de qualquer tipo, que o texto legislativo anterior usava a designação de organizações criminosas como sinônimo de quadrilha ou bando, vez que se fez necessária a modificação da redação do dispositivo para que organização criminosa passasse a ter um significado diferente. Somente agora, com a expressão organização criminosa incluída no art. 1º, é que a Lei estabelece uma diferença entre esta e a quadrilha ou bando.

A Lei nº 9.034/95 como já referida, criada com o objetivo de regulamentar os procedimentos de prevenção e repressão às ações praticadas por organizações criminosas, não conceituou o que deveríamos entender por essas organizações direcionadas para a criminalidade e, uma vez alterada pela Lei nº 10.217/01, continuamos sem saber do que se trata, visto que apenas temos orientações a respeito das definições de quadrilha ou bando e associação criminosa, grupos criminosos estes tipificados na legislação pátria.

Logo, o conceito de crime organizado, atualmente, segundo as alterações pela Lei nº 10.217/01 envolve a quadrilha ou bando (art. 288 do CP), que, através da referida Lei (10.217/01) recebeu o título de crime organizado, embora se constitua no fenômeno completamente diverso deste; as associações criminosas já tipificadas no nosso ordenamento jurídico (art. 2º, da Lei nº 2.889/56 e art. 35 da Lei nº 11.343/06), bem como todas aquelas que, por ventura vierem a sê-lo; e todos os delitos decorrentes das quadrilhas ou bandos, bem como das associações criminosas definidas em lei <sup>261-262</sup>.

<sup>261</sup> BRASIL. Lei de Tóxico – Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, dispõe, em seu art. 35: “Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos no arts. 33 § 1º e 34 desta Lei. Crimes dispostos no art. 33 § 1º: “importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou guardar, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria – prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas”. O art. 34 da supra – citada Lei dispõe: “Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

<sup>262</sup> BRASIL. Lei nº 2.889/56. Define e pune o crime de genocídio. Em seu art. 2º, dispõe: “Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior”. Crimes mencionados no art. 1º: “Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de criança do grupo para outro grupo.

Nestes termos, em razão destes “dados” da realidade jurídico – penal brasileira, não abrangeria o referido conceito nem a organização – vez que esta não possui uma definição legal – nem a comparticipação – pois, “os requisitos de estabilidade e permanência levam à conclusão de que associação criminosa ou quadrilha ou bando jamais podem ser confundidos com o mero concurso de pessoas, que é sempre eventual e momentâneo”<sup>263-264</sup>.

Só se pode falar em associação criminosa quando, em outros termos, no contexto das realidades psicológicas e sociológicas – não obrigatoriamente no plano das realidades jurídicas – surja um centro autônomo de imputação fáctica das ações prosseguidas em nome e no interesse da associação<sup>265</sup>.

Afigura-se-nos que o objeto da Lei de Combate ao Crime Organizado com a edição da Lei nº 10.217/01 é todo e qualquer tipo de quadrilha ou bando e de associação criminosa na legislação pátria prevista, da mesma forma que os ilícitos oriundos destes grupos envolvidos com a criminalidade. Ora, se as Leis pátrias criadas com a finalidade de regulamentar as organizações criminosas e o crime

<sup>263</sup> GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: o que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01? – apontamentos sobre a perda da eficácia de grande parte da Lei nº 9.034/95. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 2. nº 1, abr./mai., 2000, pp. 9-16. Porto Alegre: Síntese. pp. 12-13.

<sup>264</sup> PORTUGAL. I - Cometem o crime de associação criminosa duas ou mais pessoas que se juntam e acordam dedicar-se mesmo sem qualquer organização, mais com certa estabilidade, a uma actividade criminosa; II – **São o fim abstracto e a idéia de permanência que distinguem a associação criminosa da comparticipação**, que é simples acordo conjuntural para cometer um crime em concreto; III – O Decreto Lei nº 187/83, de 13 de Março, que veio rever a punição dos delitos aduaneiros, não regular no seu texto a associação criminosa, por pressupor a aplicação subsidiária do Código Penal. A associação para a prática de infrações aduaneiras, designadamente contrabando, constitui o crime previsto e punível pelo art. 287º do CP (ac. STJ de 23 de abril de 1986; *BMJ*, 356, 136). No mesmo sentido, (ac. STJ de 16 de abril de 1986, mesmo *Boletim*, 132 (grifo nosso). Para a verificação do crime de associação basta a existência de uma união de vontades para a prática abstracta de crimes ou de conjunto de crimes, independentemente da formulação do propósito de execução de um crime determinado, pressupondo-se uma actuação conjugada e concertada dos agentes, por forma a traduzir os seus propósitos de, em conjunto, fazerem vida da actividade criminosa (ac. STJ de 13 de Maio de 1992; *CJ*, XVII, tomo 3, 15). Vejamos outros acórdãos: I – Para a existência do crime de associação criminosa deve existir uma pluralidade de pessoas ou com um mínimo de estrutura de organização e certa permanência, com um sentimento comum dos seus membros a um qualquer processo de formação de vontade colectiva. II – Verifica-se esse crime quando duas pessoas decidiram criar uma estrutura de carácter permanente, organizada e estável, com vista a dedicar-se ao furto de veículos, de que alterariam os elementos identificativos para os introduzir no mercado, criando, para o efeito, uma estrutura empresarial, eficiente, coesa e dinâmica. III – Na co-autoria não é indispensável que cada um dos agentes intervenham em todos os atos a praticar para a obtenção do resultado, bastando que a actuação de cada um seja elemento componente do todo; por maioria de razão, nos casos de associação criminosa para a prática de determinados crimes são co-autores dos crimes praticados aqueles que estão por tal forma associados (ac. STJ de nº 30 de junho de 1994, proc. 45.271/3ª).

<sup>265</sup> FIGUEIREDO DIAS, COSTA ANDRADE. “Associações Criminosas” art. 287º do Código Penal. *Revista Coletânea de Jurisprudência*. Ano X, tomo IV. 1985.

organizado não os definiram, entendemos que todos os dispositivos legais formadores da Lei nº 10.217/01, perderam sua eficácia, visto que, ainda hoje, não existe uma definição legal para os mesmos.

Ante a fecundida hermenêutica na qual procuramos o exato sentido e o fiel pensamento do legislador no contexto da regra jurídica a ser aplicada aos fatos polêmicos, salientar, convém que, “no dia em que o legislador revelar o conteúdo desse conceito vago sobre crime e organização criminosa, tais dispositivos legais voltarão a ter eficácia”.

#### **1.4 – Projeto de Lei nº 6.578, de 2009 (PLS nº 150/2006)**

Dentre os projetos de lei apresentados sobre as organizações criminosas, os meios de obtenção de prova, o procedimento criminal e outras providências, foi apresentado o Projeto de Lei nº 6.578, de 2009, tendo tramitado no Senado, recebendo emendas, reexaminado, aprovadas as emendas. Sugeriu o relator a realização de audiência pública para discussão da matéria.

Após a realização da audiência pública, em duas sessões, foi incluído na pauta, com novo parecer do relator, com substitutivo, adotado pelo Plenário sem votação.

O projeto substitui a atual lei de regência, atualizando-a e criando novos institutos, diante dos reclamos dos doutrinadores, em face da alegada má redação da lei atual, bem como buscando adequá-la aos ditames da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, ratificada em 28 de janeiro de 2004 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Quando da apresentação em 9 de dezembro de 2009, a proposição foi distribuída às Comissões de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, de Finanças e Tributação e de Constituição e Justiça e de Cidadania, sujeita à apreciação do Plenário, em regime de prioridade de tramitação.



O referido projeto foi exaustivamente discutido quando da tramitação do **PL nº 3.731/1997 (PLS nº 67/1996 e do PLS nº 118/2002)**.

As modificações introduzidas com o texto aprovado pelo Senado estão reproduzidas abaixo, cada artigo, parágrafo e inciso, omitindo o texto daqueles que foram mantidos, com essa observação.

Nas explicações, contudo, foram supridas as referências a alterações realizadas sob os mesmos fundamentos.

No contexto dos elementos valiosos de combate ao crime organizado que tanto afeta a economia nacional e coloca em polvorosa corações e mentes, o Senado, votou e aprovou o Projeto de Lei nº 6.578/1999, na forma de Substitutivo.

#### **Art. 1º**

**Observação 1:** Foi alterada a denominação, de “organização criminosa” para “grupo criminoso organizado”, no intuito de adaptar a lei à terminologia adotada pela Convenção de Palermo.

#### **Art. 1º, § 1º**

Adaptou-se o conceito de grupo criminoso organizado, assim como seu objetivo, nos termos da Convenção de Palermo, que entende como tal o “grupo estruturado de três pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção , com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

Excluiu-se a expressão “existente a algum tempo”, constante da Convenção, Por entender que ela não acrescenta, pois poderia acarretar discussões intermináveis acerca de seu real significado. Ora, algum tempo pode ser, tanto um dia como vários anos, o que daria margem à argumentos tendentes a descaracterizar algum grupo criminoso organizado com fundamento na imprecisão legal.

Por infração grave a Convenção entende o “ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior”. Essa pena limite inclui os crimes apenados com detenção que sejam objeto da prática do grupo criminoso organizado e não

apenas aqueles punidos com reclusão, como propunham outras proposições. Houve preocupação, entretanto, de discriminar, em incisos, outras hipóteses de enquadramento de infrações penais tidas, então, como próprias ou propícias à atuação dos grupos criminosos organizados, como as de caráter transnacional (inciso II), as que explorem jogo de azar ou aposta não autorizada de qualquer natureza (inciso III), as quais, notoriamente, têm conexão com o dito “crime organizado”, e as previstas em tratado por convenção internacional de que o Brasil seja parte (inciso IV), mediante extração desta última figura do final do § 1º.

Foi suprimida a referência à estrutura ordenada e divisão de tarefas (*vide* § 2º do art. 1º e art. 2º do substitutivo), por se tratarem de caracteres que informam sobre a organização do grupo. A obtenção de vantagens também foi suprimida, pois, segundo a doutrina, essa circunstância é da natureza do crime. Além disso, quanto a este último aspecto, imagina-se a hipótese de que haja um grupo criminoso organizado para cometer genocídio. Na realidade não existe a busca de qualquer vantagem material, o que não afasta, ou melhor, não retira o caráter altamente reprovável de uma associação criminosa desse quilate, que carece ser reprimida.

O desdobramento do parágrafo em incisos procurou incluir outras infrações penais que envolvam lavagem de dinheiro, em atendendo à recomendação contida no art.6º, § 2º, alínea a, da Convenção Palermo.

#### **Art. 1º, § 2º**

Disposto como inciso IV do § 1º, vez que os próprios tratados e convenções estabelecem as circunstâncias em que as infrações penais serão reprimidas. Como uma maneira de explicitar o conteúdo da expressão “grupo estruturado”, foi inserido o § 2º, retratando o conceito do art. 2º, alínea c, da Convenção. Do mesmo modo, o § 3º, inserido, vem complementar o dispositivo, ao enquadrar como criminoso organizado mesmo aquele disfarçado sob a forma de entidade jurídica. Tais dispositivos procuram dar ampla significação ao conceito de organização criminosa, bastando que se enquadre na descrição do § 1º.

**Art. 2º**

Os crimes acontecidos na investigação e na obtenção da prova estão previstos no Capítulo II, Seção V. O texto original do art. 2º foi previsto como o art. 288-A do Código Penal, como “concertação para empreendimento criminoso organizado”, com desdobramentos. O novo texto do art. 2º elenca as características que determinam se um grupo criminoso é organizado, e atende aos princípios doutrinários no sentido de diferenciar a simples quadrilha ou bando do grupo criminoso organizado, pelo maior desvalor da conduta dessa espécie delitiva. Deu-se preferência à situação mais gravosa, ao admitir o grupo criminoso como organizado se presente pelo menos uma das características.

**Art. 3º, *caput***

Uma vez que a ação controlada e a infiltração podem ser instrumentos para outros meios de obtenção de prova, foi inserida a expressão “técnicas especiais de investigação”, seguindo a terminologia da Convenção de Palermo.

**Art. 3º, inciso II**

Apenas para efeito de adequação redacional, foi alterado o vocábulo “ótico” por “óptico”, vez que “óptico” é relativo a luz, enquanto “ótico” faz referência ao ouvido, em sua acepção técnica.

**Art. 3º, inciso III**

A especificação das espécies de ação controlada atende, simultaneamente, à terminologia usada na Convenção de Palermo e à usada no país, uma vez que o flagrante retardado nem sempre significa ou pressupõe entrega vigiada, e vice-versa.

**Art. 3º, inciso V**

Tendo em vista as inovações deste substitutivo, no que se refere às quebras de sigilo bancário e sigilo telefônico, foi inserida a expressão “desta lei é”, a “nos termos (...) da legislação específica”, visando a conferir aplicabilidade ao dispositivo.

**Art. 3º, inciso VI**

Foi suprimida a referência a agentes de inteligência, porque a apuração e infrações penais não está afeta, diretamente, a tais agentes, cabendo-lhe, tão-

somente a atividade de apoio à investigação, segundo modelos e normativos próprios de cada corporação. Não convém envolver agentes de inteligência na atividade de investigação policial. O trecho “em tarefas de investigação”, também suprimido, se referia aos agentes de inteligência. A forma de designação deve ficar ao descortino de cada polícia, independentemente de o agente estar lotado em órgão especializado.

**Observação 2:** Por esse motivo, igualmente, foi acrescentado ao vocábulo “polícia” a expressão “encarregada de apurar infrações penais”, para não deixar dúvidas de qual é o órgão encarregado da investigação e por consequência, de operação tão sensível como é a infiltração, de aplicação ainda muito restrita pelos órgãos policiais do país.

A especificação, pois, de polícia encarregada da apuração de infrações penais se impõe pela inconveniência de interpretação de que agentes de outras polícias ou integrantes de outros órgãos pudessem atuar na investigação, fora das hipóteses legais. Por essa razão, também, procurando não tornar o texto enfadonho, cansativo, é que foram mantidas referências genéricas a “investigações”, uma vez que se frisou, quando necessário, qual o órgão responsável por elas.

#### **Art. 4º**

Foi alterado apenas o final do *caput*, substituindo a expressão “tenha resultado” por “advenha um ou mais dos seguintes resultados”. Essa providência evita a interpretação de que a colaboração deva incluir todos os resultados enumerados nos incisos, pois a concessão do benefício dependerá da avaliação prevista no § 1º. Foi mantido o termo “voluntariamente”, também presente no § 7º deste artigo e no parágrafo único do art. 6º, uma vez que o vocábulo expressa melhor a condição adequada. Outras proposições utilizavam o termo “espontaneamente” sozinho ou em conjunto com o primeiro, o que reputamos insuficiente. Na verdade, a voluntariedade pressupõe vontade sem mácula, podendo, entretanto, o infrator ser induzido por um comparsa, aconselhado pela polícia ou pelo promotor a colaborar.

**Art. 4º, inciso I**

**Observação 3:** Considerou-se adequado, neste e noutros dispositivos, reduzir as frases ao singular, como forma de obter efetividade de aplicação da lei mesmo quando o evento em consideração for unitário, episódio ou de difícil configuração na forma plúrima.

**Art. 4º, § 1º**

**Observação 4:** Foi Substituído o vocábulo “eficácia” por “efetividade”, que é um termo mais abrangente, que pressupõe a eficácia (fim) e a eficiência (meio) da colaboração. Foi alterada, também, a expressão “do fato criminoso” para “da infração penal cometida”, visando a evitar discussão acerca da aplicabilidade do dispositivo a grupo criminoso organizado que pratique apenas contravenção.

**Art. 4º, § 2º**

**Observação 5:** A técnica legislativa não recomenda a remissão a dispositivos ou leis expressamente, mais ao diploma em si, o que foi feito mediante a simples remissão ao Código de Processo Penal.

**Art. 4º, § 3º**

**Observação 6:** A técnica legislativa recomenda grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais (art. 11, inciso II, alínea f) da Lei Complementar (LC) nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, na redação dada pela LC nº 107, de 26 de abril de 2001, conforme transcrição dos dispositivos:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

.....  
II – para a obtenção de precisão:

.....  
f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; [Alínea com redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26/04/2001]  
.....

No mesmo sentido a lei penal (Decreto – Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal) em que os quantitativos de penas para as figuras típicas não mais são expressos em algarismos e por extenso.

**Art. 4º, § 5º**

Muito se discute na doutrina acerca da validade da modificação da sentença transitada em julgado, razão por que acatamos a possibilidade de redução da pena após esse momento, inserindo a revisão criminal, nos termos no art. 621, inciso III, do Código de Processo Penal.

**Art. 4º, § 7º**

**Observação 7:** A alusão a simples “investigação”, “investigação administrativa”, “peças de informação” e congêneres pressupõe a possibilidade de investigação criminal por outro meio que não o inquérito policial, conduzido pela polícia encarregada de apurar infrações penais. Por outro viés, a investigação não permite cópia, mas sim, os autos do procedimento adequado que é o inquérito policial.

**Art. 4º, § 11**

**Observação 8:** Para efeito de uniformidade do texto legal, é conveniente que se refira à autoridade judicial como “juiz”, a exemplo do que ocorre nos textos legais básicos.

**Art. 4º, § 12**

Teve sua redação aglutinada no § 14.

**Art. 4º, § § 13, 14 e 16**

Foram mantidos, equivalendo aos §§ 12, 13 e 15.

**Art. 4º, § 15**

Aglutina o disposto no § 12, suprimido, pressupondo “confirmação” como o “termo de aceitação da proposta”.

**Art. 5º, inciso II**

**Observação 9:** Considerou-se um preciosismo a expressão “delegado de polícia de carreira”, substituindo-a por “autoridade policial”, utilizada no Código de Processo Penal. A simples referência ao delegado de polícia de carreira não garante a exclusividade de sua atuação, que deve ser obtida mediante a estrita observância das competências e atribuições das polícias e outros órgãos envolvidos na persecução criminal. Não é preciso repetir o que já consta da lei adjetiva, bastando a referência às fases da persecução criminal. É muito

importante a inclusão da fase de execução penal, onde poderia se dar alguma vindita em relação ao colaborador.

**Art. 6º**

O acréscimo do vocábulo “policial” ao vocábulo “investigação” prende-se à necessidade de não deixar dúvida quanto ao tipo de investigação aceito pela ordem constitucional, uma vez que está pacificado ou reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal que cabe à polícia federal e às polícias civis a apuração das infrações penais.

**Art. 6º, parágrafo único**

A supressão da vírgula após o termo “iniciada” confere sentido ao dispositivo em cotejo com o do art. 4º, § 9º.

**Art. 7º, inciso I**

O vocábulo “relato”, substituído por “forma”, deixava o dispositivo impreciso, além do que remete a algo realizado.

**Art. 9º, § 4º**

Como a ação controlada é conduzida pela autoridade policial, cabe a ela elaborar o relatório pertinente. Consignando-se o responsável, evita-se a difusão de responsabilidade.

**Art. 11, § 4º**

Compete ao Ministério Público requisitar o relatório da infiltração, uma vez que autoridade policial é responsável pelo relatório, de modo que não cabe a ela requisitá-lo, mas produzi-lo.

**Art. 14, § 2º**

Considerou-se necessário deixar claro na lei que o crime praticado pelo agente infiltrado para preservar sua verdadeira identidade ou a fim de não prejudicar as investigações está ao abrigo de excludente de ilicitude. O texto preservado imputa responsabilidade em caso de excesso e veda a prática dos crimes contra a vida, contra a liberdade sexual e de tortura, para os quais o agente infiltrado, caso seja instado a cometer, como “ritual de passagem” ou mostra de lealdade ao grupo criminoso deve dissuadir os “comparsas” ou adiar a execução e, então, optar pelo abortamento da missão.

**Art. 15, inciso III**

Foi excluído o pronome “sua” por desnecessário, visando a simplificar a linguagem do texto legal.

**Art. 15, §§ 1º e 2º (sem correspondentes)**

Foi proposto o § 1º para disciplinar a forma como o agente poderá atuar infiltrado sem que se levante suspeitas sobre seus documentos, com o cuidado de conferir confidencialidade à expedição e cancelamento, sempre por ordem do juiz do feito. Quanto ao § 2º, trata-se de garantia de que o agente infiltrado não será desmascarado se for flagrado em companhia dos “comparsas” por agentes da lei que desconheçam sua condição. Sua submissão aos procedimentos cabíveis conferirá credibilidade perante os demais, não comprometendo o sucesso da operação. Cabe, na hipótese, ao juiz zelar pela proteção do agente infiltrado (informando aos demais agentes da lei sobre sua condição, com a cautela necessária), preservando sua identidade (sem revelá-la) e liberdade (concedendo-lhe alvará de soltura, mediante o pedido adequado, por exemplo).

**Art. 16**

No que se refere ao acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações, foi proposta a legitimação da autoridade policial e do Ministério Público para solicitar diretamente os dados de natureza cadastral de quem os detenha, inspirados no dispositivo aprovado por esta Casa no PL nº 3.731/1997 (PLS nº 67/1996), como art. 20. Foi supresso o termo “internet”, por ser redundante em relação a “rede mundial de computadores”.

**Art. 16, §§ 1º e 2º (sem correspondentes)**

Para o § 1º, utilizou-se novamente do art. 20, parágrafo único da redação final do PL nº 3.731/1997. No § 2º foi definido o que seja quebra de sigilo bancário e quebra do sigilo telefônico a fim de evitar interpretações que confundem, por exemplo, o último com interceptação telefônica, que se refere ao conteúdo dos diálogos e está sujeito a procedimento previsto na Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Seguindo a praxe atual e a jurisprudência, além do disposto no art. 1º, § 4º, da LC nº 105, de 10 de janeiro de 2001, foi consignado que tais quebras dependem de autorização judicial.



**Art. 16, § 1º**

O § 1º foi transformado em § 3º. Seguindo a sistemática do Código de Processo Penal, foi disposto que a autoridade policial “representa” e o Ministério Público “requer” ao juiz a decretação de medidas cautelares.

**Art. 16, § 2º**

O § 2º foi transformado em § 5º, uma vez que a inexigência de autorização judicial para os dados de natureza cadastral está contemplada no *caput*. A inserção do vocábulo “informações” pressupõe a diferença para dados, que tecnicamente são informações estruturadas.

**Art. 16, § 3º**

Suprimido, porque o dispositivo nada acrescenta à compreensão do texto legal, vez que toda manifestação judicial necessariamente pressupõe a consignação do nome do juiz e da data da expedição. Dada a alteração do artigo, a medida sujeita à decisão judicial será apenas um mandado de busca previsto no § 2º do substitutivo.

**Art. 16, § 4º (sem correspondente)**

O dispositivo determina o caráter sigiloso das quebras de sigilo bancário ou telefônico, que podem ser renovadas durante a investigação, o que seria impossível sem a manutenção do sigilo. Não caberia o sigilo durante a ação penal em razão de esta albergar o contraditório. Cuido-se de determinar a apensão ao inquérito concluído, de modo a propiciar eventual contraditório diferido.

**Art. 24**

Alterou-se o início do período tomando por exemplo emenda adotada por ocasião da tramitação, nesta Casa, do PL nº 3.731/1997 (PLS nº 67/1999), como art. 34, uma vez que não existe a figura típica de “crime organizado”, utilizado atualmente, nem de “grupo criminoso organizado”, que são formas de gestão empresarial visando ao cometimento de crimes. Entendemos que, mesmo tendo optado por tipificar o crime de concertação para empreendimento criminoso no Código Penal, ele integra os crimes previstos na lei em elaboração, cujo art. 1º, estabelece seu objeto principal, que é a repressão aos grupos criminosos organizados.

**Art. 25**

Suprimido, pois a videoconferência já foi disciplinada pela Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009 estando incorporada ao Código de Processo Penal.

**Art. 26 (tornado art. 25)**

Alguns dispositivos foram simplificados, notadamente nos desdobramentos de artigos, os quais, necessariamente se referem á temática do artigo. Assim, deduz-se que foram reduzidos os vocábulos do § 1º para o singular e substituída a expressão “a medida de que trata o *caput* deste artigo” por “a preservação”, mais simples, pois “preservação” remete ao *caput* deste artigo, uma vez que a lei não deve albergar palavras inúteis ou desnecessárias.

**Art. 27 (tornado art. 26), § 1º**

Foi suprimido a referência ao Ministério Público porque o dispositivo refere-se à fase inquisitória, cabendo também, a nosso ver, a legitimidade do interessado (vítima, testemunha ou investigado).

**Art. 27 (tornado art. 26), § 2º**

A adaptação do texto foi feita em razão da alteração do § 1º, que teve o final transposto para este § 2º, determinando que o Ministério Público identifique, na denúncia, pelo código, a pessoa que deve ter sua identidade preservada.

**Art. 27 (tornado art. 26), § 5º**

A expressão “unidade judiciária respectiva” poderia dar azo à difusão da responsabilidade, fenômeno que se evita pela designação da secretaria do juízo para a incumbência de preservar os autos referentes ao pedido de preservação da identidade.

**Art. 28 (tornado art. 27)**

Embora haja discussão doutrinária acerca da inconveniência de se estabelecer prazo para a instrução criminal, entendemos razoável o dispositivo que estabelece em 120 dias o prazo para conclusão da instrução criminal, por se referir apenas ao acusado preso. Isto significa não haver prazo se o acusado estiver solto, evitando o tolhimento da atividade dos órgãos de persecução criminal visando ao pleno esclarecimento dos delitos. Implica, também, garantia para o preso, de que o processo não se estenderá indefinidamente,

comprometendo seu direito ao *status libertatis*. Além disso, o prazo sugerido é o mesmo para o levantamento das medidas assecuratórias (art.29, §1º).

**Observação 9:** Foi preferido o termo “acusado” em vez de “réu” para efeito de sistematização da legislação, vez que, embora o termo réu seja utilizado como sinônimo de acusado, entendemos mais adequado utilizá-lo para o já condenado.

Quanto a “fato” procrastinatório, substituímo-lo por “ato”, por significar fato como efeito da vontade.

**Art. 30 (tornado art. 29)**

Simples alteração sintática, pela inclusão do termo “ao” após “cento”, que dá correspondência com vocábulo “valor”.

**Art. 31 (tornado art. 30), § 1º (sem correspondente)**

Foi incluído este dispositivo, passando o parágrafo único a § 2º, assegurando a integridade da ação policial. Com efeito, há situações em que a autoridade policial tem de tomar providência desde logo, a fim de evitar o esvaimento da prova ou o comprometimento da investigação, com a descoberta dos infratores, caso não seja sigiloso o procedimento. Atualmente já é possível que a autoridade policial determine o sigilo do inquérito policial em apuração de crimes menos graves. O objetivo do dispositivo é evitar qualquer dúvida, no sentido de reafirmar que o inquérito policial é peça relevante, e o delegado de polícia pode nele decretar o sigilo das investigações, independente de decisão judicial. Entretanto, na hipótese, cuidamos de submeter a decisão ao pronto controle judicial, ouvido o Ministério Público.

**Art. 34 (art. 2º da proposição)**

**Observação 10:** A inclusão do original art. 2º no corpo do Código Penal, *intra codicem*, em obediência ao princípio da reserva do código. Mantivemos os vocábulos no singular, de modo a possibilitar a persecução penal ainda na ocorrência de um só fato. Inserimos no início a expressão “concertar para a criação” e, ao final, “ou nele atuar, praticando outra infração penal”, para deixar explícito que as condutas reprimíveis são tanto a concertação como a atuação do grupo criminoso. Suprimimos o núcleo “favorecer” em razão de incluirmos um tipo específico para o favorecimento, como o art.288-B.

**Art. 34, § 4º (sem correspondência)**

Foi Inserido, como § 4º, o núcleo “pessoalmente ou por interposta pessoa”, do *caput*, para o fim de abranger todas as condutas do artigo.

**Art. 34, § 5º, inciso II**

**Observação 11:** A inclusão de agente político objetivou conferir sistematização ao diploma, uma vez que há a previsão expressa dessa atuação no § 8º deste artigo, no projeto (§ 7º no substitutivo)

**Art. 34, § 6º**

A inclusão de magistrado, membro do Ministério Público ou outro integrante do sistema de persecução criminal, além do policial, configura equidade de tratamento, uma vez que qualquer destes agentes pode estar envolvido com atividades de grupo criminoso organizado, devendo ser-lhes dispensado tratamento análogo. A alusão a órgão corregedor e órgão de controle externo abrange todas as hipóteses.

**Art. 34, § 7º**

Foi insistido na perda, também, do mandato eletivo, do infrator, qualificando-o como “público”, assim como os cargos, funções em empregos, igualmente como forma de conferir tratamento equitativo a todos os agentes ou funcionários públicos que se desviem de seu múnus.

Foi proposto, ao final, inserir no Código Penal, juntamente com o art. 288-A (concertação para empreendimento criminoso organizado), oriundo do art. 2º do projeto, os arts. 288-B e 288-C, como forma de ampliar o entendimento acerca da abrangência da nefasta atuação dos criminosos organizados.

Foram feitas as devidas adaptações quanto á estrutura do art. 288-A. Quanto aos demais tipos introduzidos, cuidou-se de adotar uma epígrafe consentânea com a descrição típica, sendo eles, o art. 288-B (adesão a grupo criminoso organizado) e seu parágrafo único (favorecimento a grupo criminoso organizado) e o art. 288-C (propiciação da existência de grupo criminoso organizado), cuja leitura é auto-explicativa. Senão vejamos: ficam incluídos no Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 (Código Penal), os arts. 288-A, 288-B e 288-C, com a seguinte redação:

---

#### Concertação para empreendimento criminoso organizado

Art. 288-A. Concertar para a criação, promover, constituir, financiar, cooperar ou integrar grupo criminoso organizado, ou nele atuar, praticando outra infração penal:

Pena – reclusão, de três a dez anos, e multa, sem prejuízo da pena correspondente a outra infração penal praticada.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – integrando grupo criminoso organizado:

- a) frauda concurso público, licitação, em qualquer de suas modalidades, concessão, permissão ou autorização administrativa;
- b) intimida ou influencia testemunha, agente político ou funcionário público incumbido da apuração de atividade de grupo criminoso organizado;
- c) impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolve grupo criminoso organizado;

II – financia campanha política destinada à eleição de candidato com a finalidade de garantir ou facilitar a ação de grupo criminoso organizado;

III – fornece, oculta ou tem depósito arma, munição ou instrumento destinado ao grupo criminoso organizado, lhe proporciona local para reunião ou, de qualquer modo, alicia membro.

§ 2º Aplicam-se em dobro as penas, se na atuação do grupo criminoso organizado houver emprego de arma de fogo.

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, do grupo criminoso organizado, ainda que não pratique pessoalmente ato de execução.

§ 4º O agente responderá igualmente de sua conduta se der pessoalmente ou por interposta pessoa.

§ 5º A pena é aumentada de um sexto a dois terços:

I – se há colaboração de criança ou adolescente;

II – se há concurso de agente político ou funcionário público, valendo-se o grupo criminoso organizado dessa condição para a prática de infração penal;

III – se o produto ou proveito da infração penal se destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV – se o grupo criminoso organizado mantém conexão com outro grupo criminoso;

V – se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do grupo criminoso organizado.

§ 6º Se qualquer integrante do grupo criminoso organizado for agente político ou funcionário público, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do exercício de suas funções ou mandato eletivo público, para garantia do processo, sem remuneração, não sem antes ouvir, no prazo máximo de quinze dias, testemunhas indicadas pela acusação e defesa, podendo a suspensão, que será decidida nas vinte e quatro horas seguintes à audiência, perdurar até a decisão final do processo, devendo o afastado retomar suas funções, se absolvido, e ficando a Administração Pública obrigada a pagar-lhe a remuneração a que teria direito no período da suspensão.

§ 7º Havendo indício de participação de magistrado, membro do Ministério Público, policial ou outro integrante do sistema de persecução criminal nos crimes de que trata esta lei, o respectivo órgão corregedor instaurará imediatamente o procedimento adequado, comunicando ao órgão de controle externo, que designará membro para acompanhar o feito obrigatoriamente até a sua conclusão.

§ 8º A condenação acarretará ao infrator a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo público, e a interdição para o exercício de cargo, função ou emprego público e de mandato eletivo público pelo dobro do prazo da pena aplicada.

Adesão a grupo criminoso organizado

Art. 288-B. Aderir a grupo criminoso organizado praticando voluntariamente, pessoalmente ou por interposta pessoa, ainda que a título gratuito, qualquer ato que configure infração penal em proveito dele.

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, sem prejuízo da pena correspondente ao crime praticado.

Favorecimento a grupo criminoso organizado

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas do *caput*, diminuídas de um sexto a dois terços, quem pratica ato, mesmo lícito, que saiba ou deve saber tratar-se de favorecimento para o cometimento de infração penal por grupo criminoso organizado.

Propiciação da existência de grupo criminoso organizado

Art. 288-C. Aceitar bem, produto ou serviço oferecido por grupo criminoso organizado, a título gratuito ou oneroso, pessoalmente ou por interposta pessoa, a fim de:

I – adquiri-lo, se de fornecimento lícito, sabendo-o oriundo de contratação ou fraude, ou fornecido com infringência de norma legal ou regulamentar;

II – obter, do poder público, benefício de natureza previdenciária ou assistencial que não lhe seja devido;

III – obter autorização, licença ou permissão para o qual não satisfaz requisito exigido;

IV – atingir situação desejada sem o adimplemento de condição legalmente exigida;

V – obter a prestação de serviço público mediante preterição de outrem ou a não observância indevida da ordem de atendimento prevista;

VI – obter elisão fraudulenta ou evasão, mediante isenção ou redução de tributo ou tarifa;

VII – isentar-se de submeter-se a certame ou exame a que deveria para aquisição de direito.

Pena – detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Salientar convém que, o que foi mantido no Projeto de Lei nº 6.578, de 2009, está em consonância com as discussões doutrinárias e legislativas havida até então, evidenciando-se especialmente o disposto nos arts. 29 e 30, acerca das medidas assecuratórias. Foi preservado o instituto da inversão do ônus da prova para os bens de natureza ilícita, cuidando-se de não deixá-los deteriorar e lhes deram destinação adequada, sem, contudo, configurar mero confisco.

No que se refere à interceptação ambiental, não houve tratamento metuculoso daquele projeto, considerando, todavia, que modificações de aperfeiçoamento poderão acontecer através de alterações da Lei nº 9.296/1996.

A eventual inclusão dos crimes de que trata o projeto como hediondos, assim como a circunstância de estarem sujeitos à prisão temporária, não tendo sido abordados pelo projeto em exame, poderão ser objeto de novas proposições, se assim entender o Congresso Nacional. Nessa hipótese, a aprovação de medida dessa natureza dar-se-á sem maiores discussões.

O Projeto de Lei nº 6.578, de 2009, que dispõe sobre os grupos criminosos organizados, os meios de obtenção da prova, o procedimento criminal e dá outras providências, aprovado pelo Congresso Nacional.

#### **1.4.1 – Procedimento Criminal**

Art. 24 Os crimes de que trata essa lei e as infrações penais conexas serão apurados mediante procedimento ordinário previsto no Código de Processo Penal, observadas as disposições especiais (**Capítulo III**).

Art. 25 Sem prejuízo do disposto na Lei de Proteção a Testemunhas o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada, antes ou durante o processo criminal, a preservação do nome, endereço e demais dados de qualificação da vítima ou de testemunhas, assim como do investigado ou acusado colaborador.

§ 1º Não será admitida a preservação da identidade se não houver notícia de prática de ato de intimidação ou indício de risco resultante de depoimento ou declaração prestada.

§ 2º A preservação poderá ser decretada de ofício, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, da vítima, da testemunha, do investigado ou acusado colaborador e de seu defensor.

Art. 26 O pedido para a preservação da identidade será autuado em apartado, em procedimento sigiloso, ouvido o Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas, decidindo o juiz em igual prazo.

§ 1º Se o pedido resultar de representação da autoridade policial ou de requerimento do interessado no curso do inquérito policial, será encaminhado ao juízo competente contendo o nome, endereço e demais dados de qualificação do beneficiário.

§ 2º A pessoa que tem a identidade preservada passará a ser identificada nos autos por meio de um código correspondente ao seu nome, devendo o Ministério Público identificá-la, na denúncia, por esse código.

§ 3º Os mandados judiciais serão elaborados e cumpridos por funcionário, designado pelo juiz, que deverá fazê-los, em separado, individualizados, garantindo que o nome e o endereço das pessoas preservadas permaneçam desconhecidos.

§ 4º Os mandados cumpridos serão entregues ao escrivão do cartório judicial, que procederá à juntada no procedimento instaurado para a preservação da identidade.

§ 5º Os autos do pedido de preservação ficarão sob a guarda da secretaria do juízo, podendo a ele ter acesso apenas o juiz, Ministério Público, a autoridade policial e o defensor da pessoa protegida.

§ 6º Deferido o pedido de preservação da identidade, a oitiva, sempre que possível, far-se-á por videoconferência, com distorção de voz e imagem ou providência equivalente.

Art. 27 A instrução criminal deverá ser encarada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a cento e vinte dias quando o acusado estiver preso, salvo prorrogação, decretada pelo juiz, em decisão fundamentada, devidamente motivada por complexidade da causa ou por ato procrastinatório atribuível ao acusado.

Art. 28 O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito policial ou da ação penal, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objetos dos crimes previstos nesta lei, procedendo-se na forma do Código de Processo Penal.

§ 1º As medidas assecuratórias serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de cento e vinte dias, contado da data em que ficar concluída a diligência.



§ 2º O juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados, quando comprovada a licitude de sua origem.

Art. 29 Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

§ 1º A alienação antecipada para preservação de valor de bens sob constrição será decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da parte interessada, mediante petição autônoma, que será autuada em apartado e cujos autos terão tramitação em separado em relação ao processo principal.

§ 2º Não serão submetidos à alienação antecipada os bens que a União, por intermédio do Ministério da Justiça, ou ente da Federação, por órgão que designar, indicar para serem colocados sob uso e custódia de órgão público, preferencialmente envolvido nas operações de prevenção e repressão aos grupos criminosos organizados e ao crime de lavagem de dinheiro, ou de instituição privada.

§ 3º Excluídos os bens colocados sob uso e custódia das entidades a que se refere o § 2º deste artigo, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens, com a descrição e a especificação de cada um deles e informações sobre quem os detém e local onde se encontram.

§ 4º O juiz determinará a avaliação dos bens, inclusive os previstos no § 2º deste artigo, nos autos apartados e intimará:

I – o Ministério Público;

II – a União ou o Estado, que terá o prazo de dez dias para fazer a indicação que se refere o § 2º deste artigo.

§ 5º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão ou pregão, preferencialmente eletrônico, por valor não inferior a setenta e cinco por cento ao da avaliação.

§ 6º Realizado o leilão, a quantia apurada será depositada em conta judicial remunerada, adotando-se a seguinte disciplina:

I – nos processos de competência da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal:

- a) os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal ou em instituição financeira pública, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF) específico para essa finalidade;
- b) os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal ou por outra instituição financeira pública para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no prazo vinte e quatro horas;
- c) os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal ou por instituição financeira pública serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição;

II – nos processos de competência da Justiça dos Estados:

- a) os depósitos serão efetuados em instituição financeira designada em lei, preferencialmente pública, de cada Estado ou, na sua ausência, em instituição financeira pública da União;
- b) os depósitos serão repassados para conta única de cada Estado, na forma da respectiva legislação.

§ 7º Mediante ordem do juiz, o valor do depósito, após o trânsito em julgado da sentença proferida na ação penal, será:

I – em caso de sentença condenatória, nos processos de competência da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal, incorporado definitivamente ao patrimônio da União e, nos processos da Justiça Estadual, incorporado ao patrimônio do Estado respectivo;

II – colocado à disposição do acusado pela instituição financeira, no caso de sentença absolutória extintiva de punibilidade, acrescido de juros de seis por cento ao ano.

§ 8º A instituição financeira depositária do disposto neste artigo manterá controle dos valores depositados ou devolvidos.

§ 9º Serão deduzidos da quantia apurada no leilão todos os tributos e multas incidentes sobre o bem alienado, sem prejuízo de iniciativas que, no âmbito

da competência de cada ente da Federação, venham a desonerar bens sob constrição judicial daqueles ônus.

§ 10 Feito o depósito a que se refere o § 6º, os autos da alienação serão apensados aos do processo principal.

§ 11 Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.

§ 12 Sobrevindo o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o juiz decretará, em favor, conforme o caso, da União ou do Estado:

I – a perda dos valores depositados na conta remunerada e da fiança;

II – a perda dos bens não alienados antecipadamente e daqueles aos quais não foi dada destinação prévia;

III – a perda dos bens não reclamados no prazo de noventa dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória;

§ 13 Os bens a que se referem os incisos II e III do § 12 deste artigo serão adjudicados ou levados a leilão, depositando-se o saldo na conta única do respectivo ente.

§ 14 O juiz determinará ao registro público competente que emita documento de habilitação à circulação e utilização dos bens colocados sob o uso e custódia das entidades a que se refere o § 2º deste artigo.

Art. 30. O juiz, na hipótese de sentença condenatória, decidirá fundamentalmente, com base em elementos do processo, sobre a necessidade de o acusado recolher-se à prisão para apelar<sup>266</sup>.

<sup>266</sup> Com o objetivo de conferir mais um elemento indispensável no combate ao crime organizado, foi apresentado, votado e aprovado (Congresso Nacional) o Projeto de Lei nº 6.578/1999, na forma do **SUBSTITUTIVO (PLS nº 150/2006)**, que define grupos criminosos organizados e dispõe sobre a investigação criminal, meios de obtenção de prova, crimes correlatos e procedimento criminal a ser aplicado em sua repressão. As devidas adaptações quanto à estrutura dos arts. 288-A, 288-B e 288-C teve como intuito dissuadir a população de colaborar com os grupos criminosos organizados, mesmo difusamente, sabedores de que poderão vir a responder criminalmente por conduta que de qualquer forma os favoreça (*Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado*).

## CAPÍTULO 2

### Da inconstitucionalidade (?) da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995

#### 2.1 – Considerações preliminares

O déficit conceitual na legislação brasileira de combate às organizações criminosas e ao crime organizado, conduz-nos, por fim, a questionar que o legislador ratificou a inconstitucionalidade no contexto da redação da Lei nº 9.034/95, por afrontar e, conseqüentemente, violar os **princípios da reserva legal e da anterioridade**, visto que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). Tendo em vista a expressa garantia contida no art. 1º do CP, não se pode considerar um comportamento como crime sem uma lei anterior à sua prática (e não apenas ao seu julgamento) que o defina como tal; da mesma forma, não se poderá aplicar qualquer pena sem prévia cominação legal. Daí a indispensabilidade do postulado pertinente à segurança jurídica e à garantia da liberdade, de todas as pessoas, evitando que alguém seja punido por um comportamento que não era considerado delituoso à época de sua prática, bem como evitando que a pena aplicada seja arbitrária, impondo a ela prévios limites<sup>267</sup>.

Por outro lado, não atende à exigência do art. 1º do CP o fato de o Brasil ter subscreto, ratificado e promulgado internamente a Convenção das Nações Unidas (Convenção de Palermo) contra o crime organizado transnacional (Dec. nº 5.015/2004), na qual é definida o que seria “organização criminosa”, por não se admitir em nosso ordenamento jurídico, tipificação de crime sem a observância do rito constitucionalmente previsto para tanto: elaboração de lei (CR art. 5º, XXXIX, c/c o art. 59, III, e art. 62, § 1º, I, b).

<sup>267</sup> JULLIOT de la MORANDIÈRE. *Dalloz Répertoire de Droit Criminel ET de Procédure Penale*, Paris, 1953, t. I. p. 854. Afirma o autor que, a regra da legalidade é uma das mais preciosas garantias da liberdade individual contra o arbítrio da repressão. Conforme, também, MANZINI Vincenzo “somente com a certeza e a previsibilidade da lei é possível a igualdade frente a ela” (*Trattato de Diritto Penale Italiano*, Torino, UTET, 1941, v.1, pp. 517-519).

Ademais, o crime organizado, conforme a legislação no nosso ordenamento jurídico, entendido agora como quadrilha ou bando e associação criminosa de qualquer tipo, uma vez que esteja definida em lei, além dos delitos deles resultantes – ou seja, dos crimes decorrentes de suas ações – constitui um particularismo jurídico, dispõe, portanto, de estatuto jurídico próprio que permite meios investigatórios e provas peculiares. Embora sendo possível a visualização deste estatuto jurídico próprio, faz-se necessário aqui expressar – em conformidade com Gamil – que a Lei nº 9.034/95 alterada pelo plexo normativo nº 10.217/01 é desnecessária às quadrilhas ou bandos e às associações criminosas, vez que para estes já existe o Código Penal pátrio, sendo prescindível buscar um novo aparato repressivo. Assim, a Lei nº 9.034/95 alterada pela Lei nº 10.217/01 seria para as organizações criminosas um diploma legal de grande importância a fim de combater a macro criminalidade, mas, com a tão discutida produção legislativa sobre tal problema, o legislador impediu a sua aplicação ao objeto de incidência da Lei – as organizações criminosas e os delitos resultantes de suas ações – pela razão de que não houve definição legislativa para uma categoria que se pretendia criminalizar <sup>268</sup>.

Resumidamente, chegamos à conclusão de que a legislação brasileira de combate à criminalidade organizada é meramente simbólica, visto que as Leis 9.034/95 e 10.217/01 são artifícios em nome da segurança pública. Não encontramos no ordenamento jurídico brasileiro o conceito de crime organizado nem tampouco definição e tipificação de organização criminosa. Os equívocos são objeto de discussão tanto na doutrina, como na jurisprudência. Não houve, ainda, um consenso em relação a variados dispositivos (alguns já modificados), muito menos quanto à sua precisa aplicação.

<sup>268</sup> EL HIRECHE, Gamil Föpel. *Organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio*. Manifestação do direito penal inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 67.

## **2.2 – Violação dos princípios da reserva legal, da anterioridade e da legalidade**

Na verdade, o legislador ao não conceituar a Lei nº 9.034/95 violou os princípios da reserva legal, da anterioridade e da legalidade, insurgindo-se com tal omissão, contra a Constituição Federal brasileira na qual são consagradas as exigências de ação<sup>269</sup>. É, portanto a inconstitucionalidade por omissão aquela que viola os princípios da Carta Magna pela prática de um comportamento negativo (*nom facere ou nom praestare*)?

Mas, o que vem a ser um comportamento negativo? É aquele que, segundo nosso entendimento, provém da inércia de qualquer um dos Poderes do Estado.

Pelo reconhecimento da tese de CANOTILHO, o legislador, por conta própria, não faz aquilo que, normativamente, a constituição o obriga a fazer<sup>270</sup>.

Nos países que adotam a lei como fonte imediata de toda a ordem jurídica, a inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos é muito comum.

A Constituição da República brasileira é enfática ao prescrever que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II).

Reside aí o princípio da legalidade, vinculado aos Poderes Públicos, inclusive o Poder Legislativo, responsável pela elaboração das espécies normativas, previstas no art. 59 da Carta brasileira (emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias decretos legislativos e resoluções).

Ora, se os efeitos da legalidade incidem sobre o processo legislativo, evidencia-se que existem requisitos a serem observados a fim de se averiguar a constitucionalidade das leis e atos normativos. Caso tais requisitos não sejam observados, cabe ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade da norma.

<sup>269</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar e al. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed., Saraiva, 2008, p. 1177.

<sup>270</sup> GOMES CANOTILHO, J.J. *Constituição Dirigente*. E vinculação do legislador. Reimpr. Coimbra: Coimbra, 1994, pp. 331-332.

É possível, contudo, que os problemas referentes a inconstitucionalidade por omissão representem um dos mais discutidos e ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do moderno Direito Constitucional <sup>271</sup>. Ela agrega não só o problema pertinente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela afronta também a argúcia do jurista na tentativa de solucionar o problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. Em que ocasião podemos afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade do legislador? E ainda, quais as conseqüências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?

### **2.3 – Insegurança e perplexidade suscitadas pela inconstitucionalidade (?)**

Estes e outros questionamentos representam uma “determinante linha de clivagem, susceptível de emprestar alguma arrumação ao babélico mosaico de respostas”, desafiando a dogmática jurídica aqui e além. Salienta-se que, não é nossa pretensão dar uma resposta definitiva a tais questões; não só pelos limites do estudo proposto, mas, notadamente porquanto tal tarefa ultrapassaria de muito os limites das nossas próprias forças.

A Carta Maior de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com instituição dos processos de *mandado de segurança* e da *ação direta da inconstitucionalidade da omissão*.

Tendo em vista que, tais inovações não foram estudadas criteriosamente, afigura-se ser compreensível o clima de insegurança e muita perplexidade que elas suscitaram nos primeiros tempos.

Não podemos deixar de enfatizar o esforço desenvolvido no Brasil, para descobrir o significado, o conteúdo, a natureza desses institutos da

<sup>271</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar e al. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed., Saraiva, 2008, p. 1117.

inconstitucionalidade. Ela é extremamente fundamental sobretudo para a concretização da nossa Constituição como um todo, ou seja, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, apoiado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada e no pluralismo político, tal como dispostos no art. 1º da Carta Maior. Evidenciar, convém que, o estudo da omissão inconstitucional é indissolúvel do estudo acerca da força normativa da constituição.

A propósito, o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão apresenta-se como um fenômeno relativamente recente na dogmática jurídica alemã.

KELSEN, em 1911, ressaltava que a configuração de um dever do Estado de editar determinada lei afigura-se inadmissível<sup>272</sup>.

Anteriormente, reconhecera George Jellinck que a impossibilidade de formular pretensão em face do legislador constituía *communis opinio*<sup>273</sup>.

## 2.4 – Irrestrita liberdade legislativa

Sob o império da Constituição de Weimar (1919) negava-se, igualmente, a possibilidade de se formular qualquer pretensão contra o legislador. Tal entendimento assentava-se, de um lado, na idéia de uma irrestrita liberdade legislativa e, de outro, na convicção de que o legislador somente atuava no interesse da coletividade<sup>274</sup>.

Essa concepção sofreu grande mudança com o advento da Lei Fundamental de 1949. A declarada vinculação do legislador aos direitos fundamentais ( art. 1º § 3º) e à Constituição como um todo (art. 20, III), estava a exigir o desenvolvimento de uma nova concepção. Já em 1951, intermediada pela voz eloqüente de BACHOF, passa a doutrina a admitir a possibilidade de

<sup>272</sup> KELSEN, Hans. *Hauptprobleme de Staatsrechtslehre*, Tübingen: Jcb Mohr, 1911, p. 410.

<sup>273</sup> JELLINCK, George. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl., Tübingen, 1905, p. 80, nota 1.

<sup>274</sup> GERHARD ANSCHUTZ e RICHARD THOMA. (Hrsg), *Hanbuch des Deutschen Statsrechuts*, Tübingen: Mohr, 1932, t. 2, pp. 506 e ss..



responsabilização do Estado, em razão do ato de índole normativa <sup>275</sup>, caracterizando uma ruptura com o entendimento até então vigente, com base na própria jurisprudência do *Reichsgericht* <sup>276</sup>. Por entender incompatível com o princípio da divisão de Poderes <sup>277</sup>, BACHOF rejeitava uma pretensão à edição de uma *Rei*.

A Corte Constitucional alemã viu-se compelida a arrostar problema pertinente à omissão do legislador logo no seu primeiro ano de atividade.

As decisões proferidas em 20-2-1957 e em 11-6-1958 sinalizaram a evolução jurisprudencial que haveria de acontecer. Portanto, a jurisprudência da Corte Constitucional alemã identificou, muito cedo, que configura a omissão inconstitucional não só o *inadimplemento absoluto* de um dever de legislar (**omissão total**), mas também a execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever (**omissão parcial**) (*Teilunterlassung*).

A doutrina constitucional mais moderna entende que o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*) configura apenas uma decisão de rejeição de inconstitucionalidade, caracterizando-se essa recomendação dirigida ao legislador como simples *obiter dictum* <sup>278</sup>. Essa qualificação não retira a eficácia desse pronunciamento, não havendo, até agora, registro de qualquer caso de recusa do legislador no cumprimento de dever constitucional de legislar.

No Brasil, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão teve até agora uma aplicação restrita. Menos de uma centena de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal <sup>279</sup>.

<sup>275</sup> OTTO BACHOF. *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr, 1968, p. 18.

<sup>276</sup> Acórdão do Reichsgericht in RGZ, 125, 282, no qual se assentou, expressamente a impossibilidade de responsabilização do Estado por ato legislativo.

<sup>277</sup> OTTO BACHOF, *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, cit., p. 18.

<sup>278</sup> A propósito, Brun – Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden – Baden, 1982, pp. 397 e ss.; Jörn Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, cit., p. 125.

<sup>279</sup> Seção de Materia Constitucional / Secretária Judiciária / ST.

## 2.5 – Limites constitucionais na “luta” contra a criminalidade organizada

Antes da delimitação jurídico – normativa constitucional, citamos o entendimento de Gomes Canotilho, ao afirmar que a constituição não se limita à tarefas de *investigação* ou *descoberta* dos problemas políticos constitucionais, tampouco à função de elemento *concretizador* das normas da Lei Fundamental, antes servindo, também, para *racionalizar* e *controlar* a pré-compreensão constitucional<sup>280</sup>.

Para Ferreira Antunes, cresce “actualmente a tendência em direcção a formas cada vez mais sofisticadas de associações criminosas, as quais consomem as configurações tradicionais em que elas se têm manifestado e que assumem novas formas de estrutura, novas actividades funcionais dos seus elementos e novas modalidades operativas”<sup>281</sup>.

Indiscute-se, portanto, que nos defrontamos com uma criminalidade de tipo *mafioso*, caracterizada pela sua tendência para “governar os processos económicos, não já no sentido da violação directa das regras da economia mas da participação nela com base na acumulação de capitais pela via de uma actividade criminal diversificada”<sup>282</sup>, ocasião em que referenciamos, como exemplo paradigmático, o branqueamento de capitais.

Outra das características da criminalidade do *tipo mafioso* é a relação da estrutura criminosa com a sociedade, à qual Ferreira Antunes denomina de *técnica de infiltração*<sup>283</sup>.

Nesse sentido, afirma Faria Costa que, “as grandes organizações criminosas, ligadas aos mais diferentes sectores da actividade ilícita, designadamente o tráfico de drogas, são detentores de uma tal disponibilidade de bens e dinheiro que o reinvestimento de vitais somas, proveniente de actividades criminosas de onde impera uma total liquidez, faz nascer desvios e

<sup>280</sup> GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra: Coimbra Ed., 1982, pp. 80-81.

<sup>281</sup> ANTUNES, Manuel António Ferreira, “A Criminalidade Organizada: Perspectiva,” in *Polícia e Justiça*, nº 3 – 4, 1992, p. 63.

<sup>282</sup> ANTUNES, Manuel António Ferreira, “A Criminalidade ...”, cit., p. 63.

<sup>283</sup> ANTUNES, Manuel António Ferreira, “A Criminalidade...” cit., *idem*.

condicionamentos no mercado financeiro, na medida em que pode levar ao controlo de um inteiro sector ou segmento da economia”<sup>284</sup>.

Segundo Jorge de Figueiredo Dias, o fenómeno da criminalidade organizada surge num contexto em que se anuncia o término da fase pós-industrial, tendo em vista a emergência de uma *sociedade de risco* – a *Risikogesellschaft*, citada por Ulrich Beck. O que “suscita, ao direito penal problemas novos e incontornáveis”, os quais lançaram a doutrina num longo e apaixonante debate<sup>285</sup>. O que quer dizer o fim da sociedade industrial e sua substituição por uma “sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também eles *globais* ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em *tempo e lugar* largamente *distanciados* da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como conseqüência, pura e simplesmente, a *extinção da vida*”<sup>286</sup>. Enquanto que Winfried Hassemer (*História das Idéias na Alemanha do pós – Guerra – A segurança Pública no Estado de Direito*, Lisboa, 1995, p. 90), chama a atenção para a possibilidade de uma política criminal que “a longo prazo, disponha livremente da garantia da liberdade e da protecção dos direitos fundamentais com o propósito de ceder às exigências de um efectivo combate ao crime, coloca em jogo todas as nossas tradições de Estado de Direito, não importando com que eficácia de quem deva ou possa proclamá-las e defendê-las”.

Não obstante, percebe-se que, com referência a novas criminalidades, se “nenhum equacionamento for adotado para o controlo da criminalidade dos poderosos corre-se o sério risco, a curto prazo, de partir-se para um direito penal despótico, desligado dos princípios e das garantias próprias do direito penal de um Estado constitucionalmente democrático”, tanto mais que, “em relação à

<sup>284</sup> COSTA, José Faria, “O Branqueamento de Capitais”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, nº 68, 1992, p. 78. A citada definição tem como fundamento o artigo 1º, da Directiva nº, 91/308/CEE, de 10 de junho, a qual constitui o objecto deste estudo e, posteriormente, foi introduzida no direito interno através do Decreto – Lei nº, 313/93, de 15 de setembro.

<sup>285</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra, 2001 e FERNANDES, Paulo Silva, *Globalização, “Sociedade de risco” e o Futuro do Direito Penal*, Coimbra, 2001.

<sup>286</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos ... cit.*, p. 158.

criminalidade interna, nunca, como agora, actuou tanto o poder repressivo”<sup>287</sup>. O que se questiona é o efeito da globalização e do evento da sociedade pós-industrial no actual modelo penal.

Na perspectiva de Félix Herzog o direito penal de risco vai de encontro ao direito liberal e ao sintetizar o “trilema regulador”, declara que “o objectivo de produzir determinadas alterações sociais através da intervenção jurídica pode conduzir à: a) indiferença recíproca do Direito e da sociedade; b) desintegração social através do Direito; e c) desintegração do Direito através de expectativas excessivas da sociedade”<sup>288</sup>.

A luta contra a criminalidade organizada provocou uma forte demanda por “políticas criminais duras”, as quais representam respostas estatais, de um lado ampliando o espectro de incidência do sistema penal e, de outro, recrudescendo as sanções. Winfried Hassemer, ao tratar da “Segurança Pública no Estado de Direito”<sup>289</sup>, salienta, mais uma vez, que a criminalidade organizada é “incessante e enfaticamente relatada” e, com ela “entra em campo um fenómeno ao mesmo tempo encoberto e ameaçador: fala-se nele sem que se saiba ao certo o que é e quem o produz; sabe-se apenas que é altamente explosivo, pensa-se até que pode devorar-nos todos”.

O surgimento da criminalidade organizada parece outorgar o meio através do qual se persiste o desenvolvimento de todo o arsenal de instrumentos jurídicos a fim de proporcionar ao Estado um poder tal que as garantias constitucionais soem como retórica inútil.

Há que se verificar quais os limites constitucionais que não podem ser ultrapassados na “luta” contra a criminalidade organizada. É o Estado Constitucional de Direito a barreira intransponível de toda política criminal. Jamais poderá ser quebrado o sistema de garantias criado pelo Estado de Direito no contexto da Constituição.

É formal e substancialmente constitucionalizado o processo de produção

<sup>287</sup> FARIA, José Eduardo, citado por FRANCO, Alberto Silva, “Globalização e Criminalidade dos Poderosos”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 208.

<sup>288</sup> HERZOG, Félix, “Limites del Derecho Penal de Polígno”, in *Poder Judicial*, nº 32, Madrid, 1993, pp. 80 e ss..

<sup>289</sup> Trabalho publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, 1994, nº 5, pp. 55 e ss.

das normas jurídicas.

Como enfatiza Luigi Ferrajoli <sup>290</sup>, o Estado Constitucional de Direito não é apenas um “Estado de Direito”, os dois são regidos “per lege” e “sub lege” embora apresentem diferenças marcantes: no estado de direito clássico é a “lei” que estabelece a forma e o conteúdo do ordenamento jurídico; no estado constitucional é a “constituição” que determina a forma e os limites substanciais do ordenamento jurídico; no primeiro toda lei tem “validade” e é presumida de interesse geral; no segundo a validade da lei depende de sua coerência com a constituição; qualquer lei, inclusive as autoritárias e abusivas, devem ser observadas (no contexto do positivismo clássico); as leis que afrontam a constituição são ditas inconstitucionais.

Salientar convém que, a “inexistência de um Estado mundial ou de organismos internacionais suficientemente fortes que disponham do *ius puniendi* e que possam, portanto, emitir normas penais e carácter supranacional, (...) agravam ainda mais as dificuldades do enfrentamento dessa criminalidade gerada pela globalização” <sup>291</sup>.

## **2.6 – Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, novo tipo penal**

Ao não definir o que é denominado de “organização criminosa”, o legislador brasileiro, complicou a interpretação e aplicação da Lei nº 9.034/95 (arts. 2º e 11), que a ela se referem ou estão conectados. Caso nos valermos do que determina seu art. 1º, - exclusivamente da estrutura típica do delito de “quadrilha ou bando” (art. 288 do Código Penal) para dar sentido a tais dispositivos, há o risco de serem cometidas injustiças: a maioria das “quadrilhas ou bandos” não se identificam com as organizações criminosas. Para evitar injustiças, há que se encontrar a estrutura conceitual das últimas, objetivando distingui-las da tradicional “quadrilha ou bando”. Como deveriam, nesse âmbito, desenvolver-se as relações entre legislador penal e órgãos de controle da constitucionalidade?

<sup>290</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione*, Ed. Laterza, Roma, 1990, pp. 896 e ss..

<sup>291</sup> FRANCO, Alberto Silva, “Globalização e Criminalidade dos Poderosos”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10. Coimbra, 2000, p. 207.

Entregar-se-ia ao legislador esse tipo de decisão sem qualquer limite à sua liberdade de apreciação e decisão? Ou determinará a Constituição algum limite, ou alguma indicação conformadora? <sup>292</sup>

A Constituição estabelece limites negativos e indicações positivas ao legislador.

A Lei nº 9.034/95, ao criar a nova tipologia da “organização criminosa” (no nosso ponto de vista, foi isso o que ocorreu), sem definir-lhe integralmente o conteúdo é inconstitucional? Nós pensamos que é censurável e lacunoso o método escolhido pelo legislador, mas não é inconstitucional. O caminho por ele preferido deixa a desejar no contexto de garantias, mas não se pode precipitar e concluir por inválida sua construção, embora não corretamente, o legislador outorgou um mínimo típico, um mínimo de “definição”.

O desejável seria que ele outorgasse o máximo. Seu critério adotado, lamenta-se, não foi esse. Contudo, admitindo-se que os requisitos típicos da **quadrilha ou bando** (Código Penal, art. 288) representam as exigências mínimas da **organização criminosa**, pode-se admitir a constitucionalidade da lei, impondo-se ao juiz, em cada caso concreto, a descoberta do *plus* preferido. É esse o nosso entendimento. Vislumbra-se um “tipo aberto” em sentido escrito, onde a matéria proibida é carecedora de definição. Havendo, portanto, um princípio, cabe ao juiz *complementar, não elementar*. Nosso pensamento não se apresenta isento de críticas, pois, determinados comportamentos podem acarretar prejuízos para a criminologia e ciências sociais. Nesse sentido, Heinz Müller – Dietz, *Strafe und Staat*, Thomos Wurtenberger 65. Geburgstag, Frankfurt, cit., pp. 36 e ss, 1973.

Diz o autor, “a realidade exige que encontrem as chaves para retirar conclusões acerca da danosidade social . Contudo, chama a atenção para a precariedade desses instrumentos de conhecimento da realidade e conseqüente discutibilidade das suas conclusões que, não raras vezes, divergentes são, mesmo com fundamento em dados idênticos acerca desse aspecto <sup>293</sup> .

<sup>292</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas *Constitucionais Programáticas*, Coimbra, ed. Coimbra, cit., 1982, p. 209.

<sup>293</sup> HEINZ, Müller – Dietz, *Strafe und Staat*, Thomos Wurtenberger 65. Geburgstag, Frankfurt, cit., 1973 pp. 36 e ss..

## 2.7 – Lei nº 9.034/95, no contexto das normas “formais” e “substanciais” do Estado Constitucional de Direito

Na “luta” contra o crime organizado têm sido apresentadas soluções para os graves problemas oriundos do atual grande “inimigo” da sociedade.

Na falta de recursos mais sofisticados, na área criminal, tende-se à simplificação (do problema e da solução), ao engano (o que se dá pelo direito penal simbólico, notadamente pela lei nº 9.034/95), à improvisação (através de intervenções militares), à reação violenta (esquadrões da morte, chacinas, linchamentos – acerca dessas arbitrariedades de reação, Paulo R. da Silva Passos, pp. 79 e ss., 1994, a sugestão de procedimento flagrantemente inconstitucionais (como pena de morte, prisão perpétua, punição penal do menor de dezoito anos, inversão do ônus da prova, eliminação da publicidade, do devido processo legal, “morte” do sistema acusatório, etc.). E quando se depara com as dificuldades de resolver o problema tendo em vista o contexto atual, a usada comumente é a transferência de responsabilidades: os órgãos governamentais e políticos encarregados do problema transferem-no para outras instituições.

A maior barreira de toda política criminal é, evidentemente, o Estado Constitucional de Direito. Sempre se viola a Constituição, por mais que se acredite na bondade de uma certa providência de “combate” ao crime. Uma vez violada a Carta Maior, tal medida violadora deve ser rechaçada. O sistema garantidor das garantias criado pelo Estado Constitucional de Direito, jamais deve ser quebrado. Esse sistema de garantia, segundo Ferrajoli, *Diritto e Ragione*, cit., p. 63, 1992, fundamenta-se numa artificialidade dupla: (a) no caráter positivo das normas produzidas, daí resultando que o “ser” (existência) do ordenamento jurídico é produto do “homem” (artificial, portanto), (b) na sujeição do próprio ordenamento jurídico às regras “formais” e “substanciais” do Estado Constitucional de Direito<sup>294</sup>.

O quadro de violência atual muito tem se agravado, em conseqüência da criação de algumas legislações, sem muito critério. Daí a necessidade de usar da

<sup>294</sup> GOMES, Luiz Flávio, *Crime Organizado...*, cit., p. 37.

prudência quando da determinação do âmbito correto de aplicação da lei sub examen (Lei nº 9.034/95, por exemplo).

No que diz respeito à organização criminosa em si, de modo diverso do que ocorreu na lei dos crimes hediondos, não houve um puro e simples processo e “etiquetamento” (o crime de quadrilha ou bando não foi simplesmente etiquetado de “organização criminosa”); o legislador *criou uma nova tipologia*, um novo tipo penal, outorgou-lhe o conteúdo mínimo (art. 288 do código penal) e deixou para o intérprete o complemento conceitual (uma nova forma de *tipo aberto*, tal qual sucede no crime culposo, no ato obsceno, no crime omissivo impróprio etc.)<sup>295</sup>.

O crime de quadrilha ou bando referido no art. 1º da Lei nº 9.034/95, considerado isoladamente, não representa seu objeto de incidência; esse dispositivo legal (art. 1º) *necessariamente* deve ser interpretado em conjunto com o art. 2º e demais artigos da lei (interpretação sistemática), que expressamente contemplaram a “organização criminosa” como forma delituosa autônoma.

O legislador, de qualquer maneira, atrelou um conceito ao outro; a organização criminosa poderia ter sido disciplinada autonomamente, com a finalidade de assumir um perfil legislativo próprio; mas isso não aconteceu; isso no entanto, não quer dizer que a organização criminosa que constitui o real e efetivo objeto da lei, deve ser resumida tão-somente aos requisitos típicos do delito de quadrilha ou bando<sup>296</sup>.

Ora, se analisarmos a estrutura típica prevista no art. 288 do Código Penal, encontraremos o substrato *mínimo* da organização criminosa (deparamo-nos com um crime famulativo ou remetido, isto é, o tipo penal faz referência a outra figura típica); não pode o intérprete desprezar esse *mínimo*. Conseqüentemente, uma organização de duas ou três pessoas está fora do âmbito de incidência da lei, da mesma forma que aquela destinada à prática de contravenções.

Tendo em vista o déficit conceitual constatado compete à doutrina (e à jurisprudência) assinalar, para além dos requisitos típicos da quadrilha ou quando, os dados configuradores (*plus*) da organização criminosa; esse *plus* resultará da

<sup>295</sup> GOMES, Luiz Flávio, *Crime Organizado...*, cit., pp. 36-77.

<sup>296</sup> GOMES, Luiz Flávio, *Crime Organizado...*, cit., p. 77.



combinação de algumas características criminológicas reveladoras de uma organização criminosa.

A Lei nº 9.034/95 tem como objetivo disciplinar atividades ilícitas das “organizações criminosas” e os crimes resultantes das suas ações (sem razões que justifiquem e inexplicavelmente a lei excluiu as omissões), não o isolado delito de quadrilha ou bando, o qual continua sob a regência do ordenamento jurídico restante; quando os art. 8º e 9º dispõe acerca de “crimes previstos nesta Lei” isso significa “as ações das organizações criminosas” e os crimes “resultantes” dessas ações <sup>297</sup>.

Evidencia-se, portanto, que o art. 288 do Código Penal, não foi revogado, nem qualquer outro dispositivo que a ele faz remissão (art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos, exemplificando). Serviu-se apenas o legislador daquela estrutura típica (art. 288) para tornar expreso o conteúdo mínimo da organização criminosa.

Explicando, portanto: é a soma dos requisitos típicos do art. 288 do Código Penal com o *plus* (que o intérprete deve buscar na realidade criminológica) que dá o substrato final da organização criminosa à qual a lei é aplicada. Esta configura, então, um crime progressivo, ou seja, não se pratica o início da organização criminosa sem passar pela quadrilha ou bando <sup>298</sup>.

No nosso entender, a Lei nº 9.034/95 aplica-se *exclusivamente* à organização criminosa (não ao crime de quadrilha ou bando) e aos crimes resultantes dela. Aquela e este constituem o chamado “crime organizado” (por natureza ou extensão). Por outro viés, como a organização criminosa não foi definida autonomamente pelo legislador, sua sanção está adstrita aos limites do art. 288 do Código Penal.

E aqui ratificamos o explicitado anteriormente: A Lei nº 9.034/95 é censurável, abominável o método eleito pelo legislador, mas não inconstitucional. Ele elegeu uma trajetória que deixa a desejar em termos de garantia, mas não se pode concluir por inválida sua construção.

<sup>297</sup> GOMES, Luiz Flávio, *Crime Organizado...*, cit., p. 78.

<sup>298</sup> GOMES, Luiz Flávio, *Crime Organizado...*, cit., p. 78.

## 2.8 – Lei nº 9,034/95, no contexto do *princípio da precisão ou determinabilidade das normas jurídicas*

O crime organizado não é novo, o que não significa que a Ciência Jurídica já o tenha absorvido. A realidade é outra, ainda nos encontramos em busca de matéria de disciplina jurídica relativa ao assunto, o que exemplificamos intermediados pela Lei nº 9.034/95, que muito mal tangenciou o assunto, não obstante tenha sido elaborada com a finalidade de prevenir e reprimir as organizações criminosas, o legislador não a definiu autonomamente: deu-lhe o mínimo, oriundo do crime de quadrilha ou bando, deixando por conta do interprete a tarefa de fixar os restantes contornos da organização criminosa.

Evidencia-se que o *ideal* seria o legislador só estabelecer em lei tipos penais fechados. Exclusivamente *seus* critérios (desde que respeitados os limites constitucionais) – seriam os norteadores da vida social. Isso atenderia o princípio da legitimação democrática da lei penal, ou seja, só o legislador, que detém a representação popular, pode, em nome do povo, fixar-lhe restrições, notadamente à liberdade<sup>299</sup>.

Observa-se que, país nenhum do mundo vive sem os chamados tipos abertos. E qual seria o limite extremo dos tipos abertos? A resposta encontra-se disposta no art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”. Logo, a lei precisa “definir” o crime, ou seja, determinar a extensão ou os limites do “proibido”. Faz-se necessário demarcar o âmbito da incidência da norma.

A conformação material informal dos atos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios reconduz às duas idéias fundamentais: *exigência de clareza das normas* legais e a *exigência de densidade suficiente* na regulamentação legal. Logo nesta perspectiva se fala de *princípios jurídicos de normação jurídica* concretizadores das exigências de determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica e, conseqüentemente,

<sup>299</sup> GOMES, Luiz Flávio, *Crime Organizado...*, cit., p. 80.

da segurança jurídica e do Estado de Direito. Vejamos as duas idéias fundamentais no âmbito da conformação material e formal dos atos normativos:

A primeira idéia é a da *exigência de clareza das normas* legais, visto que, através de uma lei obscura ou contraditória, por meio da interpretação é difícil de conseguir um sentido inequívoco capacitado a fundamentar, alicerçar uma conduta jurídica para a solução do problema em concreto.

A segunda idéia é caracterizada pela *exigência de densidade suficiente*, na regulamentação geral, visto que um ato legislativo ou um ato normativo em geral não oferece uma *medida* jurídica se não contiver uma disciplina suficientemente concreta. A medida jurídica teria que ser capaz de: (1) alicerçar *posições* juridicamente protegida dos cidadãos; (2) constituir uma *norma de atuação* para administração; (3) possibilitar, como *norma de controle*, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos (Acs. 285/92, DR, 17-8-92, e 233/94, DR, II, 27-8-94).

A natureza da lei – aberta ou indeterminada, precisa ou concreta – tem muito a ver com as relações legiferação – aplicação da lei. A indeterminabilidade e abertura da lei poderá ser justificada pelo fato de o legislador se querer limitar a lei de direção e deixar à administração amplos poderes de decisão<sup>300</sup>. Significa, portanto, que há delegação da competência de decisão. A distribuição de tarefas entre o legislador e o aplicador se constitui na determinabilidade. O controle destas “normas abertas” deve ser reforçado. Elas podem, por outro lado, dar cobertura a uma inversão das competências constitucionais ilegais; por outro lado, podem tornar claudicante a previsibilidade normativa em relação ao cidadão e ao juiz. As cláusulas gerais podem encobrir uma “menor valia” democrática, cabendo, pelo menos, ao legislador, uma reserva global dos aspectos essenciais da matéria a regular<sup>301</sup>. A exigência da determinabilidade das leis ganha particular acuidade no domínio das leis restritivas ou de lei autorizadora de restrição<sup>302</sup>.

A ordem constitucional brasileira não contemplou qualquer disciplina direta

<sup>300</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional...*, cit., 1998, p. 253.

<sup>301</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional...*, cit., 1998, p. 253.

<sup>302</sup> KÜNIG, *Rechtsstaatsprinzip*, cit., 1986, p. 400.

e expressa acerca da proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. O texto constitucional proíbe, assim está expresso, qualquer proposta de emenda cujo objetivo seja abolir os direitos e garantias individuais (Constituição Federal, Art. 60 § 4º, IV).

Se assim é, tal cláusula robustece a idéia de um limite do limite para também o legislador ordinário.

Não obstante a não consagração pelo texto constitucional brasileiro da idéia de um núcleo essencial, afigura-se sem nenhum equívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico usado pelo constituinte.

Em não se admitindo um limite ao afazer legislativo, tornaria inócua qualquer proteção fundamental.

A Constituição de 1967/69, já colocara o tema sob sua proteção.

Ressalte-se o voto do Ministro Rodrigues Alckmin na Representação nº 930, a respeito da liberdade de conformação do legislador:

“Essa liberdade, dentro de regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária.

Tanto assim é que a cláusula final (‘observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer’) já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades.

Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido.

Que adiantaria afirmar ‘livre’ exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse?

É preciso, portanto, o exame aprofundado da espécie, para fixar quais os limites a que lei ordinária tem de ater-se, ao indicar as ‘condições e capacidades’. E quais os excessos que, decorrentes direta ou indiretamente das leis ordinárias desatendem à garantia constitucional”<sup>303</sup>.

Constata-se, portanto, que a argumentação expressa no aludido precedente parece revelar a apreensão dessa idéia de *limite do limite* também entre nós. Logo, afigura-se inequívoca a afronta a esse elemento integrante do direito fundamental.

<sup>303</sup> Rp. 930, Rel. Rodrigues Alckmin, DJ de 2-9-1977.

## 2.9 – Crime Organizado: Proliferação na Comunidade Européia

A incapacidade de legislar num parâmetro supra-nacional e não aceitar as novas formas de criminalidade evidencia-se no prefácio de um relatório da Comissão de Inquérito ligado ao Tráfico de Droga, gerada no âmbito do Parlamento Europeu, do qual resultou a Resolução nº, B-668/92, adoptada em 13 de Maio de 1992<sup>304</sup>.

Percebe-se, logo, no parágrafo primeiro do referido prefácio o efeito da criminalidade organizada no estado das nações: “O poder das organizações criminosas que organizam o tráfico de droga registra um crescimento inquietante. Tem efeitos cada vez mais graves sobre a sociedade e as instituições políticas dos Estados – membros. Mine os fundamentos da economia legal e ameaça a estabilidade dos Estados da Comunidade. Os lucros financeiros obtidos com o tráfico de droga permitem às organizações criminosas que o controlam contaminar e corromper as estruturas dos Estados a todos os níveis”<sup>305</sup>.

Refere o citado prefácio, no ponto 38, que, “a corrupção dos governos e dos funcionários públicos (em especial na magistratura e nas forças da ordem) em benefício do tráfico de droga é simultaneamente causa e efeito da difusão do fenómeno”. Isto torna toda a intervenção repressiva particularmente difícil, nomeadamente porque as ligações entre políticos e as organizações criminosas são muitas vezes indirectas e filtradas pelo sistema complexo do “branqueamento do dinheiro”<sup>306</sup>.

Como sugestão para por fim a essa situação, o relatório propõe a adopção, pelos Estados – membros, de “uma verdadeira carta de transparência”, que abrangesse os procedimentos relativos aos concursos públicos, à designação de funcionários públicos, à distinção entre funções e tarefas políticas e administrativas”. Tal “carta de transparência” deveria incluir também recomendações “relativas a transparência da acção dos partidos políticos

<sup>304</sup> “Drogas. Poder e Ilusão”, in *Revista Sub Judice*, nº 3, Lisboa, 1992, p. 95.

<sup>305</sup> “Drogas ...” in *Revista Sub Judice*, nº 3, Lisboa, 1992, cit., idem.

<sup>306</sup> “Drogas ...” in *Revista Sub Judice*, nº 3, Lisboa, 1992, cit., idem.

(financiamentos e orçamentos), despesas dos candidatos em campanha eleitoral, selecção dos candidatos e nomeações”.

Recomenda-se, também, “diligências a nível internacional para introduzir regras no sentido de maior clareza” do funcionamento dos paraísos fiscais, a introdução urgente de “mecanismos regulares mais estritos das actividades das instituições bancárias e financeiras” bem como de “um registo para as empresas imobiliárias e outros organismos susceptíveis de procederem ao “branqueamento de dinheiro proveniente da droga”, ao mesmo tempo que se deveria prestar “atenção especial ao controlo de sectores económicos e comerciais tradicionais, tais como a indústria de turismo, da construção imobiliária, o sector hoteleiro e dos transportes, o mercado de arte, os títulos de tesouro bem como todos os sectores nos quais são utilizados importantes somas em numerário”.

Segundo o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), os setores mais visados pelas organizações criminosas para a “lavagem” de dinheiro, são: (1) *paraísos fiscais* – países que outorgam vantajosas oportunidades para empresas e pessoas físicas movimentarem recursos sob sigilo. Na atualidade mais de 40 países em todo o mundo são tidos como paraísos fiscais; (2) *instituições financeiras* – através das novas tecnologias e da globalização dos serviços financeiros é imposta uma velocidade sem precedentes à vinculação do dinheiro, favorecendo ao crime organizado; (3) *companhias seguradoras* – a “lavagem” de dinheiro é favorecida através dos acionistas que deliberam para a realização de investimentos através dos quais os segurados possam “lavar” recursos pela apresentação de sinistros falsos ou fraudulentos, que sejam transferidos títulos de capitalização sorteados, como também a inscrição de pessoas falecidas ou inexistentes (Eduardo Araújo da Silva, *Crime Organizado*, p. 98); (4) *jogos de sorteios* – premiações manipuladas e realização de alto volume de apostas numa determinada modalidade de jogo, tentando ou melhor, buscando fechar as combinações (*Lavagem...*, pp. 13-18); (5) *bolsas de valores* – através de corretores, permitem-se a concretização de negócios internacionais e de curto prazo, índices elevados de liquidez e variadas operações.

## CAPÍTULO 3

### A Justificação por restrições legais a direitos fundamentais

#### 3.1 – Considerações preliminares

“Como e sob que pressupostos pode justificar-se que um grupo de homens associados no Estado prive de liberdade alguns dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida, na sua existência social?”

“O que é que o legislador pode proibir sob pena aos seus cidadãos?” Nas duas indagações, Roxin<sup>307</sup> encontra a resposta no tipo de Estado e seus fins, que por sua vez determinará a finalidade (e fundamentos) da tutela penal. Logo, em sendo o atual Estado alicerçado na soberania do povo por ser um Estado de Direito, não é detentor de legitimidade para prosseguir finalidades divinas ou transcendentais e, integrando cada indivíduo a própria soberania estadual. Inexiste, também, legitimidade para “corrigir moralmente” através da autoridade, pessoas adultas, mesmo incultas e imaturas.

No contexto da moralidade<sup>308</sup>, tem o Direito Penal a missão de preservar as *condições vitais* para a vida em comunidade, na perspectiva de salvaguardar a liberdade do indivíduo conforme a própria vida.

Expressando-se no mesmo sentido, Winfried Hassemer vai de encontro à criação de novos tipos penais, frente ao anseio político e social surgido em consequência de situações novas ameaçadoras da sociedade moderna, sem qualquer reflexão acerca da real necessidade de tutelar certos bens jurídicos, visto que, inevitavelmente, colidirão com os princípios limitadores consagrados pelo Direito Penal Constitucional<sup>309</sup>.

Assim, como objetivo de política criminal, só deve entrar em cogitação a proteção de interesses humanos (bens jurídicos). Simples concepções morais ou

<sup>307</sup> ROXIN, Claus, *Sentido y Limites...*, cit., p. 20.

<sup>308</sup> ROXIN, Claus, *Sentido y Limites...*, cit., p. 21.

<sup>309</sup> HASSEMER, Winfried, *Direito Penal*, fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles... (et al). Porto, p. 36.

Idéias de ordem, ainda que partilhadas por toda sociedade, não merecem uma valoração penal. O Direito Penal passa a ser domesticado: é fragmentário, subsidiário; em caso de dúvida, deve-se abdicar da regulamentação penal <sup>310</sup> (...).

Os princípios influentes do Direito Penal atuam desde a consagração do tipo de Estado e seus fins até o rol de direitos fundamentais, quer os que denotam a dimensão de Estado de Direito (*Rechtsstaatprinzip*) – os tradicionais direitos, liberdades e garantias pessoais –, quer os que exprimem a inovadora face do Estado, a sua dimensão social (*Sozialstaatprinzip*) – os direitos sociais, econômicos e culturais –, não se restringindo, de acordo com as perspectivas.

A Constituição Federal de 1988, como outras anteriores, consagrou a restrição legal a diversos direitos individuais.

Salientamos, por exemplo, o sigilo das comunicações telefônicas que só poderá ser suspenso através de ordem judicial “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XII).

Reconhece-se, o “livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII). Garante-se, a livre locomoção em todo o “território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (art. 5º, XV). Assegura-se, também, “a liberdade de associação para fins lícitos” (art. 5º, XVII).

Não raras vezes, o próprio texto constitucional impõe diretamente, na definição da garantia, ou em disposição autônoma, um limite expresso ao exercício do direito individual assegurado.

Destarte, não se garante a inviolabilidade do domicílio “em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial” (art. 5º, XI).

Por outro viés, o direito de reunião em locais públicos é assegurado desde que realizada “pacificamente e sem armas” (art. 5º XVI).

<sup>310</sup> HASSEMER, Winfried, *Direito Penal...* cit., p. 36.



Restringir direitos individuais, enseja-se o problema pertinente à possibilidade lógica de estabelecimento de tais restrições. Nesse sentido, Friedrich Klein afirma que, concernente às leis da lógica, não pode existir restrição a direito individual, porém, tão – somente, um conceito da mesma <sup>311</sup>.

Indiscute-se que, a idéia de restrição conduz, aparentemente, à identificação de duas situações distintas: o direito e a restrição.

Ora, se direito individual e restrição são duas categorias que se deixam distinguir lógica e juridicamente, então existe, a princípio, um direito limitado (*eigengeschränktes Recht*).

Essa é a teoria denominada de teoria – externa (*Aussentheorie*) admitindo a inexistência de uma relação necessária entre a idéia de direito individual e a idéia de restrição.

Para Robert Alexy, essa relação seria estabelecida pela necessidade de compatibilização entre os direitos individuais e os bens coletivos <sup>312</sup>.

Tal concepção vai de encontro à chamada teoria interna (*Innentheorie*), conforme a qual inexistem os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, mas sim a idéia de direito individual com determinado conteúdo. A idéia de restrição (*Schranke*) é substituída pela de limite (*Grenze*) <sup>313</sup>.

Ressalta Robert Alexy que, entre a teoria interna e a teoria externa existe mais do que controvérsia terminológica ou conceitual. Tenderá para a teoria externa a corrente que advogue uma concepção individualista da sociedade (e do Estado). Ao contrário, aquele que pensar numa necessária integração do indivíduo na comunidade – tenderá para a adoção da teoria interna <sup>314</sup>.

Pensamos que, o que leva a prevalecer uma ou outra teoria dependerá, fundamentalmente, do entendimento sobre os direitos individuais.

Robert Alexy entende que, se se considerar que os direitos individuais consagram posições definitivas (Regras: Regel), é inevitável a aplicação da *teoria interna*. Porém, se se entender que eles definem apenas *posições prima facie*

<sup>311</sup> KLEIN, Friedrich. In: MANGOLDT / KLEIN. *Das Bonner Grundgesetz*, v. I, Vorbemerkung B, XV 1 b, p. 122; ver também, ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, cit. , pp. 249 – 250.

<sup>312</sup> ALEXY, Robert, *Theorie...* , *idem*.

<sup>313</sup> ALEXY, Robert, *Theorie...* , *idem*, cit., p. 251.

<sup>314</sup> ALEXY, Robert, *Theorie...* , *idem*, cit., p. 251.

*Positionen: princípios*, então, contrariamente, há de se levar em consideração correta a teoria externa<sup>315</sup>. Expressa-se, ainda, Robert Alexy, a favor da teoria dos princípios pelo fato de que tal teoria pode impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir, sem impor uma excessiva rigidez. Entende o mesmo que, a indagação acerca da legitimação de uma certa restrição há de ser respondida no âmbito da ponderação, pois, o postulado da ponderação corresponde ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. O primeiro é o postulado da adequação do meio utilizado para a persecução do fim almejado. O segundo é postulado da necessidade desse meio. O meio não é necessário se se dispõe de um mais suave, mais brando ou menos restritivo. Agiganta-se o argumento tanto para a força teoria quanto prática da teoria do princípio, que os três subprincípios do postulado da proporcionalidade decorram obviamente da estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais e estas da própria idéia de proporcionalidade.

O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”.

Acerca da lei de ponderação, há de se fazer no contexto de três planos. No primeiro plano, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, carece-se tomar conhecimento da importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano é que se realiza a ponderação em sentido específico e escrito.

A teoria dos princípios desfruta não apenas da solução de colisões de direitos mas a estruturação de solução das colisões de direito. Essa teoria permite um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade. A teoria da regra somente conhece a alternativa validade ou invalidade. A teoria dos princípios pode levar a sério a Constituição sem exigir o impossível<sup>316</sup>. Ela pode declarar que

<sup>315</sup> ALEXY, Robert, (“Kollision und Abwägung als grund problem der Grundrechtsdogmatik”, cit.). Palestra.

<sup>316</sup> ALEXY, Robert, (“Kollision und Abwägung...”, *idem*). Palestra.

normas não executáveis são princípios que, em face de outros princípios, não de passar por um processo de ponderação<sup>317</sup>.

No nosso entendimento, no contexto da “reserva do possível”, carecer é necessário um exame minucioso de tudo aquilo que, razoavelmente, se possa e se pretenda reclamar da sociedade, pois, no que se refere às restrições de determinados direitos, deve-se indagar não exclusivamente acerca da admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (*reserva legal*), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Em consequência, o princípio da reserva legal converte-se no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupondo não só a legitimidade dos meios utilizados e os fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e as necessidades de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

Na atualidade, assim pensamos, é inegável a existência de uma crise do princípio da legalidade, notadamente, no que pertine à segurança pública, onde as opiniões são divergentes acerca desse preceito constitucionalmente garantido.

Com certa preocupação vislumbramos um certo antigarantismo da sociedade pós-industrial. Não se amedronta com o *ius incertum*, nem com os prováveis excessos do Estado, pelo contrário, reclama deste as maiores cotas de eficácia na luta contra o delito e não tem dificuldade em renunciar aos possíveis obstáculos ao exercício do poder punitivo e ao controle da criminalidade. Assim, a sociedade exige do legislador uma severa e eficaz resposta ao delito. Dos juízes, espera uma rigidez na aplicação da lei. Do procedimento penal, uma via ágil e flexível asseguradora da eficácia da persecução e castigo da criminalidade, livre de prejulgamentos garantísticos.

A propósito, Gilmar Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, discorre sobre a necessidade de uma adequação dos meios restritivos de direitos fundamentais para uma consecução dos objetivos almejados<sup>318</sup>.

<sup>317</sup> ALEXY, Robert, “Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik”, cit. Palestra.

<sup>318</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo, cit., p. 39.

No nosso entender, um efetivo controle sobre o poder punitivo e normativo do Estado deverá ser exercido pelo Princípio da Reserva Legal, o qual sempre será uma garantia da manutenção da dignidade da pessoa humana, visto que se constitui num direito posto a proclamar a vocação do ser humano para realizar seus objetivos, até à plenitude possível.

### **3.2 – Princípio da proporcionalidade**

A criminalidade organizada está a galope. Difícil controlá-la e, em vista disso, deve ou não o Estado restringir direitos fundamentais dos cidadãos na tentativa de combatê-la?

A restrição de direitos deve ter como limite absoluto a inviolabilidade da vida humana e a integridade moral e física das pessoas quando *sub judice* ou como bem se expressa a Constituição da República portuguesa em seu art. 18º, nº 3, in fine – a dignidade da pessoa humana. A respeito da Constituição portuguesa, foi ela taxativa quando da adoção do princípio da proporcionalidade, desde que cumuladas quatro condições: (a) que a restrição esteja expressamente admitida na Constituição; (b) que tenha como objetivo salvaguardar outro direito por interesse constitucionalmente protegido; (c) que seja apta para a finalidade e limite-se à medida necessária para alcançar esse objetivo; (d) que não atinja o núcleo essencial do direito em causa (art. 18º, nºs 2 e 3).

Nesse sentido, a Constituição alemã, em seu art. 19, nº 2, antever limites quanto à atuação do legislador ordinário: “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”, enquanto que a Constituição da Espanha dispõe: “os direitos de liberdade reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos. Somente através da lei, que em todos os casos deve respeitar seu conteúdo essencial, poderão ser regulados esses direitos e liberdades” (Teresa Aguado Correia. *El principio de proporcionalidad em derecho penal*. Madrid, cit., pp. 94-95).

Consta em diversos dispositivos da Constituição espanhola a adoção do princípio da proporcionalidade em matéria processual penal, os quais disciplinam

as seguintes matérias: proibição de tortura e das penas de maus-tratos ou degradantes (art. 15); duração do tempo de detenção preventiva suficiente para os esclarecimentos dos fatos (art. 17, 2); estabelecimento em lei de prazo máximo para a prisão provisória (art. 17, 4); proibição da utilização injustificada das faculdades legais na apuração de bandos armados ou terrorismo (art. 52, 2).

No Brasil, segundo Suzana de Toledo Barros, quanto à proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, não se encontram dificuldades para hauri-lo da própria natureza desses direitos, visto que era lógico uma intervenção do legislador no âmbito de um direito fundamental para destruí-lo (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, cit., pp. 94-95).

Apesar dos “extremos” nas colocações, em matéria de restrição de direitos fundamentais, no atual estágio de crescimento moral da humanidade não se justificam abusivas e intoleráveis práticas nesse tão sensível campo. A propósito, no preâmbulo das recomendações do Colóquio de Toledo, em abril de 1992, constou que “nem mesmo a luta contra o terrorismo e o crime organizado poderá restringir os direitos fundamentais, senão na medida do estritamente necessário”.

Devemos salientar, por outro lado, que no Brasil é possível identificar um limite máximo quando a matéria trata de restrição de direitos fundamentais no plano interno, à medida que, além de expressar que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inc. III), a Constituição disciplinou como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inc. III) <sup>319</sup>.

<sup>319</sup> BECCARIA, Cesare Bonecasa (Marquês de Beccaria), publicou, inicialmente no anonimato, a sua obra *Dos Delitos e das Penas*, em 1764, a qual tratou da questão da proporcionalidade que deveria existir entre os delitos e as penas. Sua obra se constituiu num grande marco na mudança da doutrina penal, não concordando e lutando contra as sanguinárias práticas da época (como a tortura e as cruéis e lentas penas de morte executadas em público). A propósito da obra de Beccaria, citamos de Michel Foucault, *Vigiar e Punir - História da violência nas prisões (Ostentação dos Suplícios)* em cuja obra, às fls. 33, está expresso um arsenal de horror na prática cotidiana da penalidade: “A pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados à forca, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcado em seguida; outros, por crime mais graves a ser arrebetados vivos e expirar na roda, de ter os membros arrebetados; outros a ser arrebetados até a morte natural, outros a ser estrangulados e em seguida arrebetados, outros a ser queimados vivos; outros a ser queimados depois de estrangulados, outros a ter a língua cortada ou furada e em seguida queimados vivos; outros a ser puxados por quatro cavalos; outros a ter a cabeça cortada; outros, enfim, a ter a cabeça quebrada”. Beccaria em sua obra dos *Delitos e das Penas* também foi de encontro ao arbítrio judicial que interpretava de modo extensivo as leis penais (ampliando-as em desfavor do réu), contra a idéia da pena como revanche ou retribuição (defendendo-a como uma

A exemplo de outros ramos do direito destina-se a regulamentar a confrontação indivíduo – Estado, o tradicional princípio da proporcionalidade. Cuida, portanto, de um lado, dos interesses do Estado quando da realização da investigação criminal e da persecução penal em juízo, objetivando o *ius puniendi* para a concretização do Direito Penal; por outro viés, o indivíduo quando investigado ou acusado, titular de direitos e garantias individuais, tem interesse na preservação do *ius libertatis*. Tem, portanto, o princípio da proporcionalidade a função de equilíbrio na relação aparentemente contraditória de interesse, para evitar a violação dos direitos fundamentais do cidadão, com o comprometimento da atividade estatal na repressão ao crime organizado, à criminalidade como um todo.

Em matéria processual penal a noção de proporcionalidade, só de forma implícita poderá ser extraída da Constituição da República, pelo legislador, à medida que foram disciplinados tratamentos distintos para várias matérias; são

---

necessidade social, devendo ser útil). Quanto à tortura, enfatizou: “Uma conseqüência estranha, que necessariamente se deriva do uso da tortura, é que o inocente se encontra em pior condição do que o culpado; posto que submetidos ambos ao tormento, o primeiro tem todas as condições contrárias; porque, ou confessa o delito e é condenado, ou nega e declarado inocente sofreu uma pena que não devia; porém o culpado tem um caso favorável para si; isto é, quando resistindo à tortura com firmeza, deve ser absolvido como inocente; pois assim trocou uma pena maior por uma menor. Logo, o inocente sempre deve perder e o culpado ganhar”. (*Tratado de los delitos y las penas*, trad. por Guillermo Cabanellas, Buenos Aires, Atalaya, cit., 1945, pp. 78-79). Outro marco histórico foi a avançada reforma legislativa feita na Toscana por Pietro Leopoldo, em 1786, abolindo a tortura e a pena de morte, bem como refutando a “legislação passada pela qual a contumácia do réu e a sua fuga ou ausência do Estado era considerada confissão, ao reconhecermos o quanto ele é injusto e falacioso, e quanto facilmente o temor de um processo e da prisão pode induzir à contumácia e à fuga mesmo os inocentes”. (citado por Vincenzo Manzini, “Contumácia (Diritto Processuale Penale)”, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, v. VIII, cit., 1968, p. 779). Também na Itália, Romagnosi publica, em 1791, o livro *Genesi del Diritto Penale*, no que expressa ser a excepcional, a sua utilização como meio exclusivamente preventivo, e não um mal destinado a satisfazer o espírito de vingança, tampouco como expiação, servindo como contraestímulo (*contro spinta*) ao impulso criminoso (*spinta criminosa*), impondo freios, com a sua ameaça, à “*injusta intemperança*”. É nesse clima que eclodiu a Revolução Francesa, buscando, no reconhecimento da liberdade, igualdade e fraternidade de todos os cidadãos ou fundamentos do Estado francês, e assim inaugurando, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, uma nova fase da história da humanidade, com a humanização do Direito Penal. Os ideais da Revolução, vistos com restrição pelas monarquias, como a portuguesa, repercutiram nos códigos que lhe sucederam, como no Código Penal francês de 1810 – Código de Napoleão, que foi um avanço para época. Humanização esta que veio aos poucos sendo implementada, mesmo porque, durante um negro período da Revolução Francesa, foi freqüente o recurso à pena de morte pela guilhotinas (entendendo-a, alguns, como uma evolução por levar a uma morte rápida, ao contrário das execuções com torturas). Penas de morte impostas, inclusive, a advogados por alegados excessos em suas defesas. De triste memória, durante a Revolução Francesa, foi, além da guilhotina, a *Lei dos Suspeitos*, de 17 de setembro de 1793, como consigna Guillaume Bernard, in *Reveu de l’Institut de Criminologie de Paris*, v. 4 – La Présomption d’innocence, 2003-2004, cit., p. 55. Em razão dessa terrível lei, que ignorava a *presunção de inocência* reconhecida pela própria Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, houve a punição de pessoas em razão da classe social e da oposição política, possibilitando classificar como “suspeitos” todos os adversários do regime, estabelecendo uma série de presunções de culpabilidade.

consideradas inafiançáveis certas formas de crimes graves (art. 5º inc. XLIII) e, pelo contrário, acolheu a adoção de um diferenciado procedimento e da transação penal para as infrações menos graves (art. 98, I); permitiu a violabilidade das comunicações telefônicas, quando solicitadas para investigação criminal por instrução processual penal, com autorização judicial (art. 5º, incisos XI e XII), embora tenha tutelado, como regra, e preservação da intimidade e a vida privada dos cidadãos (art. 5º, inc. XI). Para Suzana de Toledo Barros (*O Princípio da Proporcionalidade...*, cit., pp. 93-94), essa noção pode ser extraída da própria concepção do Estado Democrático de Direito, que, como referido, deve assegurar a proteção de um núcleo mínimo dos direitos fundamentais.

Assim, no contexto da “reserva do possível”, faz-se necessário um exame minucioso de tudo aquilo que, razoavelmente, se possa e se pretenda reclamar da sociedade, pois, no que se refere às restrições de determinados direitos, deve-se indagar não exclusivamente acerca da admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (*reserva legal*), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade (postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo, segundo M. Hohmann, *Relativitätstheorie des Öffentlichen Rechts*, pp. 88 e ss., 2000). Referido princípio assenta-se na idéia do Estado de Direito, estabelecendo além da relação entre o cidadão e o Estado, as relações entre os poderes. A propósito, observa Bernhard Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, que dificilmente se pode extrair do princípio do Estado de Direito justificativa para a aplicação do princípio da proporcionalidade às relações entre União e Estados ou entre estes e os municípios. Segundo o mesmo, a questão referida insere-se no contexto do princípio federativo. Assim, ter-se-ia a aplicação do princípio da proporcionalidade não com fundamento nos direitos fundamentais ou no Estado de Direito, como postulado geral do Direito <sup>320</sup>.

A Corte Constitucional alemã quando de sua jurisprudência, parece aceitar que o fundamento do princípio da proporcionalidade reside tanto no âmbito dos

<sup>320</sup> SCHLINK, Bernhard, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, cit., pp. 447-448.

direitos fundamentais quanto no contexto do Estado de Direito. Contudo, afigura-se que, não raras vezes, a aplicação do princípio da proporcionalidade decorre de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo <sup>321</sup>.

O princípio da proporcionalidade é também invocado, quando Poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em situações de conflito. Necessário pois, a aplicação do referido princípio nas situações de conflito de competência entre União e Estado ou entre maioria e minoria parlamentar ou, ainda, entre o parlamento e um dado parlamentar <sup>322</sup>.

Assenta Schlink que o significado central do princípio da proporcionalidade foi demonstrado no âmbito do discurso jurídico, ultrapassando fronteiras entre as diversas ordens jurídicas.

No Brasil, impulsos diversos de fundamentação do princípio da proporcionalidade são identificados.

Salientar, convêm, que a primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – tanto quanto é possível distinguir – está intimamente relacionada com a proteção ao direito de propriedade. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 18.331, cujo relator foi o Ministro Orozimbo Nonato:

“O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do ‘détournement de pouvoir’. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado” <sup>323</sup>.

Vemos que, em 1953, aflorou-se o caráter fecundo da doutrina do “excesso de poder” para o controle de atividade legiferante.

O Supremo Tribunal Federal, em 21 de fevereiro de 1968, declarou, oportunamente, a inconstitucionalidade da norma constante da Lei de Segurança

<sup>321</sup> SCHLINK, Bernhard, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, cit., pp. 448-449.

<sup>322</sup> SCHLINK, Bernhard, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, cit., p. 449.

<sup>323</sup> RE 18.331, Rel. Orozimbo Nonato, *RF*, 145/164 e s., 1953.



Nacional, que impedia que o acusado de prática de crime contra a segurança nacional desempenhasse qualquer atividade profissional ou privada, como previsto no art. 48 do Decreto – Lei nº 314, de 1967:

“Art. 48. A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denuncia, em qualquer dos casos previstos neste Decreto – Lei, importará, simultaneamente:

1º na suspensão do exercício da profissão;

2º na suspensão do emprego em atividade privada;

3º na suspensão de cargo ou função na Administração Pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória”.

A desproporcionalidade da restrição (*exorbitância dos efeitos da condenação*) foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e era, portanto, inconstitucional, por manifesta afronta ao próprio direito à vida em combinação com a cláusula de remissão referida, como podemos ler na seguinte passagem do voto então proferido pelo Ministro Themístocles Cavalcanti:

“Infelizmente não temos em nossa Constituição o que dispõe a Emenda nº 8 da Constituição Americana, onde se proíbem a exigência de fianças excessivas, as penas de multa demasiadamente elevadas e a imposição de penas cruéis e fora do comum ou de medida (*cruel and unusual punishment*).

Os intérpretes consideram como tal, por exemplo, a morte lenta, mas entendem também que o conceito deve evoluir porque ‘cruel’ não é uma expressão técnica, com significação definida em direito e que deve evoluir com o aperfeiçoamento do homem, as exigências da opinião pública e a proporção entre o crime e a pena.

É possível que em determinado momento se chegue a condenar a pena de morte, como cruel (Pritchett, *The American Constitution*, p. 527).

No caso *Trop versus Dulles* (1958) Justice Warren entendeu, a meu ver com razão, que a idéia fundamental da Emenda nº 8 é a preservação da dignidade humana. Não temos preceito idêntico; porém, mais genérico e suscetível de uma aplicação mais ampla, temos § 35 do art. 150, reprodução de Constituições anteriores, que dispõe: ‘A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota’.

Ora, a Constituição vigente, como as anteriores no quadro das garantias individuais e sociais, procurou seguir as exigências de aperfeiçoamento do homem e o respeito à sua integridade física e moral. A preservação de sua personalidade e a proteção contra as penas infamantes, a condenação sem processo contraditório, a supressão de algumas penas que se incluíam na nossa velha legislação penal, a afirmação de que somente o delinqüente pode sofrer a pena, sem atingir os que dele dependem, definem uma orientação que qualifica perfeitamente o regime e os princípios fundamentais da Constituição.

O preceito vem da Constituição Americana, Emenda IX – nela foi inspirado e foi introduzido na nossa primeira Constituição Republicana, com o receio de que a enumeração pudesse levar o intérprete a entender que por serem discriminadas essas garantias quaisquer outras estariam excluídas.

Mas o preceito é de maior alcance, porque ele atinge numerosos direitos não enumerados e que representam conquistas do progresso humano no domínio das liberdades. A lista desses direitos vem crescendo há séculos.

O objetivo da lei foi inverso a essa tendência, porque procurou aumentar o rigor da repressão desses crimes, intimidando com medidas que atingem o indivíduo na sua própria carne, pela simples suspeita ou pelo início de um procedimento criminal fundado em elementos nem sempre seguros ou de suspeitas que viriam a se apurar no processo.

Nesse particular, a expressão e medida cruel encontrada no texto americano, bem caracteriza a norma em questão, porque, com ela, se tiram ao indivíduo as possibilidades de uma atividade profissional que lhe permite manter-se e a sua família.

Cruel quanto à desproporção entre a situação do acusado e as conseqüências da medida.

Mas não só o art. 150, § 35, pode ser invocado. Também o *caput* do art. 150 interessa, porque ali se assegura a todos os que aqui residem o direito à vida, à liberdade individual e à propriedade.

Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência, é tirar-lhe um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção”<sup>324</sup>.

Em se analisando cuidadosamente a referida decisão, com a utilização dos recursos da moderna doutrina constitucional, parece que na verdade, a Corte prevaleceu-se da cláusula genérica de remissão disposta no art. 150, § 35, da Constituição de 1967, para sem risco de contestação, poder aplicar a idéia de *proporcionalidade* da restrição como princípio constitucional.

Não obstante a questão se restringisse à liberdade de exercício profissional, parece certo que o juízo desenvolvido se mostra aplicável em relação a qualquer providencia legislativa destinada a restringir direitos.

O princípio da proporcionalidade era, portanto, entendido como elemento integrante ou cláusula implícita dos direitos fundamentais.

Quanto à Constituição de 1988, registra-se uma alteração no fundamento do princípio da proporcionalidade entre nós. Ao analisar a arguição de inconstitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos e incisos da Lei nº 8.713, de 30-9-1993, que disciplinava a participação de partidos políticos nas eleições<sup>325</sup>, o Tribunal enfatizou a desproporcionalidade da lei tendo em vista o princípio do devido processo legal na sua acepção substantiva (CF, art. 5º, LIX).

<sup>324</sup> HC 45. 232, Rel. Themístocles Cavalcanti, RTJ, 44/322 (327-328).

<sup>325</sup> Lei nº 8.713, de 1993, art. 5º.

O Tribunal acabou por declarar a inconstitucionalidade de todos os parágrafos e incisos do art. 5º da referida Lei.

Pelo exposto, entendemos que, o fundamento central da tese da inconstitucionalidade parece residir exatamente na ausência de razoabilidade do critério fixado pelo legislador para restringir a atividade dos pequenos partidos.

Refere-se, portanto, à contribuição material (José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa* de 1976, pp. 128 e ss.), significando um conjunto de princípios, direitos e valores fundamentais de uma determinação jurídica, em atendimento à própria realidade constitucional, mesmo que não constem expressos positivados no texto Constitucional, embora queira parecer que o conjunto de valores fundamentais – Constituição material – esteja contido na Constituição escrita, defensável, porém, inversamente, a existência de normas formalmente constitucionais sem “dignidade” Constitucional.

Evidencia-se que tudo é consequência da extensão do texto Constitucional, citamos, por exemplo, a Constituição portuguesa, que “pretendeu consumir todos os domínios que considerou constitucionalmente relevantes (...)”, segundo Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição Anotada*, p. 31. Contudo esta distinção fundamental em outras ordens jurídicas é relevante e mesmo para o caso Português ela jamais deverá ser esquecida para se superarem eventuais dificuldades de interpretação e integração. Se, ao recorrermos a tais conceitos, se poderá perder com certeza, em determinabilidade, ganha-se em coerência, em unidade de sentido, em ajustamento à própria realidade social – valorativa e, assim, em legitimidade e eficácia (Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “Constituição e Crime” ..., p. 117).

Assim, será da Constituição em sua identificação com as mais fundamentais opções e mais consensuais de uma comunidade que deriva sua legitimidade para se impor, de modo vinculante, a toda ordem jurídica; razão pela qual a Constituição é tida como garantidora da liberdade de direitos dos cidadãos, como o instrumento por excelência de defesa dos indivíduos face ao poder do Estado. A contraposição liberal Estado / Sociedade, está na sua origem, visando limitar a intervenção do Estado ao mínimo indispensável e garantir o máximo de

espaço possível à liberdade dos cidadãos. Nesse sentido, Vives Antón, Introducción: Estado de Derecho y Derecho Penal, in Derecho Penal y Constitución, Comentarios a La Legislacion Penal, Tomo I, *Revista de Derecho Público*, Madrid, p. 19.

Sendo a constituição escrita, pelas especiais exigências no trato, a sua elaboração, sendo eventuais princípios de valores não escritos mas implícitos no âmbito valorativo social, exprimem no contexto de consenso relativamente alargado e, para tal ser possível, em sociedades plurais. Se esta não constitui garantia absoluta de racionalidade das decisões, nem de justiça absoluta, representa a única via legítima para uma racionalidade e uma justiça mais perfeita. Acerca do problema dos direitos das minorias, deve-se considerar que os próprios princípios fundamentais constitucionais da dignidade humana, da liberdade, do pluralismo e da tolerância, impedem, não permitem um seu desrespeito, assim como o desrespeito e instrumentalização de qualquer individuo em nome de qualquer uma utilidade social.

Só se consegue um Direito equilibrado, que não ponha em causa sua razão de ser, quando se tem em conta a natureza social do homem e simultaneamente, a “originalidade” de cada individuo e a defesa intransigente da sua dignidade, os quais se constituem nos princípios basilares das Constituições Democráticas atuais (Alexis de Tocqueville, *De La Democratie en Amérique*, Paris, Garnier-Flammarion, 2 vols., pp. 110 e ss. e Montoro Ballesteros, *Razones y Límites de la Legitimación Democrática del Derecho*, Murcia, Univ. Murcia, 1979).

Consequentemente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, ainda que fosse legítimo o estabelecimento de restrição ao direito dos partidos políticos de participar do processo eleitoral, a adoção de critério relacionado com fatos passados para limitar a atuação futura desses partidos parecia manifestamente *inadequada e desnecessária* e, portanto, lesiva ao princípio da proporcionalidade.

### 3.2.1 – Princípio da proporcionalidade no contexto dos seus elementos

Tendo em vista as críticas constantes ao princípio da proporcionalidade ante à imprecisão nos resultados de sua aplicação, viu-se compelida a doutrina a crescer no sentido de uma identificação de um conteúdo mais determinável, objetivando permitir uma melhor compreensão quando do seu uso na prática jurídica. Chegou-se, portanto, à conclusão de que, para se usá-lo, para se adotar o princípio da proporcionalidade, cabe ao legislador e ao juiz exercerem uma verificação de um caso concreto observando determinados requisitos que integram sua essência, cognominados pelos alemães de subprincípios ou requisitos para sua consideração: (a) *idoneidade*; (b) *necessidade*; (c) *proporcionalidade em sentido estrito*.

De *idoneidade*, diz seu conceito: aptidão para se chegar aos fins previstos na lei processual, corresponde à necessidade de adequação qualitativa e quantitativa (duração e intensidade compatíveis com a finalidade pretendida) da medida restritiva de direitos fundamentais, como também da necessidade de adequação da determinação do contexto subjetivo de sua aplicação (individualização dos sujeitos que serão atingidos).

No pertinente à idoneidade qualitativa, faz-se necessário a medida restritiva de direitos fundamentais não destoar de sua finalidade prevista em lei, como dispõe o art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal:

- “proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões autorizarem, para:
- (a) prender criminosos;
  - (b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
  - (c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
  - (d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
  - (e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
  - (f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
  - (g) apreender pessoas vítimas de crimes;
  - (h) colher qualquer elemento de convicção”.

Quanto à restrição de direitos fundamentais no contexto de sua idoneidade quantitativa, exige-se da medida respeito ao limite necessário a fim de que seja

alcançada a finalidade perseguida com sua decretação, o que podemos exemplificar com a duração de uma interceptação telefônica, cujo prazo de duração, no Brasil, é de 15 dias, previsto em lei, podendo ser prorrogada, segundo a lei, só no caso de comprovada sua indispensabilidade – art. 5º, da Lei nº 9.226/96. Não é considerada idônea a aplicação de medida que acarrete restrição de direitos de pessoas insuspeitas da prática de crime, o que exige um juízo de probabilidade sobre o êxito da investigação pertinente à terceira pessoa, que em princípio não está envolvida com fato delituoso apurado.

Reconhecida sua magnitude no contexto dos subprincípios é a *necessidade*, também chamada de “intervenção mínima”, “alternativa menos gravosa” ou “subsidiariedade, determinando ao legislador ou ao juiz ante o caso concreto, a análise de todas as demais formas aptas a alcançar o resultado pretendido com a medida, para depois se concluir por aquela mais gravosa, que vai implicar restrição de direitos fundamentais.

A propósito, citamos Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “*Constituição e Crime*” ..., cit., p. 263, ao indagar: “Terá o Tribunal Constitucional legitimidade para controlar a carência de tutela penal, considerando inconstitucional uma norma criminalizadora por não respeitar este princípio?”

A polêmica reside entre a necessária vinculatividade do princípio da carência de tutela penal, pelos seus fundamentos e conseqüente expressão constitucional, por um lado, e a natureza de critérios em que se fundamenta esse princípio, supondo-se a possibilidade de uma verificação insegura, muitas das vezes, sobre uma série de realidades. Uma verificação que exige um recurso aos conhecimentos de ciências empíricas, as quais se fundamentam, não raras vezes, em dados aproximados e vaiáveis. Sem sombra de dúvidas, a liberdade do legislador obrigar-se-á a ser maior, visto que é ele o mais próximo de comissões de peritos para a elaboração de análise de determinados fatos. O lugar mais indicado para tratar de uma ampla discussão dos problemas – o Parlamento – contando com a participação dos representantes de tendências várias. E mais uma vez indaga Maria da Conceição, (“*Constituição e Crime*” ..., cit., p. 264), “Não seriam susceptíveis de controlo constitucional a exigência de danosidade social e

a de carência de tutela penal?” (embora não seja esta a posição que a autora sustenta).

Seria esta categoria do domínio da política criminal, responsável pela tarefa de orientar o legislador, porém sem existência normativa ou, pelo menos, sem possibilidade de ser controlada pelo Tribunal Constitucional.

Segundo Heinz Zipf, *Introducción a la Política Criminal*, cit., p. 97, embora seja constatada a lesividade social que, relaciona-se intensamente com a necessidade da pena, afasta-se dos limites constitucionais, integrando-se à definição de conceito material do crime, como linha orientadora legislativa. Roxin, *Strafrecht...*, p. 502..., em que pese salientar o caráter constitucional do princípio da proporcionalidade de maneira que, uma criminalização que o ofendesse poderia ser considerada nula, diz que, na prática, o princípio da subsidiariedade traduz-se numa linha de orientação político – criminal – indispensável ao progresso do Direito Penal – do que no princípio concludente vinculante.

Ora, se dispõe a Constituição portuguesa em seu art. 3º, a vinculatividade dos princípios constitucionais, não tem sentido retirar-lhe essa vinculatividade ou a sua eficácia prática. Além do que, não parece aceitável defender soluções contrárias em relação à danosidade social e à carência de tutela penal. Dignidade penal / carência de tutela penal, referem-se a problemas distintos e encontram consagração na Constituição.

Concordamos com Gomes Canotilho, quando se refere às leis restritivas e afirma que uma lei é inconstitucional quando por meio de uma outra é possível restringir de modo menos “excessiva” e mais “proporcional” os direitos, liberdades e garantias. Contudo, reconhece o autor, que esta questão “coloca problemas graves em sede de controlo concreto da constitucionalidade, se se entender que a “necessidade”, “adequação”, e “proporcionalidade” da medida legal restritiva é uma questão de “mérito político”, situada no âmbito de liberdade do legislador”.

*A proporcionalidade em sentido restrito* obriga o legislador e o juiz acerca do interesse que o Estado busca, certificando-se, (os dois) se o interesse é proporcional à violação dos direitos fundamentais, que sempre deve ocorrer de modo excepcional. Assim, mesmo autorizada a medida restritiva (subprincípio da

indoneidade) e ainda que seja necessária (subprincípio da necessidade), exige-se a proporcionalidade no âmbito da finalidade pretendida pelo Estado. Para salientar a importância dos interesses da persecução penal em relação aos interesses individuais do investigado ou acusado, a doutrina estabeleceu quatro critérios, apoiados em considerações valorativas:

- (1) *conseqüência jurídica;*
- (2) *a importância da causa;*
- (3) *o grau da imputação;*
- (4) *o êxito previsível da medida.*

Consiste a *conseqüência jurídica* em importante requisito de utilidade e prática extraído pela jurisprudência e doutrina alemã da regra expressa do § 112 (1) *StPO*, que veda a prisão provisória do imputado quando nos casos em que a medida for desproporcional em relação à “pena ou medida de correção e de segurança esperada”. A restrição de qualquer direito ou garantia individual deve ser proporcional à pena prevista para a infração penal apurada. Em princípio, cabe a justificação da invasão de privacidade do investigado pela violação de seu sigilo bancário, objetivando a apuração de um crime de lesão corporal leve que, além da recomendação de uma pena reduzida, autoriza a aplicação de sanção alternativa, de cunho consensual, por meio da transação penal.

Para evitar equívocos judiciais, a doutrina alemã propõe a observância de três condições básicas: a medida substituta deve ser capaz de alcançar a finalidade buscada pela medida substituída, deve estar prevista na lei processual e deve existir infraestrutura pessoal suficiente para a sua aplicação (*Proportionalidad ...*, cit., pp. 200-202).

Da *importância da causa*, critério do princípio da proporcionalidade, também extraído da regra do § 112 (1) *StPO*, que veda a prisão provisória quando for desproporcional em relação à “importância da causa”, exige-se uma análise acerca da gravidade da infração penal apurada, a qual deverá ser confrontada com a intensidade da restrição do direito individual. Esse critério tem sido criticado pela doutrina alemã, ou seja, parte da doutrina alemã, visto que, ao contrário do critério da *conseqüência jurídica*, que é amparado na pena objetivamente prevista, a relevância da causa é caracterizada pela ausência de conteúdo determinado, o



que pode conduzir a decisões injustas (Eduardo Araújo da Silva, *Crime Organizado – Procedimento Probatório*, 2ª ed., São Paulo, cit., p. 49, 2009).

Em que pese essas críticas, na prática judiciária germânica a importância da causa compreende três situações: a gravidade do fato, o interesse público no êxito do processo ou no perigo de reiteração de fatos análogos (*Proporcionalidad ...*, cit., pp. 258-262).

O grau de imputação consiste na ponderação a respeito da força da suspeita sobre a autoria ou a participação no fato investigado, sendo, possível avaliar a probabilidade de uma futura condenação. Também, esse critério, é criticado em parte pela doutrina germânica por se apresentar “excessivamente indeterminado”, na medida em que exige uma graduação da suspeita de uma violação à presunção inocência (Eduardo Araújo, *Crime Organizado ...*, cit., p. 49).

A *gravidade do fato* é extraída da “forma de execução do fato” ou sua “forma de aparição”, o “peso dos bens jurídicos atacados”, a “culpabilidade subjacente do imputado” e sua “periculosidade”.

Por sua vez, o *interesse público no êxito do processo* também é questionado por parte da doutrina alemã para efeito de se determinar a importância da causa (Eduardo Araújo, *Crime Organizado ...*, cit., p. 49).

Da *reiteração de fatos*, análogos ao apurado se realiza pelo exame dos antecedentes do investigado ou acusado, que permitem concluir a respeito de sua provável inclinação para voltar a delinquir. Acha os críticos, que a crítica repousa no fato de que, na verdade, trata-se de uma medida preventiva sem conexão com a relação processual em curso.

O *grau de imputação* consiste na ponderação a respeito da força da suspeita sobre a autoria ou a participação do fato investigado que permite avaliar a probabilidade de uma futura condenação.

É também esse critério questionado por uma parcela da doutrina alemã por se apresentar “excessivamente indeterminado”, na medida em que exige uma graduação da suspeita e uma violação à presunção de inocência.

Por último, o *êxito previsível da medida* refere-se à utilidade da medida implicando a restrição de direitos fundamentais, impondo ao juiz a aferição sobre a

previsibilidade de êxito de sua iniciativa, motivo pelo qual tal êxito é entendido por alguns autores como compreendido no subprincípio da idoneidade.

É considerada típica pela doutrina, a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excessos (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), revelada mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins <sup>326</sup>.

Na Alemanha, no âmbito do direito constitucional, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não escrita <sup>327</sup>.

O Direito Constitucional utiliza-se do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso envolvendo, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa.

O *Bundesverfassungsgericht* através de sua decisão proferida em março de 1971, assentou que o princípio do Estado de Direito proíbe leis restritivas inadequadas à consecução e seus fins <sup>328</sup>, acrescentando que “uma providencia legislativa não deve ser já considerada inconstitucional por basear-se em um erro de prognóstico” – BVerfGE, 25: 1(12).

Posteriormente, o Tribunal Constitucional explicitou, que “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais <sup>329</sup>.

A aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador. Constata-se através do *Bundesverfassungsgericht* que, após discutir aspectos relativos à eficácia e adequação de medidas econômicas consagradas em ato legislativo, chega-se à

<sup>326</sup> SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit., v. 2, p. 390 e s.; Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, cit., p. 487, 1998.

<sup>327</sup> SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 391; Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrecht*, cit., pp. 28, 142 e ss..

<sup>328</sup> BVerfGE, 30: 250.

<sup>329</sup> BVerfGE, 30: 292 (316), 39: 210 (230-1).

conclusão de que os limites da discricionariedade não foram ultrapassados <sup>330</sup>.

Reconhece o Tribunal que o estabelecimento de objetivos e a definição dos meios adequados pressupõem um ato decisório de índole política, econômica, social, ou político-jurídica <sup>331</sup>. Esse juízo pertinente à atividade política parece ter determinado um comportamento, uma postura de cautela do Tribunal no exame relativo à adequação das medidas legislativas <sup>332</sup>.

Para a Corte Constitucional germânica, “se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas”, uma lei será inconstitucional, por infringir o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso <sup>333</sup>.

A inconstitucionalidade de uma lei ante uma desconformidade ou inadequação aos fins, somente pode ser constatada em casos raros e especiais <sup>334</sup>.

No Direito português, o princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional <sup>335</sup>, consagrando-se, no art. 18º, 2, da Constituição, que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Lei Maior, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

O princípio da proibição de excesso, tal como concebido pelo legislador português, afirma Canotilho, “constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador” <sup>336</sup>. Portugal, em sua Constituição de 1822, em seu art. 3º, dispõe sobre a obrigação do Governo assegurar proteção a todos os cidadãos como garantia dos seus direitos pessoais; enquanto que na Constituição de 1826, prevê-se a existência de socorros públicos, dispostos no art. 145º, § 29 e de

<sup>330</sup> *BVerfGE*, 30: 250 (230-1); Schneider. Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 398.

<sup>331</sup> SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 398.

<sup>332</sup> SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 398.

<sup>333</sup> SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 398.

<sup>334</sup> *BVerfGE*, 30: 250 (230-1); Schneider. Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 398.

<sup>335</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 447.

<sup>336</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 447.

Instrução primária gratuita em seu art. 145º, § 30. O que vem demonstrar que já naquela época apresenta alguns deveres de atuação, além dos deveres de omissão estadual perante os direitos dos cidadãos. Gomes Canotilho afirma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789, além de afirmar os direitos fundamentais face ao Estado, também afirmava os privilégios da nobreza e do clero, contrária a posições desiguais (Constituição portuguesa de 1822, arts. 12º e 13º). Assim, “o Estado deveria assegurar também a liberdade no âmbito privado” (*Direito Constitucional*, 5ª ed. p. 608). Daí porque Vieira Andrade afirma que a consagração constitucional de direitos e liberdades dos cidadãos representava a defesa do indivíduo isolado perante o Estado, como também da Sociedade, como um todo, diante do Estado “a defesa, afinal, de um determinado modelo de sociedade e de uma determinada idéia de Estado”; por outro lado, “também os indivíduos estavam obrigados juridicamente a respeitar a liberdade dos seus concidadãos e, de algum modo, *competia ao Estado assegurar esse respeito*, prevenindo ou castigando abusos e violações e solucionando conflitos”. No entanto, refere: “esse respeito devido a essa proteção não funcionava no quadro dos direitos fundamentais, mas no âmbito do direito privado e do direito criminal”... (ob. cit., p. 272). Nesse sentido, Gomes Canotilho / Vital Moreira, ob. cit., p. 175; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª ed., pp. 602 e ss.; Vieira de Andrade, ob. cit., pp. 270 e ss., entendem que os direitos, liberdade e garantias vinculam também as entidades privadas, adquirindo, dessa forma, “eficácia erga omnes”, o que pressupõe o abandono de uma visão tipicamente liberal desses direitos.

### **3.2.2 – Princípio da adequação no Direito Processual Penal português**

Ainda no Direito português, no âmbito do processo penal, os princípios da adequação e proporcionalidade têm sua consagração explicitada no art. 193º de acordo com os quais o julgador, em considerando necessário a aplicação ao arguido de uma medida de coação deve aplicar-lhe, no contexto das legalmente admissíveis, a que considere idônea para salvaguardar as exigências cautelares

que o caso exige, toda vez que a medida escolhida seja proporcional à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas.

Os princípios referidos respeitam o momento inicial da aplicação de uma medida, como também a sua alteração, vez que depois de aplicadas, podem ser tais medidas revogadas ou alteradas em razão das necessidades processuais.

No art. 193º do *Código de Processo Penal* português, está consagrado o *princípio da adequação*, significando que a medida a ser aplicada, no caso concreto, ao argüido, deve ser idônea para poder, então, atender às necessidades cautelares do caso e, por essa razão, há – de ser escolhida em função da cautela, do objetivo a que se pretende.

É de caráter empírico, o princípio da adequação, apoiando-se no esquema meio – fim, em virtude do qual a adequação há – de ser analisada em relação com a sua finalidade. Diz-se de uma medida adequada se com a sua aplicação se realiza ou facilita a realização do fim pretendido e não o é se o dificulta ou não tem absolutamente nenhuma eficácia para a realização das exigências cautelares <sup>337</sup>.

Numa dupla perspectiva, o princípio da adequação pode ser formulado: positiva e negativa. No que tange à formulação positiva, um meio se diz adequado quando, com a sua ajuda, a exigência cautelar pode ser facilitada, enquanto que, na formulação negativa diz-se de uma medida inadequada só se o for totalmente ineficaz para a realização da exigência cautelar <sup>338</sup>.

A adequação da medida há – de – sê-lo quer qualitativa quer quantitativamente <sup>339</sup>. As medidas, para que alcancem os fins previstos no caso concreto, (aptas pela sua própria natureza para no caso concreto realizar o fim pretendido) hão de ser qualitativamente adequadas.

No que se refere a uma medida de coação, obrigatoriamente, terá ela de ser quantitativamente adequada, ou seja, a exigência pela própria finalidade que se pretende alcançar, da sua duração ou intensidade.

<sup>337</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa, cit., p. 217, 1993.

<sup>338</sup> L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981, pp. 51-52.

<sup>339</sup> GONZÁLEZ – CUELLAR SERRANO, Nicolas, *Proporcionalidad y Derecho Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid. pp. 160 ss..

Manifesta-se o princípio da adequação não só na escolha da medida mais adequada aos fins cautelares prosseguidos com a sua aplicação, mas também escolhida será a modalidade da sua execução. No que se refere ao art. 193º, no seu número 3, dispõe que a execução das medidas *não deve prejudicar o exercício de direitos fundamentais que não forem incompatíveis com as exigências cautelares que o caso requer.*

### 3.2.3 – Princípio da proporcionalidade no Direito Processual Penal Português

A escolha do juiz pelas medidas tipicizadas na lei é regida pela orientação oriunda do princípio da adequação, princípio este integrado pelo *princípio da proporcionalidade* que impõe que a medida deve ser proporcionada à *gravidade do crime e à sanção que previsivelmente venha a ser aplicada* ao arguido em razão do cometimento do crime ou crimes indiciados no processo, ou seja, uma medida não pode ser aplicada, ainda que justificada pelas exigências cautelares do caso concreto, que não seja proporcionada à gravidade do crime e à sanção que previsivelmente será aplicada ao arguido.

O que quer dizer, porém, deve ser a medida proporcionada à gravidade do crime e à sanção que previsivelmente venha a ser aplicada?<sup>340</sup>

Encontra aplicação concreta em outras normas do *Código de Processo Penal* relativas às medidas de coação, o princípio da proporcionalidade. Desde logo quando a lei faz depender a aplicação de uma determinada medida da *gravidade da sanção aplicável*, mas também quando no art. 192º, nº 2, dispõe que nenhuma medida é aplicada quando houver motivos fundados para se crer na existência de causa que isentem a responsabilidade ou a extinção do procedimento criminal.

Ora, se estão escalonadas em função da gravidade da pena aplicável, as medidas de coação e, existindo motivos para acreditar que nenhuma pena será aplicada não deverá ser aplicada também nenhuma medida, concluindo-se que

<sup>340</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa, cit., p. 218, 1993.

deve também ser ponderada a gravidade do fato, medida em um modo de execução, importância dos jurídicos violados, a culpabilidade do agente, deverá, enfim, atender-se a todas as circunstâncias que em geral devem ser consideradas para determinação da pena <sup>341</sup>.

Em abstrato, atendendo-se ao máximo da pena correspondente ao crime, é feita a determinação da pena aplicável para julgar da admissibilidade da medida, mas ainda que admissível uma determinada medida, e ainda que adequada também às exigências cautelares do caso, é conveniente ponderar a gravidade do fato e correspondente gravidade da pena previsivelmente a ser aplicada em concreto para definir se a gravidade da medida é proporcionada à gravidade do crime imputado <sup>342</sup>.

Muitas das vezes a pena a aplicar no caso seja sensivelmente inferior à que em abstrato é cominada para o tipo do crime, designadamente podem existir circunstâncias que permitam a atenuação extraordinária, em termos impossível de prever que o argüido venha a sofrer, ou seja, uma pena de prisão efetiva, quando então será desproporcionada a aplicação da medida de prisão preventiva <sup>343</sup>.

### 3.2.4 – Quando da prisão preventiva adequada e proporcionada

Diz-se prisão preventiva aquela que se efetiva ou se impõe como medida de cautela ou de prevenção, no interesse da justiça, mesmo que não haja ainda *condenação* <sup>344</sup>.

Embora que *adequada e proporcionada à gravidade do crime*, a prisão preventiva só pode ser aplicada quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coação, como resultado do art. 193º, nº 2, do

<sup>341</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa, cit., p. 219, 1993.

<sup>342</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa, cit., p. 219, 1993.

<sup>343</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa, cit., p. 219, 1993.

<sup>344</sup> Desde os tempos dos romanos que a prisão preventiva vem sendo utilizada, como medida cautelar, para garantir o cumprimento da lei penal. O indivíduo acusado de ter cometido um crime ficava encarcerado, aguardando julgamento. Isso evitava que fugisse e permanecesse impune. Os antigos não adotavam a prisão celular como pena. O réu permanecia nas masmorras até ser condenado ou absolvido. Se condenado, era à pena de morte, às galés, trabalhos forçados, degredo etc. Atualmente, a prisão preventiva apresenta fundamentos totalmente diferentes e persegue objetivos bastante diversos (Antônio José Miguel Feu Rosa, *Processo Penal*, Rio de Janeiro cit., p. 474).

*Código de Processo Penal* português e dos motivos autorizadores listados nos arts. 312, 313 e 319 do *Código de Processo Penal* brasileiro.

Logo, se duas ou mais medidas se mostrarem igualmente adequadas e suficientes às exigências cautelares, nunca deve ser escolhida a prisão preventiva. É o *princípio da subsidiariedade da prisão preventiva*.

Na redação original do *Código de Processo Penal* brasileiro, era possível se falar em uma prisão preventiva obrigatória e outra facultativa. Isso porque, embora o Código não usasse as referidas expressões, conforme a redação original do art. 312 do *Código de Processo Penal*, a prisão preventiva seria decretada nos crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo igual ou superior a dez anos. Nesse caso aplicar-se-ia a espécie de prisão obrigatória. A expressa prisão preventiva facultativa era usada em contraposição à preventiva compulsória, sendo cabível quando, além de prova da materialidade e indícios de autoria, estivessem presentes outros pressupostos. Em sendo extinta a prisão preventiva obrigatória por imposição da Lei nº 5.349/67, que conferiu nova redação ao art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro, não há mais falar em prisão preventiva obrigatória nem facultativa. A propósito, adverte Tourinho Filho, “não é obrigatória porque a lei não impõe ao juiz o dever de decretá-la; não é facultativa porque não fica exclusivamente subordinada, condicionada, à vontade do Magistrado”.

Sendo o inquérito policial peça dispensável ao oferecimento da peça acusatória, desde que a justa causa necessária à deflagração do processo esteja respaldada por outros elementos de convicção (*Código de Processo Penal*, art. 39, § 5º), não é obrigatória a existência de inquérito policial em andamento para a decretação de prisão preventiva, mas sim que haja uma investigação preliminar que demonstre a imprescindibilidade da prisão preventiva do investigado para melhor apuração do fato delituoso<sup>345</sup>. Assim, além do cabimento da prisão preventiva durante o curso de um inquérito policial, também o será diante de outros procedimentos investigatórios, tais como comissões parlamentares de

<sup>345</sup> LIMA, Renato Brasileiro, *Manual de Processo Penal*, Título 6, 1º v. – Das Medidas Cautelares de Natureza Pessoal, cit., p. 1311.



inquérito (CPI), inquéritos civis ou procedimentos investigatórios criminais presididos pelo órgão do Ministério Público.

Uma última questão merece ser analisada acerca da prisão preventiva decretada no curso das investigações: a obrigatoriedade do oferecimento da peça acusatória. Grande parte dos doutrinadores, ou mesmo a parte majoritária entende que, havendo elementos para a segregação cautelar do agente (prova da materialidade e indícios de autoria), também havendo elementos para o fornecimento da peça acusatória, é inviável, nessas circunstâncias, a devolução dos autos do inquérito policial à autoridade policial para realização de diligências complementares<sup>346</sup>.

Isto posto, com o advento da Lei 7.960/1989, que versa sobre a prisão temporária, pelo menos em relação aos delitos constantes do art. 1º, inc. III, da referida lei, bem como no tocante aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/1990, art. 2º, § 4º), somente será possível a decretação da prisão temporária na fase preliminar de investigações, à qual não poderia se somar à prisão preventiva, pelo menos durante essa fase. Portanto, em relação a tais delitos, não se afigura possível a aplicação da temporária seguida da preventiva, exclusivamente durante a fase investigatória.

Se em relação a tais delitos foi criada uma modalidade de prisão cautelar com o objetivo específico de tutelar as investigações, não faz sentido que a prisão preventiva também seja decretada na fase preliminar. Logo, se a prisão temporária tiver sido decretada pelo magistrado pelo prazo de 60 (sessenta) dias para auxiliar nas investigações de um crime hediondo, não faz sentido que, findo este prazo, seja decretada a prisão preventiva, concedendo-se à autoridade policial mais 10 (dez) dias para finalizar as investigações. Consequentemente, se a autoridade policial não conseguir concluir as investigações no prazo máximo previsto para a prisão temporária, o indivíduo deve ser posto em liberdade, sem prejuízo da continuidade da apuração do fato delituoso. Contudo, uma vez expirado o prazo da prisão temporária, e oferecida denúncia ou queixa, nada

<sup>346</sup> LIMA, Renato Brasileiro, *Manual de Processo Penal*, Título 6, 1º v. – Das Medidas Cautelares de Natureza Pessoal, cit., pp. 1311-1312.

impede que o magistrado, ao receber a peça acusatória, determine a prisão preventiva do acusado, medida esta que deverá perdurar enquanto subsistir sua necessidade <sup>347</sup>.

A lei cria uma certa progressão da gravidade das várias medidas, cuja diversa gravidade deve ser sempre tida em conta pelo juiz no momento da escolha da que julgue mais idônea a salvaguardar as exigências cautelares em cada caso <sup>348</sup>.

Não se pode esquecer o princípio constitucional da presunção de inocência que impõe que as medidas de coação e de garantia patrimonial sejam na maior medida possível compatíveis com o estado processual de inocência inerente ao momento em que se encontram os argüidos a quem são aplicadas e por isso que, ainda que legitimadas pelo fim, devem ser aplicadas as menos gravosas, desde que adequadas <sup>349</sup>.

### 3.2.5 – Quando da prisão preventiva – Detração

Antes de mais nada a prisão preventiva não pode ser antecipação da pena.

Na prática, ela resulta na perda da liberdade, como na pena privativa de liberdade, e é obrigatório o seu desconto (detração) da pena aplicada (Código Penal brasileiro, art. 42).

Detração é o abatimento, na pena ou medida de segurança a ser executada, do tempo de prisão provisória ou de internação já cumprido pelo condenado.

Pela lei, o desconto é executado *na pena privativa de liberdade e na medida de segurança*. Entendemos que, por analogia permitida e necessária, o

<sup>347</sup> LIMA, Renato Brasileiro, *Manual de Processo Penal*, Título 6, 1º v. – Das Medidas Cautelares de Natureza Pessoal, cit., pp. 1310-1312. No mesmo sentido: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi (*Prisão temporária: análise e perspectiva de uma releitura garantista* da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, São Paulo: Quartier Latin, 2009) e Guilherme de Souza Nucci (*Tribunal do Júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, cit., p. 57, 2008).

<sup>348</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II*, Lisboa, cit., p. 219.

<sup>349</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II*, Lisboa, cit., p. 219. Segundo o autor, discute-se hoje, em várias estâncias sobre a correção da prática jurisprudencial portuguesa, sobretudo dos Juízos de Instrução, em matéria de prisão preventiva, considerando-se que, de um modo generalizado, o número de prisões preventivas é exagerado.

desconto também deve recair sobre três espécies de *penas restritivas de direitos* (*prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana* – *Código Penal*, 43, IV, V e VI). Logo, se na pena mais grave a ser cumprida (privativa de liberdade) incide a detração, não há razão para excluí-la das penas que a substituem (restritivas de direitos)<sup>350</sup>. Não haverá, portanto, detração sobre a pena de multa, já que a mesma é considerada dívida de valor, não podendo mais ser convertida em pena privativa de liberdade, conforme a nova redação conferida no art. 51 do *Código Penal*.

No direito português, o *Código Penal* em seu art. 80º, nº 2, dispõe: “se for aplicada pena de multa, a detenção, a prisão preventiva, e a obrigação de permanência na habitação são descontadas à razão de 1 dia de privação da liberdade por, pelo menos, 1 dia multa”.

As alterações introduzidas pela revisão (Comissão Revisora, em 20 de abril de 1964) resultam da distinção feita pelo *Código de Processo Penal* entre detenção e prisão preventiva; de esse Código ter introduzido a medida processual de obrigação de permanência na habitação e ainda de o Código ter deixado de prever casos de multa em quantia determinada.

Nesse sentido, vejamos algumas jurisprudências no direito português:

- O desconto da prisão preventiva, a que se refere o art. 80º, nº 1, do Código Penal português, só pode ter lugar no processo em que o réu haja sido julgado, não compreendendo outros processos em que o réu haja sido julgado em separado e absolvido (ac. RL de 22 de fevereiro de 1984; *BMJ*, 341, 467);
- O desconto da prisão preventiva não tem que ser ordenado na decisão condenatória, resultando imperativamente da lei (ac. STJ de 15 de março de 1985; *BMJ*, 345, 228);
- O desconto da prisão preventiva a que se refere o nº 1 do art. 80º do Código Penal português só pode ter lugar no processo em que o argüido haja sido condenado, excluindo-se assim outros processos em que tenha sido julgado em separado e absolvido (ac. STJ de 6 de dezembro de 1989; *BMJ*, 392, 392).

<sup>350</sup> Tendo em vista as grandes mudanças experimentadas pelo mundo nos últimos tempos, de que são exemplos a evolução tecnológica e o efeito estufa, o sociólogo alemão Ulrich Beck, 1986, alertou sobre a existência de *novos riscos* à sociedade, nunca antes imaginados. Diante dessa nova realidade, Cornelius Prittwitz escreveu em 1993, um livro chamado *Direito Penal e Risco*, no qual questiona “se o Direito Penal está em condições de fazer frente, com o seu tradicional aparato liberal e ajustado ao Estado de Direito, ao qual também pertence sobretudo o conceito de bem jurídico, aos modernos riscos da vida (como do tipo atômico, químico, ecológico ou técnicas de genética)” (in Claus Roxin, *Derecho Penal Parte Geral*, Madrid, 2ª ed. cit., p. 61, 2006). Assim, alguns autores vêm sustentando que o Direito Penal deve abandonar a teoria do Bem Jurídico como fundamento de sua legitimidade, como referências de Bernd Mussig (*Desmaterialización*

Decisiva é pois aqui a **unidade processual**, não a unidade substantiva.

Se o agente for preso preventivamente em virtude de ser acusado dos fatos X, Y e Z, o desconto terá lugar mesmo que aquele venha a ser condenado a pena pelo fato Y <sup>351</sup>.

À prisão preventiva devem equiparar-se, apesar do silêncio da lei, **outras privações da liberdade de carácter processual**, *como é o caso da detenção e da obrigação de permanência na habitação* <sup>352</sup>: a justificação é nesses casos, exatamente a mesma da prisão preventiva e a solução é favorável ao agente, não havendo por isso obstáculos à integração da lacuna por essa via <sup>353</sup>. Descontada será, por outro lado, tanto a privação de liberdade sofrida em Portugal como, nos termos do art. 82º, a sofrida no estrangeiro.

Segundo o disposto no art. 81º, 1, é igualmente descontada uma pena, na medida em que estiver cumprida, quando ela, tendo sido imposta por decisão transitada em julgado, vier em processo posterior a ser *substituída* por outra. Isto acontecerá, as mais das vezes, em casos de conhecimento superveniente de um concurso de crimes (supra § 424 ss.); mas poderá acontecer também no contexto de um processo de revisão (Código de Processo Penal, arts. 449º e ss.) <sup>354</sup> ou de uma decisão que, com o mesmo objeto processual, tenha ocorrido em país estrangeiro (art. 82º e 6º - 4).

---

*del Bien Juridico y la Política Criminal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001). Defendem que o Direito repercute na concreta configuração da vida em sociedade, devendo o Direito Penal proteger o seu *funcionamento*, isto é, o próprio sistema e as normas legais que lhe dão base. Para fundamentar essa idéia, pinçam a lição da Teoria Geral do Direito de que as normas dão segurança às *expectativas e condutas* em relação aos outros, conferindo às pessoas o direito de esperar determinadas atitudes dos demais com quem se relacionam, para que a sociedade caminhe. Assim, passam a *maximizar* o Direito Penal, conferindo-lhe a função de proteger, reafirmar e garantir o *próprio sistema normativo*, garantindo a vigência da norma, devendo a pena ser aplicada como reação à “quebra da norma”, sem a necessidade de ofensa a bem jurídico qualquer (cf. *Teoria Institucional dos Sistemas*, com base em Niklas Luhmann).

<sup>351</sup> Assim, a Comissão Revisora do ProjPG 63, *Actas PE I* 165 ss. e, agora, GONÇALVES, M. Maia art. 80º anot. 2. Na doutrina alemã, por outros MAURACH / ZIPF § 64 nº. m. 63 e SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE § 51 nº. m. 10.

<sup>352</sup> Nesse sentido, expressamente o art. 80º, Projeto da 1991.

<sup>353</sup> Exato, por isso, o AcRP de 91DEZ04, *CJ XVI* – 5 1991 223. Na Alemanha interpretam o silêncio da lei como devendo conduzir a não extensão, MAURACH / ZIPF § 64 nº. m. 64.

<sup>354</sup> Contra, GONÇALVES, M. Maia, art. 81º anot. 2, com a alegação, que parece improcedente, de que após a revisão “a sentença revista e a pena nela aplicada deixam de existir”. Assim se expressa Figueiredo Dias, *Direito Penal Português* ..., cit. p. 300.

Da leitura dos arts. 80º a 82º, parece resultar que, no contexto da lei, o instituto de desconto só funciona relativamente a privações de liberdades processuais, a penas de prisão e (ou) a penas de multa, já não relativamente a outras **penas de substituição** e a medidas de segurança <sup>355</sup>.

### 3.2.6 – Princípio da proporcionalidade e prova ilícita *pro societate*

A idéia de interesse de agir ou de interesse processual está relacionada à utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação do aparato judicial. Contudo, o Poder Público não pode agir imoderadamente, ainda que justificada sua pretensão, visto a atividade estatal que se acha essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Daí a importância do princípio da proporcionalidade, que se qualifica, enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico e contensão de excessos do Poder Público.

Tendo em vista que a norma constitucional da inadmissibilidade do uso no processo de provas obtidas por meios ilícitos (*Constituição Federal*, art. 5º, inc. LVI) representa um freio, uma limitação ao *direito de punir* do Estado, deduz-se que o juiz pode, com fundamento em uma prova ilícita, prolatar uma sentença absolutória.

A rigor, doutrina e jurisprudência têm admitido a possibilidade de usar a prova ilícita no processo quando ela for produzida em benefício do acusado, mesmo quando adquirida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, mas por outro viés, há uma grande polêmica, uma intensa controvérsia quanto à possibilidade de utilização de provas em favor da sociedade.

Quando pertine à hipótese de criminalidade organizada <sup>356</sup>, a aplicação do princípio da proporcionalidade também autoriza a utilização de prova ilícita em favor da sociedade, quando a criminalidade organizada é superior às Polícias e ao

<sup>355</sup> Segundo DIAS, Figueiredo, *Direito Penal português ...*, cit., p. 300. Já, assim, era no art. 93º do ProjPE63, apesar do critério de desconto não ser o da pré-determinação, mas o da "equitatividade". O critério legal adotado no desconto depende da medida ou pena em sua natureza e espécie em que o desconto vai ser imputado.

<sup>356</sup> BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas". *Revista Forense*, v. 337, p. 128.

Ministério Público, restabelecendo-se, dessa forma, com base no princípio da isonomia, a igualdade substancial na persecução criminal.

Em sua dicção, “o raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declara à polícia ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o ‘poderoso chefe’ local”.

Nesse sentido, como evidencia o Ministro Celso de Mello, em referência às provas ilícitas, “a ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa a garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (Constituição Federal, art. 5º inc. LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (Constituição Federal), art. 1º, qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, deriva de transgressão à cláusula de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios, que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*<sup>357</sup> (“mal colhida, mas bem consumada”).

Em situações de extremo, essa admissibilidade da prova ilícita *pro societate*

<sup>357</sup> STF, 2º Turma, RHC nº 90.373 / RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, *Dje* – 018 – 17/05/2007.

seria possível, sob pena de se outorgar ao Estado legitimidade ampla e irrestrita para violar direitos fundamentais, desprezando o que dispõe a Constituição em seu art. 5º, inc. LVI, que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos: *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*

Mas, por que se proibir a utilização de prova ilícita no processo? Para os leigos, é estranho permitir-se que um culpado seja absolvido pelo fato de a prova contra o mesmo produzida, tenha sido obtida por meios ilícitos. Para referidos cidadãos, *os fins justificam os meios.*

Em um Estado Democrático de Direito, em que pese tal visão (equivocada), a descoberta da verdade não pode ser concretizada aleatoriamente. Embora que em prejuízo da apuração da verdade, em favor de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana <sup>358</sup>, não se pode admitir a utilização em processo de provas obtidas por meios ilícitos.

A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo.

Seria de todo contraditório que, em processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, se valesse o próprio Estado de métodos violadores de direitos, colocando em jogo a legitimidade de todo o sistema punitivo, visto que ele próprio estaria se prevalecendo do ilícito penal. Nessa linha de pensamento, apontamos Antônio Magalhães Gomes Filho <sup>359</sup>. Como se não bastasse a proteção aos direitos e garantias fundamentais, a proibição das provas ilícitas também funciona como sua forma de controlar a regularidade da persecução penal, agindo como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais.

Antônio Scarance Fernandes aponta caso concreto onde alguns indivíduos

<sup>358</sup> O juiz deverá valorar a prova produzida, a fim de formar sua convicção acerca dos fatos debatidos no processo e das teses apresentadas pelos representantes das partes. Pela operação de valoração da prova, entende Marco Antônio Díaz de León a atividade intelectual do juiz ao julgar, com base em seus conhecimentos de direito, psicologia, sociologia, lógica etc., e sobretudo no que como prova foi levado ao processo. *Tratado sobre las pruebas penales*. México: Editorias Porrúa, p. 116, 1988.

<sup>359</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O Direito à prova no processo penal*. Op. cit., p. 99.

presos considerados perigosos tentaram evadir-se de um estabelecimento penitenciário, quando da ocasião em que a correspondência dos mesmos foi violada, sem prévia autorização judicial (Lei das Execuções Penais, art. 41, parágrafo único). Uma vez violada a correspondência, descobriu-se um plano de fuga, cujo objetivo era o sequestro de um juiz durante a audiência em certa comarca do Estado de São Paulo. Houve contestação por parte da defesa em não admitir a prova resultante de violação de correspondência de preso sem prévia autorização judicial, tendo o Supremo Tribunal Federal, concluído que a administração penitenciária, baseando-se em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/1984, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas<sup>360</sup>.

Como a violação é vedada pela Constituição (art. 5º, inc. XII) Fernandes entende que, a aplicação da norma constitucional impediria que as cartas interceptadas não poderiam ser usadas como prova, por afronta à referida vedação constitucional, não sendo admitidas, portanto, em eventual processo criminal. Mas, estava em jogo a proteção à vida do juiz de direito e a segurança do presídio que justificariam as violações perpetradas na correspondência dos presos, sendo muito estranho afirmar depois da impossibilidade de utilizar as cartas como prova em juízo, porque obtidas por meios ilícitos.

Donde se deduz, segundo o autor, “a proporcionalidade é verificada entre duas normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo da correspondência, superada pela necessidade de ser preservada a segurança do presídio e a vida do magistrado. Nesse caso, no nosso entender, a prova obtida não será considerada ilícita e, razão pela qual não há afronta à regra da inadmissibilidade no processo. Portanto, ainda no nosso pensar, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito

<sup>360</sup> Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC nº 70.814 / São Paulo, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ, 24/06/94.



deve ser analisada cuidadosamente, à luz do princípio da proporcionalidade, cabendo ao juiz, em cada caso, verificar se outra nova, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada <sup>361</sup>.

Nossa jurisprudência dos Tribunais Superiores embora a opinião de respeitados autores, não autoriza conclusão afirmativa quanto à tese da admissibilidade das provas ilícitas *pro societate*, com fundamento no princípio de proporcionalidade.

Prevalece, no entanto, o entendimento de que admitir-se a possibilidade de o direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas <sup>362</sup>, indiscriminadamente, é criar um perigoso precedente em detrimento da preservação dos direitos e garantias individuais: não seria mais possível estabelecer-se qualquer vedação probatória, pois todas as provas, embora ilícitas, poderiam ser admitidas no processo, a favor da busca da verdade e do combate à criminalidade, tornando letra morta o disposto no art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal.

Para Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcelos, “o entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País. [...] Embora a idéia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente, nem oportuno, sequer de ‘lege ferenda’, enveredar por flexibilizações arriscadas” <sup>363</sup>.

<sup>361</sup> FERNANDES, Antônio Scarence. *Processo Penal Constitucional*, 3ª ed. ..., cit., pp. 87/88.

<sup>362</sup> A respeito das liberdades públicas, a Declaração francesa de 1789, se não foi a primeira, foi sem sombra de dúvidas a mais famosa e importante das Declarações. Não cabe, nos limites deste trabalho, estender-se na clássica discussão a respeito da originalidade da Declaração de 1789, que coleciona adeptos no sentido de constituir obra autêntica francesa, e sequazes da idéia de representar mera cópia de Cartas norte-americanas, desde a Declaração de Independência até as Constituições estaduais e o *Bill of Rights* federal. A propósito, adverte Paladim (*Il principio costituzionale di eguaglianza*, 1965, p. 8, nota 14) é de fundamental importância ter em mente a medida em que cada texto pode ter contribuído para gerar e desenvolver o fenômeno.

<sup>363</sup> “A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas”, pp. 149-163.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal oportunamente asseverou que, “da explícita proscrição da prova ilícita, sem estabelecer distinções no que se refere ao crime objeto do processo (Constituição Federal, art. 5º, inc. LVI) resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na procura, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à proibição constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação”<sup>364</sup>.

Em julgado posterior, todavia, o Pleno do Supremo afirmou: “Objeção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – *salvo em casos extremos de necessidade e inadiável e incontornável* – a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência”<sup>365</sup>.

Da leitura desse último julgado, percebe-se que o Pleno do Supremo admitiu, a possibilidade de o magistrado invocar o princípio da proporcionalidade,

<sup>364</sup> Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC nº 80.949 / RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 14/12/2001, p. 26. Em outro julgado, Ministro Celso de Mello sustentou que o princípio da proporcionalidade não pode se converter em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Esse postulado, portanto, não deve ser invocado indiscriminadamente, ainda mais quando se acharem expostos a clara situação de risco, direitos fundamentais assegurados pela constituição, como ocorre na espécie ora em exame, em que se decidiu na esfera *a quo* que aprova incriminadora dos ora recorridos foi produzida, na causa penal, com ofensa às cláusulas constitucionais que tutelam a inviolabilidade domiciliar e preservam a garantia da intimidade (Supremo Tribunal Federal, informativo nº 197, RE nº 251.445/GO, DJ 03/08/2000.

<sup>365</sup> Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC nº 79.512/RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ, p. 92, 16/05/2003.

ainda que em casos excepcionais. Embora ficando firmado que ao próprio constituinte coube proceder à ponderação de valores e, no caso escolher a prevalência da não aceitação das provas obtidas por meios ilícitos, ficou ressalvado que essa regra pode ser excepcionada em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável.

No nosso entender, compete ao juiz, embora remotamente, fazer uso do princípio da proporcionalidade, e, dessa forma, da validade à prova que, em princípio, devido à ilicitude de sua obtenção, não tem validade, desde que a não observância da regra formal que alberga direito fundamental tenha sido cometida em caso extremo de necessidade inadiável e sem vias de contorno, situação que deve ser considerada tendo em vista tratar-se de caso concreto.

### **3.2.7 – Da proporcionalidade no contexto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

No texto da Constituição de 1967/69, não constava limitação expressa para o legislador, contudo, a Representação nº 1.077, de 28-3-1984, em decisão proferida, traz no seu âmbito um dos mais constatadores e inequívocos exemplos de utilização do *princípio da proporcionalidade* entre nós.

Trata-se da discussão sobre a constitucionalidade de dispositivos constantes da Lei nº 383, de 4-12-1980, do Estado do Rio de Janeiro, que elevava, abusivamente, a taxa judiciária em seus valores, levando o relator do processo, Ministro Moreira Alves, a enfatizar:

“Sendo – como já se enfatizou – a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela – como toda taxa com caráter de contraprestação – um limite, que é o custo da atividade do Estado<sup>366</sup>, dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a

<sup>366</sup> Surgiu o princípio da proporcionalidade com a finalidade de defender os interesses dos indivíduos ante o Estado, em sua supremacia. Os excessos praticados pelos monarcas foram controlados, na Inglaterra nos séculos XVII e XVIII, por teoria, cujo desenvolvimento culminou como entendimento de que o poder de polícia do Estado apenas deveria ser utilizado para restringir direitos individuais frente a interesses coletivos superiores, o que colaborou para a prática de atos do Estado vinculados a determinados interesses. Com o surgimento do Estado moderno amparado na lei e não mais na autoridade absoluta do rei, o princípio da legalidade foi expresso no art. 3º da Constituição francesa de 1791: “Não há na França autoridade superior à

dificuldade de se saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa dessa natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o *quantum* da alíquota fixada”. Rp. 1.077, Rel. Moreira Alves, *RTJ*, 112/34 (58-59).

Uma vez fixada a idéia de *equivalência razoável* entre o custo do serviço e a contraprestação exigida, cobrado, concluiu o Magistrado pela inconstitucionalidade do art. 118 da Lei estadual, que fixava em 2% sobre o valor do pedido o *quantum* devido pelo contribuinte (de forma genérica), *verbis*:

“(…) Por isso, taxas cujo montante se apura com base em valor do proveito do contribuinte (como é o caso do valor real do pedido), sobre a qual incide alíquota invariável, tem necessariamente de ter um limite, sob pena de se tornar, com relação às causas acima de determinado valor, indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte. Isso se agrava em se tratando de taxa judiciária, tendo em vista que boa parte das despesas do Estado já não são cobertas pelas custas de emolumentos. Não estabelecendo a lei esse limite, e não podendo o Poder Judiciário estabelecê-lo, é de ser declarada a inconstitucionalidade do próprio mecanismo de aferição do valor, no caso concreto, da taxa judiciária, certo como é que conduzirá, sem dúvida alguma, a valores muito superiores aos custos a que servem de contraprestação. A falta desse limite torna incompatível o próprio modo de calcular o valor concreto da taxa com a natureza remuneratória desta, transformando-a, na realidade, num verdadeiro imposto”. Rp. 1.077, Rel. Moreira Alves, *RTJ*, 112/34 (59).

Consequentemente, *a posteriori*, o Supremo Tribunal Federal viu-se confrontado com a indagação acerca da proporcionalidade de disposições constantes do direito estadual do Paraná (Lei nº 10.248, de 14-1-1993) que fixavam as exigências seguintes:

“Art. 1º É obrigatória a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializarem GLP - Gás Liquefeito de Petróleo, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro entregue e também do recolhido, quando procedida à substituição. Parágrafo único. Para efeito do disposto no *caput* deste artigo os Postos revendedores de GLP, bem como os veículos que procedam à distribuição a domicílio, deverão portar balança apropriada para esta finalidade.

---

lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência”. Assentado o princípio da legalidade, o pensamento jurídico liberal, amparado nas idéias de Beccaria, Benthan e Hobbes, evoluiu no sentido de consagrar o entendimento de que não bastava apenas e tão-somente a previsão de um crime e sua respectiva pena. Havia necessidade de imposição de mais uma limitação ao poder punitivo do Estado, para exigir que a gravidade da sanção penal fosse proporcional ao fato delituoso cometido, visando evitar uma exagerada privação da liberdade a ser imposta ao condenado. Refletindo esta orientação, no campo do direito processual desenvolveu-se pensamento análogo de que o Estado não deveria abusar de seus poderes quando da apuração do crime, devendo restringir os direitos fundamentais do cidadão apenas quando da gravidade do crime assim autorizasse (Nicolas González – Cuellar Serrano. *Proporcionalidad...*, cit. pp. 29-34.

Art. 2º Verificada a diferença menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no botijão ou cilindro, o consumidor terá direito a receber, no ato do pagamento, abatimento proporcional ao preço do produto.

Art. 3º Caso se constate, na pesagem do botijão ou cilindro que esteja sendo substituído, sobra de gás, o consumidor será ressarcido da importância correspondente, através de compensação no ato do pagamento do produto adquirido”.

Foi reconhecido, na ação direta de inconstitucionalidade, a possibilidade de se lesar o princípio da proporcionalidade, como se pode constatar da seguinte passagem:

“Eis aí, pois, um outro fundamento igualmente suficiente para conduzir à invalidade da lei ou ofensa ao princípio da razoabilidade, seja porque o órgão técnico já demonstrou a própria impraticabilidade da pesagem obrigatória nos caminhões de distribuição de GLP, seja porque as questionadas sobras de gás não locupletam as empresas distribuidoras de GLP, como se insinua, mas pelo método de amostragem, são, levadas em conta na fixação dos preços pelo órgão competente, beneficiando, assim, toda a coletividade dos consumidores finais, os quais acabariam sendo onerados pelos aumentos de custos, caso viessem a ser adotadas as impraticáveis balanças exigidas pela lei paranaense” (ADI-MC 855, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 1º-10-1993).

Foi acolhida essa fundamentação pelo Supremo Tribunal Federal, para efeito de concessão da cautelar requerida, constatando-se através da leitura do voto condutor proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

“De sua vez, os esclarecimentos de fato – particularmente a manifestação do Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial – INMETRO, do Ministério da Justiça, são de múltipla relevância para este julgamento liminar.

Eles servem, de um lado – como proficientemente explorados na petição –, não só para lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar – ao menos, provisoriamente – as inovações por ela impostas, as quais – onerosas e de duvidosos efeitos úteis – acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese – que não é de afastar – e que se venha ao final a declarar a inconstitucionalidade da lei”.

Demonstra essa colocação que um juízo sobre a adequação (“de duvidosos efeitos úteis”) e sobre a necessidade da medida afigurava-se o bastante para conferir legitimação à suspensão da norma de conteúdo restritivo.

Vem sendo utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o princípio da proporcionalidade como instrumento para solucionar a colisão entre direitos fundamentais. Em uma das decisões sobre a obrigatoriedade de

submissão ao exame de DNA, numa ação de paternidade, expressou-se o Ministro Sepúlveda Pertence:

“Cuida-se aqui, ..., de hipótese atípica, em que o processo tem por objeto a pretensão de um terceiro de ver-se declarado pai da criança gerada na constância do casamento do paciente, que assim tem por si a presunção legal da paternidade e contra quem, por isso, se dirige a ação.

Não discuto aqui a questão civil da admissibilidade da demanda.

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constringer fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.

É de sublinhar que efetivamente se cuidaria de simples prova de reforço de um fato que, de outro modo, se pode comprovar.

Com efeito. A revolução, na área da investigação da paternidade, da descoberta do código genético individual, em relação ao velho cotejo dos tipos sanguíneos dos envolvidos, está em que o resultado deste se prestava apenas e eventualmente à exclusão da filiação questionada, ao passo que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza.

Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca de exclusão da sua paternidade presumida, quando a evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu (é expressivo, aliás, que os autos já contenham laudo particular de análise do DNA do autor, do menor e de sua mãe – v. 4/f. 853)”<sup>367</sup>.

Destaca-se aqui, portanto, a utilização da proporcionalidade como uma “regra de ponderação” entre os direitos em conflito, acentuando-se a existência de outros meios de prova igualmente idôneos e menos invasivos ou constringedores.

### **3.2.8 – Princípio da proporcionalidade e prova ilícita *pro reo*. Identidade da legítima defesa a partir do seu pressuposto**

Pode um magistrado, com fundamento em uma prova ilícita, prolatar uma sentença absolutória?

É taxativo que, a norma constitucional da inadmissibilidade da utilização no processo de provas por meios ilícitos (*Constituição Federal*, art. 5º, inc. LVI, representa uma limitação ao direito de punir do Estado, donde se depreende que o

<sup>367</sup> HC 76.060, Rel. Sepúlveda Pertence, *Lex-STF*, 237/304 (309).

juiz pode, com fundamento em uma prova ilícita, proferir uma sentença absolutória.

Admitem a doutrina e a jurisprudência a possibilidade de a prova ilícita ser utilizada no processo, desde que produzida em benefício do acusado, no contexto do princípio da proporcionalidade <sup>368</sup>.

Num confronto com o direito de punir, devem preponderar o direito de defesa (*Constituição Federal*, art. 5º, inc. LV) e o princípio da presunção de inocência (*Constituição Federal*, art. 5º inc. LVII). Não se poderia admitir que um cidadão fosse condenado injustamente pela simples razão de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos.

Não pode interessar ao Estado a punição de um inocente, visto a possibilidade de acarretar a impunibilidade do verdadeiro culpado. Não obstante o reconhecimento do subjetivismo ínsito no princípio da proporcionalidade poder acarretar sérios riscos, alguns autores admitem que seu emprego poderia transformar-se no instrumento oportuno e necessário para salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado exclusiva e unicamente em situações extraordinárias que, sem sombras de dúvidas, conduziriam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes, se inadmitida a prova ilicitamente conseguida. Até porque, quando o acusado pratica um ato ilícito para se defender de modo efetivo no processo penal, conclui-se que sua atuação não seria ilícita, pois que amparada pela legítima defesa <sup>369</sup>, daí não sendo possível

<sup>368</sup> A inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhida com infringência a princípios ou normas constitucionais (teoria, hoje dominante) apresenta-se, porém, atenuada por outra tendência, de cujo objetivo é corrigir distorções a que a severidade da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do *Verhältnismässigkeitsprinzip*, explicando, de um critério de proporcionalidade, através do qual os tribunais germânicos, no que se refere à excepcionalidade e em casos de extrema gravidade, albergam a prova ilícita, fundamentando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes. Salientar, convém, que o princípio alemão da proporcionalidade faz-nos lembrar da construção jurisprudencial da razoabilidade, de magnânima e significativa importância nas manifestações da Suprema Corte americana.

<sup>369</sup> No que se refere à defesa da ordem como fundamento da legítima defesa a principiar da característica da "ilimitação da defesa", ou seja da usa não subordinação a qualquer proporcionalidade, acontece que, geralmente, se legitima, simultaneamente, a característica da ilimitação da defesa, no fundamento ou razão de ser da legítima defesa, como defesa da ordem. Só se pode legitimar a "ilimitação da defesa" num princípio de nível superior ao da defesa da ordem, se este servir de justificação àquela. Referida fundamentação existe, mais ou menos explícita, mesmo em se tratando de textos notáveis, brilhantes, como "*Prinzipien der Rechtfertigung*", ZSTW 68 (1956), pp. 41 e ss., de Stratenwerth. Ai, explica o autor, de fato, o fundamento da legítima defesa, partindo da afirmação doutrinária da sua não vinculação à lógica proporcionalística (p. 60, 1º parágrafo). Contudo, no âmbito da concepção de autonomia, acata-se a legitimidade da "ilimitação da defesa" (p. 64, 3º parágrafo). Surge, assim, o princípio sem se apresentar a base segura e explícita do requisito ou característica em análise. A base da indução torna-se nesse sentido, aleatória, entendida como uma

conclui-se pela ilicitude da prova, uma posição contrária à necessidade limitadora, que resulta do Direito Penal, como um muito forte instrumento nas mãos do Estado; a eventual necessidade impositiva teria de resultar de outra ordem de considerações, notadamente do fato da violação de valores constitucionais ser algo de também muito grave do ponto de vista da sociedade (e da vítima da concreta violação).

A legítima defesa há mais de um século é concebida como causa de exclusão da ilicitude, não se constituindo tarefa fácil descobrir qual o fundamento justificador da legítima defesa, visto que nem o seu pressuposto normativo – a agressão ilícita – muito menos os seus requisitos apresentam um conteúdo já decifrado, para quem, com inocência crítica, se disponha a uma análise.

A doutrina penal tem, com insistência, mostrado a ausência do conteúdo do pressuposto e dos requisitos, na grande disparidade de posições e na dificuldade de consenso, em várias questões fulcrais: “a de apurar as razões porque em sociedades próximas, inseridas num embrião de comunidade política, existem formas tão distintas de valorar a importância relativa dos direitos individuais, em situações de conflitos, ou, pelo menos, diversos modos de conceber a política legislativa da legítima defesa”.

Ora, sem uma total identificação do que é a legítima defesa, a começar do seu pressuposto e dos seus requisitos legais, esvai-se a base segura sob a qual se deveria vir a explicitar o seu fundamento, enquanto causa de exclusão da ilicitude.

Contudo, procurando-se as razões da especificidade da legítima defesa a começar da interpretação do seu pressuposto legal depara-se, como referência feita, com um conjunto de implicações sobre os conceitos de ilicitude e de ilícito –

---

expressão inequívoca do legislador. A propósito, Roxin utilizando desse procedimento toma como base da indução o fato de § 32 do *StGB* não exigir que o perigo seja evitável de outro modo (“Die sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts”, *ZStW* 93 (1981) pp. 68 e ss., e 81 ou de a defesa ser expressamente “comandada” (*Gebotensein*) *text*, cit., p. 79). Logo, a “ilimitação da defesa”, a sua desvinculação do princípio da ponderação de interesses ou ainda, como muitas vezes se pretende, a aplicação extraordinária do princípio da ponderação de interesse na legítima defesa são, em consequência da sua não explicitação, sempre um *demonstradum* e não um *demonstratum*. Nesse sentido, Felber em *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in Notwehrbestimmungen*, 1979, p. 91, e MÜNZBERG em *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966, p. 358, nº 730.



que aquele conteúdo normativo o suscita – tornando-se complicado o acesso ao conteúdo especificamente justificador, no que tange ao sentido material, da legítima defesa.

Será que diante das dificuldades e implicações da ilicitude o que seria daqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana? Será que poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado? O certo é que, quando o acusado pratica um ato ilícito para se defender de modos efetivos no processo penal, que sua atuação não seria ilícita, visto que amparada pela legítima defesa, não sendo possível concluir-se pela ilicitude <sup>370</sup>.

No nosso entender, é uma questão que não se compreende como meramente formal visto que acerca do conceito de ilicitude da agressão, oculta-se um elementar problema – o de saber o momento em que a ordem jurídica pode limitar os direitos de um para favorecer os dos demais, aceitando ou recusando a legitimidade da defesa <sup>371</sup>.

Por outro viés, se não enfrentarmos a análise acerca da especificidade da legítima defesa, a partir do seu pressuposto legal, embora fundada numa ilicitude, não poderemos nos libertar do questionamento da sua utilização em defesa de um acusado, no âmbito do princípio da proporcionalidade.

Não são raros os debates acerca da agressão ilícita na procura de seu conceito (o qual ou outro especial) que aí se revela e, conjuntamente, se esse conteúdo é derivado de uma definição geral e ilicitude na ordem jurídica ou se tem em relação a ele autonomia <sup>372</sup>. Surgem, assim, alguns problemas aplicados à definição de agressão ilícita pela doutrina penal: o da filiação sistemática da expressão “agressão ilícita” no conceito ou conceitos de ilicitude e o de uma pura sujeição funcional do conteúdo da “agressão ilícita” à fundamentação preferida

<sup>370</sup> O sistema jurídico apresenta algumas lacunas que só a partir de uma determinada inserção de uma resposta de um outro sistema acerca do princípio legitimador, serão preenchidas.

<sup>371</sup> Acerca da função da agressão ilícita, Felber em *Die Rechtswidrigkeit ...*, cit., p. 74, 1979.

<sup>372</sup> FELBER, R. *Die Rechtswidrigkeit ...*, cit., pp. 74 e ss., 1979.

para a legítima defesa ( numa contradição sistemática com o conceito geral de ilicitude).

Assim, no âmbito da tradição, o primeiro processo implica em averiguar se a “agressão ilícita” combina com um sentimento de ilicitude objetiva, independentemente da atribuíbilidade subjetiva dessa lesão, ou se, de modo diferente, entende-se a ilicitude subjetiva, como atribuíbilidade ao agente de um comportamento a título de dolo ou negligência, a marca essencial daquela expressão normativa <sup>373</sup>.

No outro processo, sobre a “agressão ilícita”, a discussão acerca do seu conteúdo é conduzida pela função da legítima defesa na ordem jurídica, pela sua função político – criminal. Deduz-se que, o conteúdo da “agressão ilícita” varia conforme se atribua à legítima defesa uma proteção ao indivíduo ou à sociedade, a bens jurídicos concretos ou de exclusiva defesa do direito <sup>374</sup>. Os dois níveis de colocação do problema do conteúdo da “agressão ilícita” assemelham-se em alternativas. Há, portanto, uma coincidência bastante clara entre a tese objetivista e a posição individualista, vislumbrando a existência de uma convergência entre a tese subjetivista e a posição publicista.

Nada obsta a uma redução da linguagem comum de entendimento dos dois níveis e do pressuposto da legítima defesa. Logo, há um mesmo problema na visão sistemática, como na funcional, problema esse a resolver, ou seja, saber se há necessidade da exclusividade à perspectiva do defensor, ou se deve levar em consideração, também, a de quem cria a situação de legítima defesa. Trava-se portanto, uma discussão nos dois níveis apresentados, entre a consideração do defensor, ou seja, do que ele tem direito de fazer e a consideração acrescida do que o causador da reação defensiva tem o dever de suportar, como polêmica de delimitação de direitos.

<sup>373</sup> Acerca das conseqüências práticas da solução objetivista *versus* subjetivista, na linha tradicional de Jehring, R., em *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, pp. 4 e ss.. Nesse sentido, na dogmática contemporânea, H. J. HIRSCH, em “Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs”, *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, 1977, p. 211, ou Fuchs em *Grundfragen der Notwehr*, pp. 80 e ss., 1986.

<sup>374</sup> Nesse sentido, destacam-se Stratenwerth, “Prinzipien der Rechtfertigung”, *ZStW*, cit., pp. 63-4; ROXIN, *text.*, cit., p. 70 e SCHIMIDHÄUSER, “Über die Wertstruktur der Notwehr”, *Festschrift für Richard Honig zum 80. Geburtstag*, pp. 185 e ss., 1970.

Quando se procura uma fundamentação da legítima defesa a partir do conceito de “agressão ilícita”, averigua-se em primeira mão o significado de “agressão” e, depois, o da sua qualificação. O emprego do conceito de “agressão ilícita” não corresponde apenas a uma função – ou seja, no caso concreto, a de referir aquilo que deve levar a permitir a defesa –, mas representa antes um pressuposto normativo do qual depende a conformação do conteúdo e limites da própria legítima defesa. Com isso evidencia-se que a fundamentação normativo – conceitual da “agressão ilícita” é uma fundamentação da legítima defesa (a partir da agressão ilícita) e fundamentação funcional da “agressão ilícita” não é mais do que a definição da “agressão ilícita” a partir da função da legítima defesa. Tendo sempre presente este esclarecimento, procuraremos instalar-nos no contexto do princípio da proporcionalidade e prova ilícita *pro reo*.

### 3.2.9 – Agressão – Conceito mínimo como pressuposto da legítima defesa

Na busca da fundamentação normativa da agressão ilícita como pressuposto da legítima defesa, o conceito da agressão e a qualificação respectiva como ilícita, podem sair interligados em maior ou menor escala.

Não são poucos os autores que estabelecem uma caracterização de um comportamento como agressão, distinto de uma qualificação de ilicitude. Exemplificando, estariam afastados da discussão sobre se a ilicitude da agressão deverá ser compreendida num sentido objetivo ou subjetivo, razão porque jamais poderiam ser integrados no conceito de agressão <sup>375</sup>.

Outros autores entendem que, o conceito de “agressão” depende do que compõem os fundamentos do juízo de ilicitude na legítima defesa, embora não se constituindo num conceito com prioridade lógica, depende da valoração ou qualificação como base à exclusão da ilicitude por legítima defesa <sup>376</sup>.

Para alguns, ainda, a ilicitude surge da criação de um estado lesivo de bens ou interesses jurídicos ou, simplesmente, de um estado anti-jurídico

<sup>375</sup> ROXIN, “Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand”, *Festschrift für Hans – Heinrich Jescheck*, I, pp. 458-9, 1985.

<sup>376</sup> FELBER, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in Notwehrbestimmungen, p. 14, 1979.

tendendo a desvalorizar a autonomia no contexto conceitual da agressão e a subordiná-la à lógica de valoração<sup>377</sup>.

Aqueles que não acatem a ilicitude, embora acolham a exclusão da ilicitude à guisa de anulação de um estado anti-jurídico ou do “desvalor do resultado”, serão induzidos pela força das valorações utilizadas, a consumir a significação autônoma do conceito de agressão<sup>378</sup>.

Surge, então, uma polêmica: deveremos nos sujeitar a um determinado conteúdo ontológico do conceito de agressão antes de um esclarecimento sobre o qualitativo “ilícita?” Poderemos pensar, com apoio na analogia e temática da incriminação, na agressão como elemento primordial do pressuposto da legítima defesa, embora, do mesmo modo, que a ação constitui o elemento lógico do conceito analítico de crime.

Segundo alguns, a agressão ilícita não significa, necessariamente, uma ação típica criminalmente<sup>379</sup>. Por outro ângulo, existe a certeza de que a agressão ilícita é pressuposto da justificação por legítima defesa, o que deixa dúvidas na analogia com o conceito de ação. Ora, se a incriminação só se justifica a partir de condutas reveladoras de um certo controle, pelo homem, das modificações no andamento das coisas, não se constitui apenas na esfera da responsabilidade do “agressor” que se encontra em causa na exclusão da ilicitude (no sentido penal não tem de ser agressor), mas, sobretudo, a do defensor.

Não se diz tão compreensível a unidade sistemática entre o conceito de ação e o de agressão, a partir das razões do sistema, havendo controvérsia naquilo que parece, segundo Roxin, uma pura evidência – a “paridade sistemática entre o conceito de agressão ilícita e o conceito de ação que serve de base à

<sup>377</sup> Pensam, assim, aqueles autores que seguem a orientação objetivista, a exemplo de Eduardo Correia, *Direito Criminal* II, p. 37, 1965, com a colaboração de Figueiredo Dias, reed., 1968.

<sup>378</sup> JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., p. 303, 1988.

<sup>379</sup> Nesse sentido, Eduardo Correia, *Direito Criminal*, p. 39. Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, I, p. 107, 1988, estabelece uma distinção entre a legítima defesa no direito civil e no direito penal, de acordo com a natureza do ilícito da agressão. Salientar é conveniente, que toda a tradição da dogmática penal germânica, se de inspiração subjetivista (Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., p. 85, 1969), quer de inspiração objetivista (Mezger, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3ª ed., pp. 233-235, 1949). No âmbito dos autores que mais exigências subjetivas colocam o conceito de agressão ilícita, destaca-se Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., pp. 344-346, 1975, embora requeira a culpabilidade do comportamento, sob a exigência de que haja uma ofensa à validade empírica da ordem, não limitando às ações típicas ao conceito de agressão.

definição de crime”<sup>380</sup>.

Inexiste unanimidade quanto ao conceito da expressão “ilícita”, a qual caracteriza a “agressão”, que, por sua vez, é pressuposto da legítima defesa<sup>381</sup>.

Postulam os objetivistas que o caráter ilícito da agressão quer dizer, apenas, uma aptidão da conduta para lesar bens jurídicos, atingir direitos alheios ou se colocar numa posição contrária ao direito. Já, no que concerne ao entendimento subjetivista deseja que a agressão ilícita implica sempre numa conduta imputável subjetivamente, pelo menos a título de negligência, ou dolo, ou até, uma conduta culposa.

As razões condutoras dos autores a defenderem uma ou outra posição são diversas, carecendo uma sistematização das mesmas, iniciando dos problemas gerais que se refletem nessa questão particular.

Não há como de deixar de reconhecer a existência de controvérsias sobre a ilicitude da agressão com o tradicional confronto entre uma teoria objetivista e uma teoria subjetivista da ilicitude, de forma que a referida controvérsia tanto aparece como exemplo e aplicação dos resultados desse confronto, como surge, por sua vez, como argumento comprovador de uma certa posição dentro dele<sup>382</sup>.

<sup>380</sup> ROXIN, “Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand”, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, I, pp. 458-9, 1985.

<sup>381</sup> Considera-se a legítima defesa como uma atuação *necessária* e *ínsita* a um dos mais elementares instintos humanos. Como diziam autores italianos clássicos, no estado de necessidade na legítima defesa há uma situação de *força maior*, de *violência moral*, lembrando-se Enrico Pessina e Francesco Carrara (citado por Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal*, 6ª ed., Barcelona, Bosch, 1, p. 378, 1943. Para o Código Penal, a não exigibilidade de conduta diversa é a essência de algumas causas legais de exclusão, tanto na *culpabilidad* (como no caso da *coação moral irresistível*) quanto da *antijuricidade*. Contudo, nos casos em que a conduta do agente não se encaixe, perfeitamente, nas excludentes legais, a doutrina diverge ao admitir, ou não, a *inexigibilidade de conduta diversa* como uma *causa supralegal de exclusão da culpabilidad*. Entendem, nesse sentido, Gilsepe Bettiol (*Diritto Penale – Parte Generale*, Bust Arsizio, G. Priulla Editore, pp. 308-311, 1945), Goldschmidt (*Concepción Normativa de la Culpabilidad*, Buenos Aires, Depalma, p. 21, 1943), Hans-Heinrich Jescheck (*Tratado de Derecho Penal – Parte General*, 4ª ed., Granada, Comares, pp. 456-458, 1993), tendo em vista que em função de seu subjetivismo, poder-se-ia deixar de punir crimes como o homicídio do cônjuge infiel e de seu amante, lançando-se mão de conceitos abstratos e convencionais como o do “homem médio”, *bônus pater familias* etc. Logo, quando uma pessoa age em legítima defesa, protegendo direito seu ou alheio, em casos de excepcional urgência, em face de uma agressão injusta, atual ou iminente, não tem o cidadão, naquele instante, como recorrer ao Estado para assegurar a proteção do bem jurídico que está sendo ameaçado pelo agressor, como a sua vida ou a de terceiros (Roger Merle e André Vitu, *Traité de Droit Criminel*, Paris, Cujas, p. 312, 1967). Ou ele, com moderação, *contra-ataca*, ou o injusto agressor irá ter sucesso em sua criminoso empreitada. Trata-se, assim, de uma atuação *necessária* e *ínsita* a um dos mais elementares instintos humanos: o de preservação. Salientar, convém, que na legítima defesa (como também no estado de necessidade) temos verdadeiros *tipos permissivos*, em que o agir é *lícito*, *aprovado pelo Direito*, estando a conduta *justificada*.

<sup>382</sup> A agressão ilícita poderá ser compreendida como subjetivamente ilícita ou como objetivamente ilícita no sentido de contrária ao dever. A definição de agressão ilícita tende a subjetivar-se ou a objetivar-se conforme esteja em causa, na função da legítima defesa, uma advertência normativa circunscrita ao agressor e ao

Há dois modos de colocar a contraposição entre objetivismo e subjetivismo na definição da agressão ilícita: como oriundo de um conceito geral de ilicitude, constituindo-se na questão prévia e condicionante de qualquer conteúdo da agressão ilícita, e a partir da fundamentação da legítima defesa no sistema jurídico. Têm sido adotados, entre essas duas metodologias, vários compromissos, dos quais prescindiremos de os enunciar.

Segundo Helmut Mayer, há uma certa tradição do âmbito do direito romano que pretende moldar o conceito de agressão pelo uso de força física ou violência, com base na *vis latina* <sup>383</sup>.

A resposta para esse tipo de polémica não pode ser dada fora da análise da função da legítima defesa na ordem jurídica e pressupõe, posteriores conclusões sobre a ilicitude da agressão <sup>384</sup>.

Nessa perspectiva, mesmo sem compromisso com o fundamento e função da legítima defesa, inexistente razão para excluir qualquer forma de emprego da força do conceito de agressão, mesmo que meramente psíquica.

Os sentidos modernos da violência ultrapassam, na realidade, a força física, sendo reconhecida pelo próprio legislador uma equiparação a essa e outras formas de emprego da força, contrária à tradição do código anterior que, de fato, as distinguia no seu valor negativo <sup>385</sup>.

---

defensor ou alargada a todos os sujeitos jurídicos, respectivamente. Na ótica dos fins do sistema e das suas fontes legitimadoras, o princípio da igualdade deveria conduzir à objetivação. Contudo, ainda nessa perspectiva, a gravidade dos efeitos da legítima defesa sugere, como contrapartida, a agressão subjetivamente ilícita. Do contrário, não se introduziria nenhuma limitação significativa nos direitos do defensor, ante os do agressor, de modo que se deveria, por exemplo, permitir matar para sustentar uma lesão objetiva do direito de propriedade.

<sup>383</sup> HELMUT MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 97, 1977, no que se refere à restrição e agressão. Numa posição contrária, expressam-se Jescheck, *Allgemeiner Teil*, p. 303 e Suppert, *Studien zur Notwehr und notwehrähnlichen Lagen*, pp. 254 e ss., 1973.

<sup>384</sup> No Código Penal português de 1886 em seu art. 46º nº 1 a agressão se constitui num pressuposto da legítima defesa. Não que, como afirma Schaffstein, (*OLG Celle-Fests.* 192 s.), a "ilicitude" da agressão seja o mesmo que a "ilicitude" da defesa, de tal modo que o conhecimento daquela arrastaria inexoravelmente consigo a consciência desta. O que sucede é, uma vez mais, que seria uma incongruência inexplicável afirmar o dolo quando o agente reputa a defesa lícita apesar de conhecer todos os pressupostos donde deriva a sua ilicitude e pretender negá-lo quando reputa a agressão ilegítima apesar de conhecer todos os pressupostos donde deriva a sua legitimidade; pois também no segundo caso o conhecimento exato da situação orienta suficientemente o agente para o desvalor da reação contra a pretensa agressão, também nele, em suma, a valoração da ilegitimidade da agressão é do mesmo tipo da valoração da ilicitude do fato total (embora se não confunda com ela), nos casos em que esta é independente do conhecimento da proibição.

<sup>385</sup> Acerca da distinção entre o valor da coação física e da moral, destacamos Silva Ferrão, *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Código Penal português*, I, pp. 66 e ss., 1856; Pacheco, *El Código Penal Concordado y Comentado*, I, p. 183, 1848, e, naturalmente, Chauveau et Hélie, *Théorie du Code Pénale*, I, 3ª ed., cap. XV, pp. 585 e ss., 1852.

A razão histórica maior para a limitação do pressuposto da legítima defesa quanto ao emprego de força física seria, o fato de a própria defesa, na sua gravidade, designadamente em alguns casos de uso da força física, poder ser inadequada, embora necessária (único meio necessário), para responder à agressão não física. Como exemplo citamos a injúria verbal, na qual uma resposta através de uma defesa pela força física, embora concebível no âmbito da lógica como necessária, ofende a exigência de “adequação” do meio, que, mais ou menos explicitamente, falece ao “sentimento jurídico”<sup>386</sup>.

<sup>386</sup> No que se refere à adequação – no domínio da justificação – expressa-se, no Código Penal português, na previsão do direito de necessidade (art. 34<sup>o</sup>): não é lícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos: a) não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; b) haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e c) ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou valor do interesse ameaçado. O estado de necessidade é a situação de perigo actual, não provocado voluntariamente pelo agente, em que este lesa bem de outrem, para não sacrificar direito seu ou alheio, cujo sacrifício não podia ser razoavelmente exigido. Trata-se de uma das causas de exclusão e ilicitude, contido no Código Penal brasileiro em seu art. 23, I. O estado de necessidade encontra-se expresso no art. 24 do Código Penal brasileiro. Pelo fato de o Código Penal português de 1886, não ter clarificado o *estado de necessidade*, visto que um direito de necessidade não era, na época, reconhecido, só isso acontecendo na segunda metade do século XIX, segundo Eduardo Correia – *Direito Criminal*, vol. II, pp. 99 e ss., e o *Código Penal Português na Doutrina e na Jurisprudência*, sua entrada em vigor. É o estado de necessidade uma das causas de exclusão de ilicitude, revestido de um autêntico direito de necessidade, uma causa de exclusão da culpa, o que não foi estabelecido no domínio do Código Penal de 1886, talvez, através da não exigibilidade. O direito de necessidade torna a conduta lícita, surge quando o agente é colocado diante do dilema de escolher entre cometer o crime ou deixar que, como consequência necessária de não cometer outro mal maior ou pelo menos igual ao do crime. Fica, portanto, na dependência de outros requisitos, a exemplo de outro meio menos prejudicial (ac. RP de 1<sup>o</sup> de fevereiro de 1984, processo – 2804, 2<sup>a</sup> e *Código Penal* de Leal Henriques – Simas Santos, I vol., 235); - “ Para determinação da superioridade do interesse a salvaguardar nos casos de direito de necessidade previstos no art. 34<sup>o</sup> do Código Penal português, o critério a adoptar não pode ser baseado exclusivamente na medida das punições abstractas das duas condutas ilícitas consideradas, pois haverá sempre que atender às escalas de valores dos bens juridicamente protegidos estabelecidos na lei e, dentro de cada escalão, no caso de crime de natureza exclusivamente patrimonial, aos próprios valores dos prejuízos causados por cada uma das infracções em confronto”; - “Assim, não é ilícita a conduta de quem intencionalmente entrega um cheque com divergência entre o montante escrito por algarismos e o escrito por extenso, para que ele não fosse pago, para fazer terminar numa situação de usura de que era vítima, por dívida de montante que já deveria ser bastante inferior ao desse cheque - ac. STJ de 28 de abril de 1993, processo – 43245, 3<sup>a</sup>”. Diz-se tratar-se, de um direito de necessidade, “quando a lei exige que haja sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado, e ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou valor do interesse ameaçado, para além de não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo no caso de protecção do interesse de terceiro – art. 34<sup>o</sup> do *Código Penal* português”. “Para a determinação da superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado o critério a adoptar não pode ser apenas baseado na medida das punições abstractas das condutas ilícitas em cotejo, posto que haveria sempre que atender à escalas de valores legalmente estabelecidas para os bens juridicamente protegidos e, dentro de cada escalão, tratando-se de crimes de natureza exclusivamente patrimonial, aos próprios montantes dos prejuízos causados por cada uma das infracções em confronto” – ac. STJ de 28 de abril de 1993; *BMJ*, 426, 257. Quando do Direito Romano já existia uma previsão do estado de necessidade, sendo isento de responsabilidade o capitão que em caso de perigo, lançava ao mar a carga (Ulpiano, f. § 2, *De lege Rhodia de Jaetu*, DIX); no Direito Canônico, não se responsabilizava furtos de alimentos e roupas quando o agente agia pela necessidade de alimentar-se e vestir-se (Eugenio Cuello Callón, *Derecho Penal*, 6<sup>a</sup> ed., Barcelona, Bosch, p. 382, 1943.

Em não havendo restrições para a defesa contra qualquer conduta meramente psíquica, além de incentivar a resposta física e a violência despromoveria a “resistência moral”. Haveria também, uma sujeição ao juízo da ilicitude de situações em que o defensor provocado deveria ter a sua responsabilidade atenuada ou excluída, por razões de culpa, passariam a ser entendidas como verdadeiras defesas justificadas, mesmo que totalmente desrespeitando o princípio da proporcionalidade.

Evidencia-se que, pela ameaça de ofensa a certos bens jurídicos que não corresponda à mais expressiva de “agressão”, podem ser suscitadas questões do mesmo gênero.

É óbvio que, a ameaça de lesar bens sociais ou do estado, apresenta características distintas das reconhecíveis na agressão de bens individuais como a vida, a integridade física ou a propriedade, embora tais tipos não lhe retirem aquele *quid*, que na linguagem social torna apropriada a utilização da palavra agressão.

Entendemos que: a) o conceito de agressão como pressuposto da legítima defesa, refere-se a condutas humanas, ou seja, nos quais estão em causa as possibilidades de defesa de sujeitos jurídicos diante de outros sujeitos jurídicos; b) são humanas as agressões, entendidas como demonstradoras de uma resposta personalizada a um estímulo; c) obrigar-se-á, assim pensamos, a necessidade de se averiguar se a agressão possui, como finalidade, um elemento intrínseco, ou um elemento exterior; d) delimita-se o conceito de agressão humana, no âmbito de sua compreensibilidade, quer pela sua dimensão subjetiva quer pelo seu efeito, condicionado a um comportamento direcionado à lesão de quaisquer bens; e) estabelece o pressuposto da legítima defesa um relacionamento entre o conceito da agressão com a aptidão para lesar ou ofender bens jurídicos; f) no que concerne à imagem expressiva do conceito de agressão, os comportamentos mais distanciados, a exemplo do negligente, não são excluídos desse conceito, vez que a linguagem não oferece qualquer critério decisivo para tal; g) quanto à tentativa impossível ela só é qualificada como agressão se os valores “abstratos que lese



apresentarem-se equiparados, na sua dignidade jurídica, aos bens concretos” que são atingidos pela tentativa possível.

Ainda no âmbito da defesa de sujeitos jurídicos diante de outros sujeitos jurídicos, a eficiência processual, clarificada como a funcionalidade dos mecanismos processuais cujo objetivo é alcançar a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode desprezar o respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo.

Como todo direito fundamental, o direito à prova não possui natureza absoluta. Obrigar-se-á a limitações, visto que coexiste com direitos outros, também sob proteção do ordenamento jurídico. Não é sem razão que dispõe nossa Constituição Federal que “são inadmissíveis, no processo as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, inc. LVI).

Ainda no contexto da eficiência processual quando da defesa de sujeitos jurídicos diante de outros sujeitos jurídicos, pensamos que, quando referências são feitas ao silogismo do “diabo” e do “mar azul” -, uma análise acerca da igualdade da distribuição dos riscos em sociedade -, talvez se esclareça de modo mais clarificado o problema da posição dos agentes diante da proteção da ordem jurídica.

Assim, tanto na perspectiva da inexigibilidade de outro comportamento como no caso de imputabilidade do agressor, estabelece-se sempre o questionamento de poder a tirar o peso das conseqüências de uma incapacidade pessoal para cima da vítima da agressão.

O problema volta a suscitar-se face à ação final como agressão que aqui consideramos a título de condutas humanas com relevância jurídica, tidas como aquelas que incidem sobre os bens jurídicos e, conseqüentemente, geram uma relação entre sujeitos jurídicos. A questão que se coloca é, então, a de se saber se qualquer ação final com relevância jurídica é uma agressão.

Numa tal base, a agressão ilícita significava a violação de direitos que justificaria a respectiva defesa ou, em oposição, somente a contrariedade à norma jurídica que protegeria bens. (FISCHER, H. A., *Die Rechtswidrigkeit...* pp. 16 a 37).

## CAPÍTULO 4

### Exórdio sobre a importância das *liberdades públicas* na persecução penal, numa perspectiva do Agente Infiltrado

#### 4.1 – Proposição temática na óptica das *liberdades públicas*

Na “edificação” do nosso trabalho – “O Agente Infiltrado – O Problema da Legitimidade no Processo Penal do Estado de Direito e na Experiência Brasileira”, afigura-se-nos, desde logo, o cerne da questão – as *liberdades públicas*<sup>387</sup> que, enquanto representem um reconhecimento dos direitos do homem intermediadas pelo direito positivo, não se constitui tarefa fácil comprová-las como sendo o critério fundamental da juridicidade da Constituição, notadamente quando no contexto do agente encoberto que, disfarçadamente, penetra no submundo do crime, colhendo informações (agente infiltrado) ou provocando a prática do crime, como é o caso do agente provocador<sup>388</sup>.

Retornando às liberdades públicas, em um dos seus mais refinados escritos – *Pessoa, Sociedade e História* – Miguel Reale afirmou que toda pessoa é única e que nela já habita o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana; que, por isso, ela deve ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva e, na chama a todo instante crepita, renovando-se criadoramente, sem reduzir uma a outra; e que, afinal, embora

<sup>387</sup> RIVERO, Jean, *Les libertés publiques I*, 1973, pp. 15-16, De monta são todas as liberdades públicas, enquanto a obrigação de respeitá-las é imposição do Estado. No mesmo sentido sobre a transcendentalidade do valor *pessoa humana*, entre outros, Battista MONDIN; A metafísica da pessoa como fundamento da bioética, in *Questões atuais de bioética*, coordenação de Stanislav LADUSÁNS, São Paulo: Loyola, 1990, pp. 147-174, e *Definição filosófica da pessoa humana*, Bauru – SP. – EDUSC, 1998; GREGÓRIO PECES – Barba, *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos, 1986, pp. 112 e 121.

<sup>388</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1992, cit., p. 220. No mesmo sentido ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado – Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico Acções Encobertas*, Coimbra, 2005, p. 21: Essa raiz comum foi referenciada na literatura francesa (*agent provocateur*) e reporta-se ao período do Ancien Regime. Segundo MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra, 1999, p. 20, os “primeiros agentes provocadores da história europeia” foram contratados por inspetores da polícia parisiense, em finais do século XVIII. Do mesmo autor: A polícia distinguia entre “aqueles que trabalham encobertos, na clandestinidade, a que chama eufemisticamente de ‘observateurs’ e aqueles que são abertamente contratados, a quem, em linguagem popular, denominava de ‘mouches’, ou ‘sous-inspecteurs’, ‘commis’ ou ‘préposés’”.

precária a imagem, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer *singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência*, o que é impossível em qualquer concepção transpersonalista, a cuja luz a pessoa perde os seus atributos como valor – fonte da experiência ética para ser vista como simples “momento de um ser transpessoal” ou peça de um gigantesco mecanismo, que, sob várias denominações, pode ocultar sempre o mesmo “monstro frio”: “coletividade”, “espécie”, “nação”, “classe”, “raça”, “idéia”, “espírito universal”, ou “consciência coletiva”<sup>389</sup>.

A insegurança e as dificuldades sobem de tom à medida que lembramos que Alexy, por exemplo, sustenta a *relatividade* desse valor, a partir da tese de que, diante do que dispõe o art. 1º, 1, da Lei Fundamental de Bonn, tem-se a impressão de que a dignidade da pessoa figura um valor absoluto, mas o que acontece, em verdade, é que essa norma é tratada em parte como regra e, em parte, como princípio.

Para nós, tanto numa hipótese quanto na outra, não se discute o valor da dignidade humana em si mesma – até porque, sob esse aspecto, ele parece imune a questionamento – mas tão-somente se, em determinadas situações, ele foi ou não respeitado, caso em que, se a resposta for negativa, legitima-se a precedência da norma ou da conduta impregnada em nome desse princípio fundamental, tese que Alexy acredita ter demonstrado com fundamento na interpretação que atribuiu a vários julgados da Corte Constitucional alemã, por ele trazido à colação<sup>390</sup>.

O que fica dito aponta uma experiência que evidencia a extrema dificuldade em concretizar essa pauta axiológica, seja por questões de ordem cultural, que fragilizam a sua pretensão de universalidade – a ponto de se perguntar se a noção de direitos humanos não seria um conceito exclusivamente ocidental<sup>391</sup> – seja pela carência de recursos em países que, embora assim não conseguem torná-los efetivos.

<sup>389</sup> *Pluralismo e liberdade*, cit., pp. 69 e 73.

<sup>390</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 105-109.

<sup>391</sup> PANIKKAR, Raimundo, É a noção dos direitos humanos um conceito ocidental? *Revista Diógenes*, Brasília: Ed. da UnB, nº 5, de 1983, p. 28.

Proclamada são as liberdades partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser à procura da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos exigidos para a realização das suas potencialidades. Liberdade e igualdade representam os dois elementos essenciais do conceito de *dignidade da pessoa humana*. Logo, o que fica dito aponta a liberdade como integrante formador da dignidade da pessoa humana.

#### 4.2 – (In) Admissibilidade do Agente Infiltrado (?)

É o agente infiltrado uma intromissão à dignidade humana, a pretexto da realização do interesse público, tornando-se cada vez mais penetrante e insidiosa <sup>392</sup> esta técnica da persecução penal, em violação a normas constitucionais ou legais, de direito material, posta como garantia das *liberdades públicas* contrariando, assim, o Estado de direito, não salvaguardando outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

A relativa problemática centrada sobre as *proibições de prova* (destaque-se o agente infiltrado) longe de solucionar ou reduzir a complexidade, resulta pelo contrário, no seu aumento, visto que no contexto da vida jurídica difícil é encontrar uma zona de confluência onde a doutrina e a jurisprudência se mostrem menos desencontradas. “Difícilmente, o jurista conhecerá experiência mais próxima de Babel: falando todos do mesmo (proibições de prova), raros falam, afinal, a mesma coisa” <sup>393</sup>.

O agente infiltrado com uma presença cada vez mais expressiva na experiência jurídico-contemporânea, induz Germano Marques da Silva a se expressar: “(...) uma sociedade organizada na base do respeito pelos valores da dignidade humana, que respeite e promova os valores da amizade e da solidariedade, que vise a *construção de um país mais justo e mais fraterno*, não pode consentir que o exercício de uma das funções do Estado possa constituir a causa da quebra da solidariedade entre os seus membros, possa ser motivo de

<sup>392</sup> NUVOLONE, Nota sobre o III Simpósio de Varenna, in *L'indice penale*, 1967, cit., p. 220.

<sup>393</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, 1992, p. 20, acerca das “descontinuidade e assimetrias da lei e desencontros da doutrina e da jurisprudência”.

desconfiança do próximo, possa conduzir ao egoísmo e ao isolamento”<sup>394</sup>.

Concernente Isabel Oneto, o agente infiltrado é uma realidade que quase todos os países do mundo dispõem, embora que em alguns ordenamentos jurídicos esta figura não seja positivada, alegando a mesma que a ambigüidade característica das funções do agente infiltrado – e mesmo a sua definição – permitem que muitas vezes travestindo-se de infiltrados, ou mesmo provocadores, se classifiquem também operações de espionagem de caráter absolutamente político. Continua a autora: mais grave ainda, que sob o pretexto de uma operação encoberta se pretenda atingir alvos políticos<sup>395</sup>.

“Na discussão processual – sintetiza nesta linha Wolter – afloram cada vez mais os pontos de vista do nexo de causalidade, da causalidade hipotética, da interrupção do nexo de causalidade através da produção voluntária e originária de prova, bem como o fim de proteção da norma”<sup>396</sup>.

Em Portugal, Manuel da Costa Andrade enriquece o ordenamento jurídico ao sustentar que “nem sempre o interesse do esclarecimento do crime e da perseguição de um suspeito terá, só por si, a força bastante para dirimir a ilicitude material indiciada pela tipicidade das pertinentes formas de produção ou valoração da prova”<sup>397</sup>. Situação que “colocará os agentes das instâncias de controlo” e, no caso em concreto, os agentes infiltrados, “na situação incómoda de só poderem obter provas constituindo-se autores ou, de qualquer forma, participante de um ilícito criminal”<sup>398</sup>. Continua o autor citando Rogall, que se expressa: “não se conhece tema que motive no jurista alemão (e transmita ao observador exterior) uma mais incómoda experiência de insegurança e dissenso”<sup>399</sup>.

Para Manuel da Costa Andrade, “difícilmente (...) se compreenderia que, na prossecução das suas tarefas, o Estado passa-se de boa consciência por sobre as normas que balizam a ilicitude penal”<sup>400</sup>, citando, neste contexto, Amelung, para

<sup>394</sup> SILVA, Germano Marques da, *A Ética Policial e a Sociedade Democrática*, ISCP, 2001, p. 70.

<sup>395</sup> ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado – Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas*, Coimbra Editora, 2005, p. 19.

<sup>396</sup> WOLTER, *NSZ* 1984 p. 277.

<sup>397</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições...*, pp. 14-15.

<sup>398</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições...*, p. 15.

<sup>399</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições...*, p. 21.

<sup>400</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições...*, p. 15.

quem “o Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena se, para impor o direito, tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal”<sup>401</sup>.

Ao atestar o crescente relevo pragmático do agente infiltrado, necessário se faz, mais uma vez, transcrevermos razões jurídicas, desta vez oriundas do Tribunal Constitucional de Portugal:

“Existe um dever ético e jurídico de procurar a verdade material.

Mas existe também um outro dever ético e jurídico que leva a excluir a possibilidade de empregar outros meios na investigação criminal.

A verdade material não pode conseguir-se a qualquer preço: há limites decorrentes do dever de respeito pela integridade moral e física das pessoas; há limites impostos pela inviolabilidade da vida privada, do domicílio, da correspondência e da telecomunicações, que só nas condições previstas na lei podem ser transpostos.

E existem também regras de lealdade que têm de ser observadas”<sup>402</sup>.

Insistindo no que diz respeito à pertinência teórica e normativa das proibições de prova (agente infiltrado) não se encontra respaldo significativo na Alemanha, onde a exemplo de outros ordenamentos jurídicos subsiste como objeto de controvérsia e razões e desencontros. “Uma difícil área problemática, opina Roxin – não logrando ainda impor-se uma terminologia unificada (...). A dogmática ensaia aqui ainda os primeiros passos, razão pela qual todos os resultados alcançados acabam por ter um caráter meramente transitório”<sup>403</sup>. Converging no mesmo sentido avulta Gössel, não existir ainda “uma dogmática maioritariamente reconhecida mesmo que apenas nos seus traços fundamentais: tanto a definição das proibições de prova e dos seus elementos constitutivos como a doutrina da essência e do significado das proibições de prova constituem temas ainda inteiramente controvertidos”<sup>404</sup>. Na opinião de Strate, no que pertine às proibições de prova, entende o mesmo tratar-se de confusão em vez de conhecimento e orientação.

<sup>401</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições ...*, p. 23.

<sup>402</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional Português de 14 de outubro de 1998, proc. Nº 835/98.

<sup>403</sup> ROXIN, *Straverfahrensrecht*, p. 146. Comungando da mesma opinião, AMELUNG, “Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Haussuchungen im Strafverfahren” *NJW* 1991, pp. 2533 e ss..

<sup>404</sup> GÖSSEL, “Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre Von den beweissichernden im Strafverfahren” *NJW* 1981, pp. 649 e ss..

Defrontamo-nos, então, com um autêntico paradoxo <sup>405</sup> – contradição meramente aparente – porque, lutar contra a atuação de meios ilícitos <sup>406</sup> na busca da verdade é uma exigência antiga de tutela, encarada hoje sob novo prisma, frente à premência de novas ameaças que tornam aquela exigência mais viva e mais urgente <sup>407</sup>, tendo em vista difusão acelerada e de presença em evolução nos tribunais, notadamente nos últimos anos <sup>408</sup>.

No nosso entender, públicas são todas as liberdades, enquanto que a obrigação de respeitá-las é imposta pelo Estado e pressupõe sua intervenção.

Para um exame mais apurado a respeito das liberdades públicas Ada Pellegrini <sup>409</sup> e Jean Rivero, o que torna pública uma liberdade (qualquer que seja seu objeto) é a intervenção do Poder <sup>410</sup>. Estabelecendo, assegurando, regulamentando as liberdades, o Estado as transforma em poderes de auto-determinação, consagradas pelo direito positivo.

Para além dos referidos conceitos, salienta Colliard que, deve gozar o indivíduo, ao lado da segurança que lhe permite agir com tranqüilidade, desde que não viole as leis penais, e da liberdade de ir e vir, de uma terceira liberdade fundamental que certos autores denominam “liberdade da intimidade”. Sob esta terminologia designa-se o respeito da personalidade <sup>411</sup>.

À luz da personalidade em seus direitos, De Cupis entende existir predominância doutrinal de uma concepção pluralista, onde se assegura a variedade de bens tutelados, dotados de suas peculiaridades <sup>412</sup>.

Para além disso, Giampiccolo entende que há predominância doutrinal de uma concepção pluralista, onde se afigura a variedade de bens tutelados, dotados de suas peculiaridades, declarando, contrariamente, não se poder falar em

<sup>405</sup> LYON-CAEN, “Le droit à l'intimité ou nouvelles scènes de la vie privée”, *Ver. Droit. Contemp.*, 1967, p. 68.

<sup>406</sup> Seguimos a opinião de VESCOSI, “Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita”, in *Rev. Ib. Am. der. Proc.*; 1960, cit., p. 380, no que se refere ao uso como expressamos geral “prova ilícita” (compreensiva da “prova ilegitimamente admitida”) afirmando que o conceito de ilicitude da prova é mais extenso, por abranger não apenas o caso de violação de uma norma de direito processual, ou do procedimento probatório, como também a hipótese de violação de uma norma material.

<sup>407</sup> PIRANI, “La tutela penale della riservatezza: aspetti processuali”, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1967, cit., p. 786.

<sup>408</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições ...*, p. 220.

<sup>409</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 1982, cit., p. 7.

<sup>410</sup> RIVERO, *Les libertés publiques*, 1973, I, cit., pp. 15-16.

<sup>411</sup> COLLIARD, *Libertés publiques*, 1972.

<sup>412</sup> DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 1973. I, cit., pp. 13 e ss..

“direitos da personalidade”, um único direito, não identificável com o somatório de suas variadas integrantes <sup>413</sup>.

Não obstante o panorama de complexidade, entendemos que o homem na condição de integrante de uma sociedade, não deixa de ser indivíduo, podendo e devendo, em conseqüência, assim ser considerado nas suas diversas relações com o Estado e com outros indivíduos e, em decorrência dessa consideração é que o ordenamento jurídico lhe confere a condição de titular de situação de vantagem concernente aos outros componentes do grupo social. Daí porque os direitos da personalidade são denominados de “essenciais” <sup>414</sup>.

O que fica dito no contexto da doutrina inexistente discordância quanto à integração dos direitos da personalidade no âmbito das *liberdades públicas*. E, por sua vez, o direito à dignidade é parte integrante dos direitos da personalidade.

Na síntese de Limongi é à própria pessoa que correspondem os direitos da personalidade, definidos por ele mesmo como “as faculdades jurídicas cujo objetivo são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos” <sup>415</sup>.

Afigura-se-nos que, uma harmonia há de se estabelecer no conceito das *liberdades públicas*, impedindo o exercício de uma delas, em detrimento das liberdades alheias ou de ordem pública, visto que, sob a égide de *liberdades públicas*, esconde-se um problema essencialmente elementar – o de saber quando é que a ordem jurídica pode limitar as liberdades de um em favor de outros <sup>416</sup>.

<sup>413</sup> GIAMPICCOLO, “La tutela giuridica della persona umana e il diritto riservatezzi”, in *Scritti giur. in. di Calamandrei*, 1958, vol. I, cit., pp. 139 e ss..

<sup>414</sup> Em todas essas decisões, conscientes das múltiplas dimensões e dos inúmeros significados do sobreprincípio constitucional da dignidade humana (até porque os direitos da personalidade integram o referido princípio) mostram-no citado desde há muitos séculos em textos – monumento do velho Direito Romano: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi; Jus est ars boni et aequi. Corpus Juris Civilis*, Aug. Taurinorum, Edid. Heredes Sebastiani Bottae, 1829, t. 1, pp. 2 e 119.

<sup>415</sup> FRANÇA, Limongi, *Manual de Direito Civil*, 1966, cit., p. 403.

<sup>416</sup> Salientamos a necessidade e, porque não, a obrigatoriedade de, no âmbito do agente infiltrado levar-se em consideração o relevo da “ponderação” – ou “balanceamento” no direito constitucional, que, como bem esclarece GOMES CANOTILHO: não é uma “moda” ou um capricho dos cultores do direito constitucional, notadamente *formatação principal* de muitas normas do direito constitucional (principalmente das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que se constitui em caso de colisão, tarefas “concordância”, “balanceamento” (*Balancing process*), “pesagem”, “ponderação” (*Abwägung*), típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios, etc.. A ponderação se constitui num elemento do procedimento da interpretação / aplicação de normas conducente à atribuição da significação de uma norma e à elaboração de uma norma decisória. O *balancing process* “reforça” a idéia de que no momento de ponderação com o objetivo de



No binômio segurança pública – liberdade individual, no contexto das exigências correlatas de tutela da coletividade e da pessoa humana, concentra-se toda problemática com que nos defrontamos neste nosso estudo sobre o agente infiltrado na perspectiva da legitimidade no crime organizado, com infringência de normas ou princípios de direito material, designadamente daqueles que asseguram a inviolabilidade da dignidade humana, até porque, no centro do delicado e precioso equilíbrio entre liberdade individual e autoridade estatal, colhe-se a impressão de uma erosão dos espaços de liberdade.

Nessa linha e por outro lado – é isto que nessa sede importa ressaltar – Raúl Cervin, ensina-nos que não existe maior triunfo para o Estado do que o de viabilizar a convivência, ainda que sob as circunstâncias mais estremadas, em um marco de segurança jurídica <sup>417</sup>.

É precisamente na base dessa compreensão do princípio da ponderação que o Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) confere um regime diferenciado para a criminalidade grave, podendo, a justo título, regozijar-se das razões substancialmente convergentes e sistematicamente “amparado” pelo Tribunal Constitucional Federal, ao qual se deve a tese de que a realização da justiça penal, no âmbito do Estado cujo valor nuclear é suscetível de ser conduzido à esfera da ponderação com os direitos fundamentais. Na fundamentação merece destaque Manuel da Costa Andrade, ao qual se deve uma das mais completas e formuladas obras sobre as proibições de prova em processo penal <sup>418</sup>.

Esta impositação e compreensão das coisas são, no essencial, partilhadas pela doutrina dominante. Também não se escusam os autores, desde logo, na aceitação de postulado consensual para um tratamento específico da

---

equilibrar e ordenar bens conflitantes, enquanto que a ponderação tem a pretensão de elaborar critérios de ordenação para, em razão dos dados normativos e factuais, conseguir a solução justa para o conflito de bens. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1162. Quando se refere à restrição de direitos, liberdades e garantias, há que se averiguar quais os bens jurídicos a serem protegidos e a extensão dessa proteção no âmbito de proteção da norma – verificando se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia sofrem de *restrição constitucional expressa* ou se a constituição *autoriza* a restringir esse âmbito de proteção – *reserva de lei restritiva*, assim avulta GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1195.

<sup>417</sup> CERVIN, Raúl, “Análise criminológica do fenômeno do delito organizado em Ciência Política”, em Honra de Heleno Fragoso, *Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal*, 1992, cit., pp. 489 e ss..

<sup>418</sup> COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal...*, p. 30.

criminalidade organizada. É no processo penal que se devem encontrar o limite, a proteção e as garantias devidas ao cidadão, no momento em que sua liberdade pessoal e seus direitos de personalidade podem sofrer as mais profundas e lancinantes agressões. Daí porque o interesse comunitário na prevenção e repressão da criminalidade tenha de pôr-se limites inultrapassáveis, querendo aquele interesse ponha em jogo a dignidade humana; ultrapassáveis, mas só depois de cuidadosa *ponderação* da situação, quando assim não seja, mas jamais para além do que seja absolutamente indispensável à consecução do interesse comum. Exclui-se, assim, a possibilidade do abuso de poder e se põe a força da sociedade a serviço e sob o controle do direito, traduzindo afinal, limitação do poder do Estado, pela possibilidade de livre realização da personalidade ética do homem.

Logo - e sob ressalva de especificidades de singularidades que aqui não cabe recensear - entendemos que na persecução penal está em jogo a liberdade de todos e de cada um, traduzindo-se em atividade relacionada com os direitos, liberdades e garantias, dentro do condicionamento histórico e social da dignidade da pessoa humana, o ponto neurálgico do direito penal, por via do processo penal e dos preceitos constitucionais. Donde se faz carecer, nesse sentido, uma solução jurídica para o embargue entre as exigências comunitárias da prevenção da criminalidade organizada e à proteção da esfera das liberdades públicas, visto que, *Libertas faciendi id quod jure licet* (APH. JUR) – “Liberdade é o poder de fazer aquilo que é permitido pelo direito”.

O direito não pode autorizar exatamente o que ele proíbe e quer ver investigado e sancionado: o delito (Luiz Flávio Gomes, *Crime Organizado*).

Além do todo exposto, e como assinala Amelung, afloram as situações em que o Estado é possuidor legítimo de informações, que não pode valorar em processo penal. É o caso das informações recolhidas no âmbito da ação tributária a cuja valoração processual se oponha o respectivo titular. Isto em nome, por um lado, do princípio da *vinculação final da informação* e, por outro lado, no sentido de complementação da “continuidade do domínio do indivíduo” acerca da informação. “O portador do direito pode, assim, na base do seu direito de domínio,

opor-se à utilização não consentida da informação. A sua exigência de defesa (*Abwehrrspruch*) dirige-se, deste modo, não contra a obtenção mas contra a valoração não autorizada da informação”<sup>419</sup>.

Manuel da Costa Andrade diz que, resumidamente, não se descortina que passar sobre os problemas presente, afinal, a melhor resposta à sua aparente resistência e opacidade ao discurso dogmático. Depois e sobretudo, não pode desatender-se o significado heurístico da proibição de valoração como instâncias e “compensação prospectiva de vícios”<sup>420</sup>.

#### 4.3 – Agente Infiltrado – “Um Mal Necessário (?)”

Em se considerando o recurso ao agente infiltrado como “Um mal necessário”, surgiriam as dúvidas, por certo, ganhando expressão quando, numa conduta de vigilância pela integridade dos preceitos jurídicos, interrogar-se-iam os doutrinadores acerca dos coeficientes de Estado – de – polícia, induzidos pelo recurso ao agente infiltrado – drasticamente redutor das cotas de confiabilidade.

Mas, o que vem a ser o agente infiltrado?

A relativa novidade a nível de doutrina e jurisprudência, justificada não só pelo seu crescente relevo pragmático e complexidade normativa e dogmática, como pelo “contencioso”, por integrar a “constelação” dos métodos *proibidos de prova* – suscitando polémica pela sua atuação como *homem de confiança*.

Manuel da Costa Andrade, à luz de Meyer, conceituou a figura do agente infiltrado, englobando-a no rol de todas as testemunhas colaboradoras das instâncias formais de perseguição penal, assinalando a confidencialidade da sua identidade, como também, de sua atividade. Para além disso, tanto os particulares (integrantes ou não do submundo do crime) como os agentes das instâncias formais, designadamente de polícia (*Untergrundfahnder, under cover agent, agente encobertos ou infiltrados*), penetram disfarçadamente naquele submundo

<sup>419</sup> AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, pp. 37 e ss.; AINDA HASSEMER, *ZRP* 1991, p. 287; GÖSSEL, *GA* 1991, p. 507.

<sup>420</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal...*, 1992.

ou com ele estabelecem um contato; e, em se limitando a recolher informações (*Polizeispitzel, detection*), muitas das vezes se convertem em provocadores do crime (*polizeiliche Locksritzel, agen provocateur, entrapment*)<sup>421 422</sup>.

É inegável a problemática causada pela presença do *homem de confiança* na *praxis* jurídico – processual penal, despertando contradições, desconfiança do foro ético. Uma situação de desencontros doutrinários e jurisprudenciais, até mesmo quando referente ao Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*).

Para além disso, surgem as dificuldades quando se questiona a legitimidade ético-jurídica do referido procedimento, notadamente nas exposições de *Lockspitzel*, significando que o homem dito como de *confiança* se converte em agente provocador, antecipando, de alguma forma, o crime, instigando-o, induzindo-o, travestido de comprador ou fornecedor de bens ou serviços da “seara ilícita”. Uma realidade provocadora da não aceitação generalizada, cuja complexidade avulta a sociedade, onde se aponta para tanto a imoralidade do Estado que uma mão favorece o crime que pretende punir com a outra. Assim, não poucas vezes, atraem pessoas que de outro modo ficariam imunes à delinqüência valorizando os fatores da extorsão, da violência e do crime como um todo<sup>423</sup>.

Mas a sociedade não concorda com atrasos estruturais ou legislativos que provoquem insegurança e intranqüilidade, favorecendo ao crime em se converter num negócio rendível e compensador. Exige, portanto a sociedade, uma adequação da lei aos tempos, ao desenvolvimento das novas estruturas sociais<sup>424</sup>, enquanto cede parte da sua liberdade em troca de segurança e tranqüilidade, exigindo que os poderes político e legislativo ofereçam mecanismos necessários e proporcionais em defesa da legalidade democrática e garanta a segurança e os direitos dos cidadãos. A propósito, destacamos o relato de

<sup>421</sup> MEYER, Jescheck, “Zur V-Mann-Problematik aus rechtsvergleichender Sicht”, *Fest. Jescheck*, pp. 1311 e ss..

<sup>422</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 220.

<sup>423</sup> SAGARIN/Mac NAMARA, *CrimD* 1970, pp. 366 e ss.; LÜDERSEN, *Peters. Fs*; pp. 349 e ss.; BERZ, *Jus* 1982, pp. 416 e ss.; SCHUMANN, *JZ* 1986, pp. 66 e ss..

<sup>424</sup> GONÇALVES, Fernando/ALVES, Manuel João/VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado – Comentado e Anotado*.

Anabela Rodrigues:

Hoje, a segurança tornou-se uma preocupação permanente, os agentes da administração da justiça estão na boca da cena e a criminalidade organizada, ao mesmo tempo encoberta e ameaçadora, é em larga medida responsável, conjuntamente com a criminalidade de massa, por esta alteração do estado de coisas e por uma transformação da atitude social face ao crime. A sociedade não oferece mais um direito penal que realmente seja uma garantia de liberdade: à “magna carta do delinqüente” a sociedade opõe a “magna carta do cidadão”, o reclamo por um arsenal de meios efectivos de luta contra o crime e a repressão da violência <sup>425</sup>.

Insistentemente, a criminalidade grave passou a ganhar destaque no cotidiano da nossa população, colocando em segundo plano os crimes ligados à criminalidade clássica, como por exemplo, o homicídio, os crimes contra o patrimônio e a liberdade sexual, eram notícias diárias no caderno criminal dos jornais principais.

Por sua vez, os “instrumentos” de combate à “nova” criminalidade organizada mostravam-se impotentes para a prevenção e a repressão dos crimes praticados, conforme expõe, mais uma vez Anabela Rodrigues:

No pressuposto de que os institutos processuais se devem adequar aos contextos de actuação do comportamento intoleravelmente desviado, defende-se a revisão das regras tradicionais de investigação e intervenção da administração da justiça. Criticam-se, assim, designadamente, aqueles que recusam a modernização tecnológica do processo penal – ou converter, dizem, num mecanismo de polícia do Estado de segurança (a chamada tendência da *Verpolizeichung* do processo penal), alertando para a inviabilização da perseguição penal efectiva das modernas formas de criminalidade <sup>426</sup>.

O crime organizado comprometendo a economia, a paz e o desenvolvimento social, impulsiona a sociedade a clamar por medidas penais e investigatórias, num processo de tentativa de equilibrar as “armas” pertinentes às ações praticadas por esses grupos criminosos <sup>427</sup>. Nessa linha, contudo, em toda essa “luta” é de generalizadamente homenagear os princípios do Estado Democrático de Direito, vez que a política de repressão deve respeitar as regras do Estado de Direito.

---

<sup>425</sup> In: COSTA, José de Faria,; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio, *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

<sup>426</sup> RODRIGUES, Anabela, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008, p. 185.

<sup>427</sup> Princípio da “equiparidade de armas”.

Ante ao apelo dos cidadãos brasileiros, pronuncia-se Antônio Scarance Fernandes, no que respeita à Lei de combate ao crime organizado (Lei nº 9.034/95):

Não é boa essa orientação.

É ao mesmo tempo ampliativa e restritiva. Abrange crimes que, pelo simples fato de serem resultantes de bando ou quadrilha, serão “crimes organizados”, e, por estarem desvinculados de bando ou quadrilha, ficarão fora da órbita da lei <sup>428</sup>.

No contexto da referida lei, o legislador decidiu ampliar o âmbito das ações encobertas – agente infiltrado – subordinando o regime estabelecido aos princípios condutores da administração da justiça com o propósito de ajustar a lei ao atual e outorgando à sociedade a segurança jurídica com o propósito de legalizar um meio de investigação excepcional.

Após, seis anos de vigência da Lei nº 9.034/1995 (a qual optou por definir a figura da organização criminosa, compulsando o legislador a não disciplinar uma série de características que poderiam delimitar a extensão do grupo organizado), foi encaminhado ao Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 3.275/2000, sugerindo a alteração da referida lei em comento, inúmeras tentativas foram realizadas com a finalidade de modificação e supressão desse diploma legal.

Discussões sucessivas culminaram com a aprovação e publicação da Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, em cujo art. 1º, dispôs: “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilhas ou bandos ou organizações criminosas de qualquer tipo”.

Ressalte-se, contudo, que o projeto foi aprovado com algumas alterações em seu texto original, acrescentando medidas de caráter investigativo, como, por exemplo, a captação ambiental e a infiltração policial, respectivamente no seu art. 2º, incs. 4º (captação e interceptação ambiental) e 5º (infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação. Para um melhor entendimento, a Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, alterou, apenas, os arts. 1º

<sup>428</sup> SCARANACE, Antônio Fernandes, Crime organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo, (Coord.). *O Crime Organizado Itália e Brasil. A modernização da lei penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 31-35.

e 2º da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, embora não tenha conseguido tranquilizar o meio jurídico quanto à sua aplicação e conseqüente validade, transformando-se num objeto de discórdia tanto quanto à sua abrangência, como quanto à sua constitucionalidade.

Como facilmente se intuirá, com a vigência da Lei nº 9.034/95, que regulamentou os meios de prova e procedimentos investigatórios, alterada pela Lei nº 10.217/2001, que entendeu por diferenciar o crime de quadrilha ou bando da figura não definida de organização criminosa e associação de qualquer tipo, fez eclodir diversas controvérsias no mundo jurídico, sendo que algumas delas persistem até hoje.

O que fica dito aponta em outra via, ou seja, antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 10.217/2001, diversos doutrinadores insurgiram-se contra a sua inconstitucionalidade.

Nessa linha, uma das críticas elaboradas àquela lei, que alterou a Lei nº 9.034/95, foi a distinção entre os crimes decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando, ou organizações criminosas e associações criminosas de qualquer tipo.

Tomando ao pé da letra, após a promulgação da Lei nº 10.217/2001, Luís Flávio Gomes <sup>429</sup> manifestou-se pela inconstitucionalidade da nova disposição legal, o que aponta para uma realidade extremamente preocupante: com razão, a sociedade tende a sentir não só um total desamparo, como também percebe um descontrole (injustificável) entre os órgãos de segurança pública, ao presenciar e acompanhar fatos graves como a Ação Penal nº 470 – Mensalão (sobre o qual já nos pronunciamos anteriormente) –, uma constatação da falta de mecanismos de controle, designadamente a necessidade de mudança no cenário contemporâneo.

Finalmente foi aprovada a Lei nº 6.578, de 2009, que versa sobre o disciplinamento dos crimes envolvendo organizações criminosas, os meios de obtenção da prova, o procedimento criminal e outros aspectos de caráter processual, revogando a atual norma de regência, a Lei nº 9.034, de 3 de maio de

<sup>429</sup> Luis Flávio Gomes, *Crime Organizado...* In: UNGARETTI de GODOY, Luiz Roberto, *Crime Organizado e seu Tratamento Jurídico Penal*, Dissertação na Pontifícia Católica de São Paulo, 2010, p. 59.

1995, conhecida como Lei Contra o Crime Organizado (LCCO).

A Lei nº 6.578/2009, em seu art. 11, dispõe acerca da infiltração de agentes em tarefas de investigação, a qual será precedida de circunstanciadas, motivada e sigilosa autorização judicial, estabelecendo seus limites, após a manifestação do Ministério Público.

No § 1º, do art. 11, da referida Lei, é admitida a infiltração quando da existência de indícios de infração penal tratada pelo seu art. 1º.

Na procura de mecanismos capazes de prevenir e investigar a criminalidade organizada, o legislador decidiu ampliar o âmbito das ações encobertas – agente infiltrado – subordinando o regime estabelecido aos princípios condutores da administração da justiça com o propósito de ajustar a lei ao tempo atual e outorgando à sociedade a segurança jurídica, com o objetivo de legalizar um meio de investigação **excepcional** através da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, em seu art. 2º, inc. I (vetado).

A Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, em seu art. 2º, inc. V, dispõe a “infiltração por agente de polícia ou de inteligência, em tarefa de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial, a qual modificou a Lei nº 9.034/1995. Por sua vez, a Lei nº 6.578, de 2009, em seu art. 3º, inc. VI, dispõe sobre a infiltração por agente da polícia encarregada de apurar infrações penais, quando do crime organizado, mediante circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial.

Tratando-se de uma medida de **exceção**, o recurso ao agente infiltrado na persecução criminal é entendido, por muitos, como “Um Mal Necessário”, querendo isso significar, pensamos, que é “Mal” por evidenciar um atentado à dignidade da pessoa e de justiça – o qual se constitui no fundamento das proibições de prova – prevalecendo-se de métodos *desleais* ou *enganosos*<sup>430</sup>, insurgindo-se contra o *princípio da lealdade* – inerente à estrutura do processo penal, numa atitude moralmente reprovável, podendo acarretar a proibição das provas consequenciais.

<sup>430</sup> SILVA, Germano Marques da, “Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos”, in: *Direito de Justiça*, vol. VIII, Tomo 2, 1994, cit., pp. 26 e ss..



Mas, se o agente infiltrado é considerado “Um Mal Necessário”, desde que usado nos seus “precisos” “termos”, não nos convence de que essas cautelas sejam suficientemente garantidoras dos direitos fundamentais do cidadão, por conta da não confiabilidade no *modus operandi* do agente que, sem maiores dificuldades desvia-se para a categoria do agente provocador, **agente constitutivo do crime** <sup>431</sup>.

Notório é que o princípio da determinabilidade das leis reconduz-se, sob o ponto de vista intrínseco, a duas idéias fundamentais. A primeira é da *exigência de clareza* das normas legais, visto que, de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. A segunda aponta para a *exigência de densidade suficiente* na regulamentação legal <sup>432</sup>.

Para além disso, o homem necessita de **segurança** para conduzir, planificar e conformar de modo autônoma e responsável a sua vida, porque desde há muito são considerados os princípios da **segurança jurídica** e da **proteção da confiança** como elementos constitutivos do Estado de direito <sup>433</sup>.

<sup>431</sup> A propósito, in: *DAR*, I Série, nº 99, de 22 de junho de 2001, p. 3870, Cols. 1 e 2 – “**Nós sabemos o que é que estamos a regular, mas nunca conseguiremos garantir tudo o que fica para além daquilo que estamos a regular. Portanto, daí que esta figura do agente encoberto seja incontornavelmente melindrosa, porque nunca sabemos até que ponto é que ele, em vez de ser apenas o agente encoberto, acabará por ser provocador da própria prática de crimes que, se não fosse a sua actuação, nem sequer chegariam a ser praticados**”. No mesmo sentido, in: *DAR*, I Série, nº 99, de 22 de junho de 2001, p. 3870, Col. 2: – A estas questões e preocupações da acção encoberta poder ser um meio encapotado de reprimir o crime através de uma actuação caracterizada como provocação, pondo em causa direitos e liberdades dos cidadãos, o receio de que se chegue ao ponto do ‘vale tudo’, o Ministro da Justiça, Dr. António Costa, afirmou que tínhamos de “afastar alguns <<fantasmas>> quanto à acção encoberta” e desde que “**esteja bem delimitada** da instigação ou da autoria mediata, a acção encoberta é uma **forma que deve ser reconhecida como legítima**”. Ainda no mesmo sentido, LÜDERSSSEN, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovoktion*, en Festschrift für Karl Peters, Tübingen, 1974, cit., p. 351, *Zynismus, Boniertheit oder Sachzwaag?* en V-Leute. Die Falle Rechtsstaat. Herausgeber von Klans Lüderssen. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985, p. 3. RUIZ ANTON, *El agente provocador en el Derecho penal*. Edersa. Madrid, 1982, pp. 16-17.

<sup>432</sup> GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 253.

<sup>433</sup> Considera-se que a *segurança jurídica* apresenta-se conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e valização do direito – enquanto *proteção de confiança* se atrela mas com as componentes subjetivas da segurança, nomeadamente, a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. Consequentemente, a segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Deduz-se, portanto, que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante **qualquer ato de qualquer poder** – legislativo, executivo e judiciário. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

Claus Roxin, alcunha o princípio da lealdade como “o mais alto princípio de todo o processo penal: o de exigência de *fair trial*, de um procedimento leal” (citado por Figueiredo Dias, in: *RLI*, Ano 128, nº 3860, pp. 344/345), ao qual toda administração da justiça deve subordinar-se, de forma a que se respeitem as normas essenciais à dignidade e à retidão da ação judiciária, para que não se confundam justiça e criminalidade, a fim de que a sua distinção não se resuma a números, mas que exista antes, uma diferença de qualidade entre aqueles para quem a paz jurídica seja um pilar fulcral da ordem pública <sup>434</sup>.

O princípio da lealdade expressa sua consagração no art. 5º, inc. III, da Constituição Federal, como ditame e limite orientado da investigação e da recolha de provas pelos órgãos da polícia – criminal, enquanto que o processo penal, no contexto dos fundamentos, procura tutelar os direitos de liberdades individuais contra os excessos, dos abusos do *jus puniendi* do Estado, cuja investigação criminal se mostra como primeiro patamar dessa tutela <sup>435</sup>.

Em se recepcionando o recurso ao agente infiltrado como “Um Mal Necessário”, criar-se-iam dúvidas, certamente, a ganhar espaço de expressão quando se trata de uma investigação criminal intermediada por meio desleais ou enganosos (*Tauschung*). No entendimento de Germano Marques da Silva, cuida-se de uma investigação criminal caracterizadora da ilicitude penal <sup>436</sup>, afrontando o Estado de direito democrático <sup>437</sup>.

O panorama é ainda mais complexo, quando no âmbito do princípio da lealdade (insistimos em comentá-lo) – que impõe à administração da justiça e obrigatoriedade de atuação no estrito respeito pelos valores próprios da pessoa humana, como a sua dignidade (no contexto de sua supremacia) que sobrepõe aos próprios fins de justiça, como a sua integridade pessoal (arts. 1º e 5º, incs. III, XLIX e LVI, da Constituição Federal, como também nos arts. 32º, nº 8

<sup>434</sup> A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. III, dispõe que ninguém será submetido a tortura, suplicio ou tormento violento infligido a alguém.

<sup>435</sup> GONÇALVES, Fernando et al., *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado* – Comentado e Anotado. Almedina, Coimbra, 2001, p. 30.

<sup>436</sup> SILVA, Germano Marques da, “Bufos infiltrados, provocadores e arrependidos”, in *Direito e Justiça*, vol. VIII, Tomo 2, 1994, cit., pp. 27 e ss..

<sup>437</sup> A Constituição Federal, em seu art. 1º, estabelece o respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão.

(primeira parte) e nºs 1 e 2 do art. 26º; além do art. 25º da Constituição da República Portuguesa, cuja “interdição é absoluta”, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira)<sup>438</sup>.

O princípio da lealdade, cuja violação na obtenção de provas, é, “fundamento de proibição de provas”<sup>439</sup>.

A verdade material não se constitui num valor supremo, contrariamente à dignidade da pessoa humana, à sua integridade, à sua liberdade de pensar e conhecer sem qualquer coação, interpelação, provocação. Não se pode, na busca da verdade material usar de meios desleais, enganosos e criminosos com a finalidade de combater o crime grave, pois que, assim sendo, teríamos a realização de uma justiça censurável, ditatorial, culminativa de um processo penal enfermo, cultivado por uma sociedade delatora e germinadora da sua alta destruição<sup>440</sup>.

“Regressando” ao agente infiltrado – “Um Mal Necessário” – após expressarmos acerca de uma completa “blindagem” da sociedade, dos direitos fundamentais do cidadão e de suas liberdades públicas em defesa de provas colhidas através do agente infiltrado durante a persecução criminal, não poderíamos deixar de ir mais além, mas somente a título de complementação, visto ser o princípio da lealdade, o arauto de defesa do cidadão, quando enfrenta este um “contencioso” com o Estado<sup>441</sup>.

O agente infiltrado é, pois, o funcionário de investigação criminal, com ocultação da sua qualidade e identidade, com o fim de obter provas objetivando a incriminação do suspeito, ou suspeitos, ganhando a sua confiança pessoal, para melhor observar, em ordem a obter informações relativas às atividades criminosas de que é suspeito e provas contra ele (s), com as finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, sem contudo, o (s) determinar à prática de

<sup>438</sup> GOMES CANOTILHO, MOREIRA, Vital, ..., p. 206.

<sup>439</sup> (G. M. da Silva..., vol. II, p. 161, citado por Teresa Pizarro Beleza, Apontamentos de Direito Processual Penal, AAFDL, Lisboa, vol. III, 1995, p. 65) – não se esgota na fase da investigação, nem na recolha de provas, devendo ser levado em consideração pelos operadores de justiça em qualquer fase do processo.

<sup>440</sup> GONÇALVES, Fernando et al., *Lei e Crime...*, cit., p. 145.

<sup>441</sup> Dworkin, citado por GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1109, assim se expressa: o “direito – e, desde logo, o direito constitucional – descobre-se, mas não se inventa”.

novos crimes <sup>442</sup>. Segundo os mesmos autores – Fernando Gonçalves e outros, a figura do agente infiltrado é, substancialmente, diferente da do agente provocador (sobre o qual expressar-nos-emos *a posteriori*) <sup>443</sup>.

Quando do recurso ao agente infiltrado, obrigar-se-á à obediência ao princípio da proporcionalidade *lato sensu* na sua visão tríplice (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*) <sup>444</sup> e que se constitua num instrumento técnico – jurídico efetivo na “luta contra o crime organizado e a repressão de violência, mas que se respeite à Magna Constituição.

Tomando ao pé da letra o todo exposto, trata-se de um meio de prova que vai de encontro ao exercício de direitos fundamentais <sup>445</sup>.

Um olhar apressado por toda a proteção jurídica ao agente infiltrado, percebe-se que, talvez a cobrança da sociedade, aliada à influência dos ventos internacionais, tenham contribuído para dar força a que o diploma legal nº 9.034/95 tivesse sido alterado, pois a segurança e a liberdade são irmãos gêmeas, cuja tutela jurídica tem que se prender com o equilíbrio do exercício de ambos os direitos.

Como técnica excepcional o agente infiltrado, quer por razões de ordem mora e ética, quer por razões de segurança do próprio infiltrado, só deve ser usado quando não existirem outros meios suficientemente capazes de obter a prova (investigação criminal) e a prevenção criminal <sup>446</sup>.

Para além disso, pode se dizer que há, para as partes, um direito à prova.

<sup>442</sup> GONÇALVES, Fernando et al, O Novo Regime Jurídico..., cit., p. 37.

<sup>443</sup> O agente provocador, embora não regulamentado legalmente, se constitui num método de intervenção e de investigação no exato momento em que à ciência global do direito penal (*gesame Strafrechtswissenschaft*) cada vez mais é exigido um alicerce para a defesa da dignidade da pessoa humana, visto sempre como um *prius*, em relação ao direito, e nunca como um *posterius*.

<sup>444</sup> Anotação ao 3º do RJAEFRIC.

<sup>445</sup> “Existe um dever ético e jurídico de procurar a verdade material. Mas existe também um outro dever ético e jurídico que leva a excluir a possibilidade de empregar outros meios na investigação criminal. A verdade material não pode conseguir-se a qualquer preço: há limites decorrentes do dever de respeito pela integridade moral e física das pessoas; a limites impostos pela inviolabilidade da vida privada, do domicílio, da correspondência e das telecomunicações, que só nas condições previstas na lei podem ser transpostos. E existem também regras de lealdade que têm de ser observadas”. **Ac. do TC de 14 de outubro de 1998, proc. nº 835/98.**

<sup>446</sup> BELEZA, Teresa Pizarro, in: GONÇALVES, Fernando et al, O Regime Jurídico..., na esteira do entendimento da referida autora, “só vale apenas, só tem sentido, tornar certos actos crimes e portanto ameaçá-los com uma pena que pode ser mais grave quando não forem suficientes um outro tipo de medida. Por outro lado, é necessário também que essa incriminação seja eficaz”.

Esse direito à prova (*right to evidence*) atua como desdobramento natural do direito de ação, não se limitando ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas, efetivamente, na possibilidade de influenciar no convencimento do juiz.

Para um melhor aceno, de nada adianta o Estado assegurar à parte o direito de ação, legitimando a propositura da demanda, sem o correspondente reconhecimento do direito de provar, ou melhor, do direito de se utilizar dos meios de prova necessários a comprovar, perante o órgão julgador, as alegações feitas ao tempo do processo. Há de se assegurar às partes, portanto, todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória, sob pena de cerceamento de defesa ou de acusação <sup>447</sup>.

A Constituição Federal assegura o direito à prova, por se encontrar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório, contudo, não é absoluto. Em um Estado Democrático de Direito, o processo penal é regido pelo respeito aos direitos fundamentais e, sob a égide de princípios éticos não se admitindo a produção de provas mediante agressão a regras protetoras.

Sem dificuldades se intuirá que a legitimação do exercício da função jurisdicional está condicionada, portanto, à validade de provas produzidas em juízo em observância ao princípio do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos <sup>448</sup>.

A participação do acusador, do acusado e de seu advogado é condição *sine qua non* para a correta produção da prova, assim como também o é a direta e constante supervisão do órgão julgador, sendo que, com a inserção do princípio da identidade física do juiz do processo penal, o juiz que presidir a instrução deverá proferir a sentença (Código de Processo Penal, art. 399, § 2º, com redação dada pela Lei nº 11.719/2008).

Funcionando a observância do contraditório, como verdadeira condição de

<sup>447</sup> Para uma efetiva proteção dos “direitos do homem” não é suficiente uma consagração substantiva; será necessário estabelecer garantias fundamentais de processo, de modo a reforçar os mecanismos de salvaguarda daqueles direitos. Assim, o art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Pelo seu lado, no âmbito dos princípios do contraditório e da igualdade de armas, o tribunal tem a obrigação de proceder a um exame efetivo dos meios, argumentos e elementos de provas oferecidos pelas partes.

<sup>448</sup> O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial (Código de Processo Penal, art. 155).

existência da prova, portanto, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação dialética das partes.

#### 4.3.1 – Das Mutações da Racionalidade no Contexto Jurídico

Na impossibilidade de um exame do extenso e diversificado comportamento do legislador referente às situações de desvio criminal e, refutando a criminalidade organizada como objeto de estudo, testificamos, sem maiores obstáculos que, entre aquele e este objeto estabeleceram-se mutações da racionalidade e das falácias no contexto de disciplina e o poder estabelecido pelo crime grave <sup>449</sup>, impondo-nos uma indagação: Qual o percurso que, tendencialmente, deveria servir de “bússola” para uma solução adequada?

*Ex vi* deste questionamento, emerge a realidade de que o fenômeno crime organizado “tirou o véu”, numa amostragem angustiante (para aquele que assim o entendem), da ineficiência dos instrumentos e meios na persecução criminal, dos quais dispõem as instituições oficiais, levando o legislador, a nosso ver, a se prevalecer de medidas excepcionais <sup>450</sup> – agente infiltrado, numa disposição ensombrada por qualificações distorcidas, inclarificada na delimitação com a figura do agente provocador <sup>451</sup>.

A esta luz, o uso do agente infiltrado evidencia a inconfiabilidade do mesmo em propender à categoria do agente provocador. Na esteira de Costa Andrade,

<sup>449</sup> POIARES, Carlos Alberto, “A Nova Lei da Droga: Em busca de uma postura Jurídico-Psicossociológica da Toxicodependência”, in *Droga e Sociedade*, Ministério da Justiça, 1994, cit., p. 186.

<sup>450</sup> A medida excepcional tem como característica marcante a formação de um “direito” “paralelo”, pouco ajustado aos direitos e garantias fundamentais e aos princípios básicos do Estado de Direito Constitucional. A lei penal, por si só, tem pouquíssimo efeito preventivo. Ao seu lado tem de existir uma conscientização da comunidade no sentido de ser ela (lei penal) em primeira instância, o crivo inibidor. Nossa Palestra, no Centro de Estudos Superiores de Maceió – CESMAC, em 2008.

<sup>451</sup> O agente provocador (*Lockspitzel*), é aquele cidadão de confiança que se converte num instigador, indutor, nomeadamente, aparecendo como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos, bastante contestada dita técnica de investigação (prova ilícita) tanto no direito germânico como no americano, além do português e o brasileiro. Sobre o *Lockspitzel*, COSTA ANDRADE, Manuel da, Sobre as Proibições de Prova... cit., p. 221. No mesmo sentido, VANNINI, “In tema di tentativo e di agente provocatore” (*Arch. Pen.*, 1947, p. 65); “*La provocation aux delits pour les agents de l'autorité*” (*Rev. pén. et de droit pén.* 1948, p. 27). ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado...*, 2005, p. 19, fala sobre o agente provocador como uma figura de elaboração doutrinária que, a coberto de uma carência de tipificação legal, tem visto garantida a sua impunidade. Segundo ainda a autora o agente infiltrado e o agente provocador se movimentaram historicamente sob a designação de *agent provocateur*, reportando-se ao período do Ancien Regime. Ainda no mesmo sentido MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra, 1999, p. 20.

daí, “a perplexidade de que se fazem eco os títulos sugestivos de textos voltados ao tema como os de *Lüderssen: Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?* (1974)” “Prolaxia criminal através da provocação do crime?” e *Die V-Leute Problematik... oder: Zynismus, Borniertheit oder Sachzwang?* (“A problemática dos homens de confiança... ou: cinismo, vistas curtas ou força dos factos?”) <sup>452</sup>.

Muitas são as definições ofertadas pela doutrina ao agente provocador, partindo da figura do instigador como categoria estabilizada na teoria da participação criminosa <sup>453</sup>.

A maioria dos autores, até meados do século passado, aderiu (com ligeiras divergências) à tese que conceituava o agente provocador como aquele que tinha dolo de instigação ao crime, porém, diferindo do instigador (com duplo dolo), precisamente pela ausência do dolo quanto ao resultado <sup>454</sup>.

Como ponto de partida e impositões distintas, a figura do agente provocador se refletiu num contexto do movimento e criminalização no sentido da antecipação da tutela penal para o momento da criação de um perigo para o bem jurídico, ou mesmo quando a presunção de um comportamento perigoso, constituiu tão-somente fundamento da incriminação, somando assim ao conjunto normativo penal um elevado número de crimes de perigo concreto e abstrato.

Desde logo refere-se Rui Pereira, os crimes de perigo “atingiram – no plano dogmático e político-criminal – uma importância sem precedentes depois da Segunda Guerra Mundial”, tendo contribuído para o aumento da circulação rodoviária, do tráfico de armas e de estupefacientes e a comercialização de produtos alimentares e farmacêuticos <sup>455</sup>.

Tal entendimento colidiria com Alves Meireis ao patentear a evolução assinalando que a partir dos anos 70, “a tipologia dos crimes co-involto na fenomenologia do agente provocador, sai do monotipo sobre o qual a teoria do provocador – instigador se modelou (o crime comissivo com resultado de dano).

<sup>452</sup> COSTA ANDRADE, Manuel, *Sobre as Proibições...*, p. 222.

<sup>453</sup> ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado...*, 2005, p. 31.

<sup>454</sup> MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime...*, cit., pp. 31 e ss..

<sup>455</sup> PEREIRA, Rui, *O Dolo de Perigo*, Lisboa, 1995, p. 22.

Prevalecem os crimes de perigo e cada vez mais os de perigo abstrato (tráfico de drogas e de armas) e (no âmbito da criminalidade política, crescente naqueles anos) os crimes de empreendimento (*Unternehmensdelikte*). Ora, perante estes casos, a teoria tradicional (relativa ao agente provocador) tem de considerar-se inaplicável *tout court*<sup>456</sup>.

De sublinhar também Costa Andrade alertando para as conseqüências da estrutura dos crimes de perigo abstrato no tratamento que, no plano material – substantivo, deve ser outorgado ao homem de confiança, designadamente no que se refere à determinação da sua responsabilidade penal.

Para além, refere que “é sobretudo no plano jurídico – normativo que os problemas atingem limiares incomuns de complexidade. Tanto no que pertine à determinação da responsabilidade penal do *homem de confiança* que determina o agente à prática do crime, um problema que colide com a doutrina tradicional do *agent provocateur* com os seus limites. Isto atenta nomeadamente a estrutura de *crimes de perigo abstrato* a que em geral reconduzem as pertinentes infrações. Por outro lado, o quadro não é outro no que toca à definição de categorização dogmática da responsabilidade do “provocado” (sobre o qual expressar-nos-emos em Capítulo *a posteriori*)<sup>457</sup>.

Não deverá, de resto, esquecer, que no que respeita ao enquadramento do agente provocador no âmbito dos crimes de resultado, diversas são as soluções apresentadas pela doutrina para a sua definição, o que não deixa de revelar a atenção que a doutrina tem outorgado ao tema. Os desencontros pertinentes à sua própria estrutura conceitual têm reflexos naturalmente no campo da (im) punibilidade do agente.

Numa recensão sumária da *praxis* jurisprudencial, Rui Pereira faz a distinção entre o agente encoberto do agente provocador, considerando o recurso a este último “quanto a crimes graves, em situações de elevada fungibilidade e desde que o crime não acarrete a efectiva lesão de bens jurídicos”, considerando ser neste contexto que o art. 59º do Decreto-Lei nº 15/93 permitia ao homem de

<sup>456</sup> MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime...*, cit., p. 52.

<sup>457</sup> COSTA ANDRADE, Manuel, *Sobre as Proibições...*, p. 223.



confiança aceitar droga <sup>458</sup>; já, “relativamente a crimes bagatelares (como, justamente, o consumo de droga)” o recurso ao agente provocador “não coloca um problema de proibição de prova, mas sim de impunibilidade. O instigado beneficiará, nesta hipótese de uma causa de exclusão da pena, por se verificar a “perda da função do direito penal” <sup>459</sup>. Contudo, em relação a outros crimes, Rui Pereira sustenta que “o recurso ao agente provocador não obstará à punição do instigador e do autor material” <sup>460</sup>.

#### 4.3.2 – Exigibilidade da comparência em juízo do agente infiltrado

Na linha de imposições dos princípios do contraditório e da investigação, a acusação e a defesa são chamados a dizer de justiça, *favore sine contra*, sobre “as alegações, a iniciativa, os atos ou quaisquer atitudes processuais” <sup>461</sup> de cada uma das partes, ou seja, que promove a discussão entre aquela para que deduzam “as suas razões de facto e de direito”, oportunidade em que ofereceriam provas, a controlar as provas oferecidas e a discreter sobre o valor e o resultado, de cada uma delas, que se opõem ao princípio inquisitorial <sup>462</sup>.

Consubstanciando as imposições dos princípios do contraditório e de investigação, o princípio processual da suficiência dispõe que “o processo penal é promovido independentemente de qualquer outro e nele se resolvem todas as questões que interessarem à decisão da causa” <sup>463</sup>.

O panorama é mais complexo, pois, o processo deve ser estruturado de forma a permitir que a acusação e a defesa *disponham de idênticas* possibilidades para efetuar sua intervenção do processo, e para que possam demonstrar perante

<sup>458</sup> PEREIRA, Rui, “O Consumo e o Tráfico de Droga na Lei Penal Portuguesa”, in *Revista do Ministério Público*, nº 65 e disponível em [www.snmp.pt/rmp.htm](http://www.snmp.pt/rmp.htm), ao qual se acedeu em 23-08-99.

<sup>459</sup> PEREIRA, Rui, “O Consumo...”, cit., como em nota anterior.

<sup>460</sup> PEREIRA, Rui, “O Consumo...”, cit., como em nota 68.

<sup>461</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol. I, 1993, p. 38.

<sup>462</sup> BRASILEIRO, Renato, *Manual de Processo Penal*, vol. I, Editora IMPETUS, 2011, p. 3. Segundo o autor, o sistema inquisitorial foi adotado pelo Direito Canônico a partir do século XIII, que, posteriormente, se propagou por toda a Europa, sendo usado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII. Sua característica principal é o fato de que as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume as vestes de um juiz acusador, chamado de *juiz inquisidor*.

<sup>463</sup> SILVA, Germano Marques da, “Os Princípios Gerais do Processo Penal e CRP”, in *Direito de Justiça*, vol. III, p. 175.

o tribunal a validade de suas alegações <sup>464</sup>, assim determina o princípio da igualdade de oportunidade – isonomia processual.

A esta luz, Figueiredo Dias no contexto da estrutura processual, seguindo o que consta na Lei de Autorização Legislativa, diz da necessidade de a acusatoriedade do processo ser *temperada com o princípio da investigação judicial* <sup>465</sup>.

A atestar o crescente relevo pragmático da busca da verdade, Marques da Silva sugere que devemos acautelarmos quando referimos como princípio do processo penal a busca da verdade, visto que é necessário ter presente que a verdade do processo não pode procurar-se por *quaisquer meios* (destaque nosso), mas tão-somente pelos meios processuais admissíveis, ainda que dessa limitação possam resultar, algumas vezes, o *sacrifício da verdade* (destacamos) <sup>466</sup>.

Para além disso, o Código de Processo Penal brasileiro dispõe em seu art. 204, que “o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito, “enquanto que se tomando ao pé da letra o art. 15, inc. III, da Lei 6.578, de 2009, que dispõe sobre os grupos organizados, os meios de obtenção da prova, o procedimento criminal e dá outras providências, são direitos do agente infiltrado: ter seu nome, qualificação, imagem, voz e demais informações pessoais preservadas *durante a investigação* (nosso destaque) e o *processo criminal*, salvo se houver decisão judicial em contrapartida (excepcionalmente).

A experiência da descontinuidade e da complexidade dos meios operacionais outorgados ao agente infiltrado na projeção normativa e prático-jurídica, no nosso entender, para que o relatório por ele apresentado possa se constituir em prova, far-se-á necessária e obrigatória a presença na audiência de julgamento, a fim de que, no âmbito do princípio de igualdade de armas, possa o acusado contraditar os fatos “proleatórios” por ele apresentados, na tentativa de por em dúvida sua credibilidade <sup>467</sup>, assim determina nosso Código de Processo

<sup>464</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol. I, 1993, p. 60.

<sup>465</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, pp. 148 e 191 e ss..

<sup>466</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol. I, 1993, p. 79.

<sup>467</sup> HERRMANN, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo – amerikanischen Strafverfahrens, Bonn, 1971, cit., p. 338.

Penal em seu art. 204, quando da exigência de presença das partes durante a audiência. Se contudo, ocorrer dúvidas sobre a identidade da testemunha (art. 205 do CPP), o juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, tomar-lhe o depoimento desde logo.

Ora, a Lei nº 6.578, de 2009, dispendo sobre os grupos criminosos organizados, em seu art. 11, determina o uso da técnica do agente infiltrado em tarefas de investigação, através de autorizada judicialmente e, no art. 26, § 6º, defere o pedido de preservação da identidade, a oitiva, sempre que possível, far-se-á por videoconferência, com distorção de voz e imagem ou providência equivalente.

Mas, em seu art. 24, do seu procedimento criminal, dispõe a Lei 6.578/2009 que os crimes de que trata esta lei e as infrações penais conexas serão apurados mediante procedimento ordinário previsto no Código de Processo Penal.

Na medida em que é possível referenciar, manifesta-se, portanto, uma contradição entre o explicitado no Código de Processo Penal e no disposto na Lei nº 6.578/2009, em seu art. 26 e § 6º.

Como evidencia-se uma complexidade, indagamos: Qual o procedimento adotado para a comparência do agente infiltrado na audiência de discussão e julgamento, de modo a não prejudicar o interesse das autoridades policiais na preservação do anonimato do agente, na perspectiva de assegurar sua proteção e a permitir utilizá-lo *a posteriori*?<sup>468</sup>.

Por seu turno, afigura-se-nos de difícil compreensão uma conduta legal de proteção ao anonimato do agente infiltrado numa audiência de discussão e julgamento, quando a Convenção Europeia dos Direitos do Homem dispõe em seu art. 6º, § 1º, que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativamente e publicamente...”, além de determinar no nº 3, al d) do mesmo dispositivo legal que, “qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias...: e)” *a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter a comparência e o interrogatório*

<sup>468</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova...*, cit., p. 222. Evidencia o autor que é justamente no plano jurídico-normativo que os problemas tornam-se “gigantes, incomuns” dado à sua complexidade, no concernente à determinação de confiança penal do *homem de confiança*.

*das testemunhas de defesa nas mesmas condições das testemunhas de acusação*”, o que isso quer significar é que a estrutura acusatória do processo se fundamenta na isonomia ou na *igualdade de armas*, princípio este caracterizado pela oportunidade ofertada à acusação e à defesa de meios jurídicos igualmente eficazes, objetivando os direitos de intervenção processual, consoante o art. 5º, inc. LV da Constituição Federal <sup>469</sup> e os pressupostos processuais <sup>470</sup>.

Em idêntica perspectiva comparatística e no mesmo sentido, o art. 14º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Numa consideração mais genérica a Lei nº 6.578/2009, não dispõe de nenhuma restrição neste sentido, se houvesse, estaria prevista na referida lei englobando o direito escrito de modo acessível, preciso e compatível com a preeminência do direito.

Para nós, a relação jurídica processual é de estrutura complexa visto que, no seu contexto deparamo-nos com uma série de relações jurídicas secundárias oriundas da principal, sintetizando um conjunto de direitos, obrigações, faculdades, ônus e poderes que surgem à proporção que a relação principal se vai desenvolvendo, atravessando várias fases (inquérito, instrução, julgamento, execução, recursos) numa obrigatoriedade de continuidade, de progresso até alcançar o seu fim: a solução do litígio, do caso concreto. Nas várias fases do processo se mantém uma unidade fundamental, permanecem os sujeitos e o objeto do processo.

Ora, se o processo é uma relação jurídica deve sujeitar-se, à maneira do que acontece com toda a relação jurídica, à existência de certos requisitos e que na relação processual são: a) um órgão dotado de jurisdição; b) o objeto; c) as “partes” <sup>471</sup>.

Se não há jurisdição, objeto e “parte”, não há como se caracterizar uma relação jurídica processual, não há processo e, por isso aqueles elementos são,

<sup>469</sup> Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (*Constituição Federal*, art. 5º, inc. LV).

<sup>470</sup> MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, I, Lisboa, 1986, pp. 100 e ss..

<sup>471</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, I, 1995, p. 45.

portanto, os pressupostos processuais<sup>472 473</sup>.

Pensamos que, com o fundamento nos princípios processuais, as limitações impostas pela restrição à publicidade da audiência como justificativa para a preservação do anonimato do agente infiltrado, constituem-se numa afronta “à dignidade, à cultura jurídica e à legitimidade do processo penal”.

A este propósito, na Alemanha, uma corrente acata a valoração das informações recolhidas pelo agente infiltrado e trazidas ao processo através da testemunha *de auditu*.

Entendemos que, as informações intermediadas por testemunhas “de ouvir-dizer”, além de suscitarem um problema de legitimidade, levantam, sobretudo, uma questão de ponderação relativa de seu valor probatório<sup>474</sup>. Assim, conforme avulta Costa Andrade<sup>475</sup>, que o anonimato do agente infiltrado nas vestes da testemunha “de – ouvir – dizer”, vem de encontro á hipótese de salvaguardar os princípios de *imediação e de a igualdade de armas* entre a acusação e a defesa, criando óbices ao *cross-examination*.

É, a testemunha que não sabe de ciência própria, mas por informação<sup>476</sup>.

O Procedimento Criminal da Lei nº 6.578/2009, sobre os grupos criminosos organizados, em seu art. 25, dispõe que, sem prejuízo do disposto na Lei de Proteção a Testemunhas, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada, antes ou durante o processo criminal, a preservação do nome, endereço e demais dados de qualificação da vítima ou de testemunhas, assim como do investigado ou acusado colaborador.

<sup>472</sup> MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, I, Lisboa, 1986, pp. 104 e ss..

<sup>473</sup> Sobre a problemática dos pressupostos processuais deve-se consultar o artigo de Miguel Teixeira de Sousa, “Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais”, in *ROA*, ano 49, 1989, pp. 85 e ss..

<sup>474</sup> NAVARRO DE PAIVA, Manuel Cavaleiro, *Tratado Theorico e Prático das Provas do Processo Penal*, p. 33. Segundo o mesmo, é de grande importância a prova testemunhal no processo penal. As testemunhas são, na expressão de Bentham, “os olhos e os ouvidos da justiça”. É por meio delas que o juiz vê e ouve os fatos que aprecia”. No mesmo sentido, MARQUES DA SILVA, Código de Processo Preliminar: a testemunha é chamada a depor sobre as suas percepções de fatos e circunstâncias passadas, mas o objeto do depoimento são não só fatos necessariamente percebidos, mas também deduzidos, mas já não opiniões sobre o alcance dos fatos ou juízos de valor sobre eles. Por isso, como dispõe o art. 128º, nº1 do Código de Processo Penal português, a testemunha é inquirida sobre os fatos de que possui conhecimento e que constituam objeto do processo e só excepcionalmente pode ser inquirida sobre fatos de que possui conhecimento indireto.

<sup>475</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições...*, p. 317, para o autor as testemunhas auriculares, igualmente denominadas de *testemunhas de oitiva, de ouvida alheia, ou por ouvir dizer*, somente se entendem valiosas, se as suas afirmativas tiverem confirmação das pessoas, a quem se referiram.

<sup>476</sup> PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, vol. VI, p. 1555.

Também o art. 14, § 2º, da Lei nº 6.578/2009 dispõe que se considera ao abrigo de excludente de ilicitude o agente que praticar infrações penais para preservar sua verdadeira identidade ou a fim de não prejudicar as investigações, devendo tal fato ser imediatamente comunicado ao juiz, o qual decidirá, ouvido o Ministério Público, sobre a continuidade ou não da infiltração.

Os referidos artigos (25 e 14, § 2º) esboçam uma aparência de equilíbrio e legitimidade para as condutas pertinentes ao agente infiltrado no âmbito da criminalidade organizada, mas é de se estranhar na sequência do que acaba de se dizer, da afirmação de que não é punível a conduta do agente infiltrado que, para fins de prevenção ou repressão criminal, oculta sua identidade, atuando no anonimato, violando o art. 5º, inc. LV da Constituição Federal, como também o art. 204, do Código de Processo Penal brasileiro, numa amostragem contrária aos direitos fundamentais do cidadão <sup>477</sup>.

Continuamos pensando que a Lei nº 6.578/2009, “esqueceu”, além de outros, do princípio da *imediação das provas* no processo penal, considerado sob a égide de perspectivas: a utilização dos meios de prova originais, pressupondo a oralidade do processo, a fim de que os sujeitos processuais possam conhecer direta e pessoalmente as provas apresentadas, objetivando uma visão conjunta dos fundamentos de fato da causa.

A propósito e para um exame mais apurado do problema, Damião da Cunha opina no sentido de que a investigação criminal não tem um modelo único seguido por todos os países do mundo, nem sempre foi o mesmo ao longo da história da humanidade <sup>478</sup>.

<sup>477</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 189-194. No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 373. Falando a mesma linguagem, os referidos autores, assim se expressam: “os direitos de defesa vedam interferências estatais no âmbito de liberdade do indivíduo e, sob esse aspecto, constituem normas negativas para Poderes Públicos. O Estado está jungido a não estorvar o exercício da liberdade do indivíduo, quer material, quer juridicamente. Desse modo, ao Estado veda-se criar censura prévia para manifestações artísticas, ou impedir a instituição de religiões, ou **instituir pressupostos desmesurados para o exercício de uma profissão** (destaque nosso). Para COSTA ANDRADE, os preceitos relativos às proibições de prova terão, noutros termos, de ler-se também com os olhos atentos às sugestões e ensinamentos da doutrina. Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, 1992, p. 143.

<sup>478</sup> DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel, *O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal no Novo Código de Processo Penal*. Estudos e Monografias da Universidade Católica, 1993, pp. 24 e 25: “...a evolução do processo penal é uma evolução marcada pelas “experiências traumatizantes” de cada época que condicionariam, naturalmente, as soluções...” e de que “...cada poder tem em si a tendência para seu abuso”.

Como deixamos sugerido, não se esgotam aqui indagações pertinentes à nova Lei, a qual configura uma série de aberturas aos princípios e implicações processuais e constitucionais, acabando por subvalorizar ou mesmo denegar pura e simplesmente, a relevância da dignidade humana.

De acordo, por exemplo, com Amelung, um dos defensores mais empenhados desta compreensão reducionista:

O art. 1º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, dispõe: “Obrigação de respeitar os direitos do homem?”

Por outro lado e complementarmente (*Ergänzungsbestimmung*), o regime é interpretado como acolhedor da idéia de preservar a identidade, a imagem e auto-representação do processo penal – numa perspectiva mais ampla, do próprio Estado – de acordo com as exigências fundamentais decorrentes da idéia de Estado de Direito. “O § 136 a), sustenta nessa linha Peters – quer afastar métodos interrogatórios que contrariam a reputação (*Ansehen*) do Estado e da justiça penal <sup>479</sup>.

Para além disso, Schäfer: (“...”) Determinantemente é aqui que reside o problema para a descoberta da verdade, o respeito pela dignidade humana e a garantia da posição do arguido enquanto sujeito processual como idéia de que as intervenções abusivas dos órgãos de perseguição penal, mesmo quando circunscritas ao caso concreto, são sempre suscetíveis de abalar a confiança da comunidade na conformidade do processo penal aos princípios do Estado de direito e, por essa via, comprometer o bom nome” <sup>480</sup>.

O recurso à técnica do agente infiltrado – “uma estrela da constelação” das provas proibidas, há de valorar os demais atentados danosos socialmente à dignidade humana, à liberdade de decisão ou à vontade ou à integridade física ou moral das pessoas, contrariando o que dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º, LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios

<sup>479</sup> PETERS, K., *Strafprozess. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., Heidelberg, 1981, p. 311. No mesmo sentido e do lado da doutrina constitucionalista, MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz*, art. 1, Rn 32.

<sup>480</sup> SCHÄFER, K., “Einige Bemerkungen zu dem Satz *nemo tenetur se ipsum accusare*”, *Fest. Dünnebier*, pp. 11 e ss..

ilícitos <sup>481</sup>.

No nosso entender, seguindo os ensinamentos de Heleno Fragoso a prova ilícita é prova inidônea. Mas do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. A prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja de eficácia jurídica <sup>482</sup>.

Na opinião de Luhmann <sup>483</sup>, e conforme o qual os direitos fundamentais emergem, hoje, além do mais, também como *valores institucionais* do moderno Estado de Direito. E, enquanto tais, reclamam formas autônomas de tutela, de proteção. Em nome, logicamente, de sua essencialidade para a conceituação e a imagem do Estado como autêntico Estado de Direito. Nesse sentido, expressa-se Luhmann: “Embora historicamente tenham sido formulados contra o Estado absoluto e apoiados no direito natural, eles só ganharam a sua verdadeira função na democracia, em que protegem, além da pessoa individual, as outras áreas da sociedade contra o universalismo da política possível”.

Os direitos fundamentais ao longo do processo histórico entre o indivíduo e o Estado detentor do *jus puniendi* foram se afirmando e decantando. Assim, correspondeu o reconhecido triunfo à cristalização como princípio essencial do processo penal próprio de um Estado de Direito que se afirma dia-a-dia. Como demonstrações de liberdade, colhem esses direitos fundamentais o étimo e a legitimação material naquela autonomia radical da pessoa e, acolhendo-se a lição do Tribunal Constitucional Federal alemão, pode-se definir como “disponibilidade sobre si próprio (*Verfügbarkeit über sich selbst*)” <sup>484</sup>.

<sup>481</sup> FRAGOSO, Heleno, *Jurisprudência Criminal*. A justiça penal, segundo o autor, não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados. A Constituição Federal, no seu art. 5º, LVI, com efeito, dispõe que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (STF, Ação Penal 307-3-DF - Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU, 13 de outubro de 1995).

<sup>482</sup> “A *Exclusionary Rule*, considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado, destina-se, na abrangência de seu conteúdo, e pelo banimento processual de evidência ilicitamente coligida, a proteger os réus criminais contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (*Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 1967; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961; *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1962)”.

<sup>483</sup> LUHMANN, N., *Soziologische Aufklärung, 4. Beiträge zur funktionalen Differenzierung der gesellschaft*, 1987, p. 91.

<sup>484</sup> AMELUNG, K., “Zulassung und Freiwilligkeit der Einwilligung bei strafprozessualen Grundrechtsbeeinträchtigung gen”, *Festgabe zum 10. Jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik*, München, 1984, p. 11.



No que se refere à compreensão dos valores ou metas a alcançar com a justiça penal – proteção aos bens jurídicos, reavaliar as normas e reforçar a confiança na sua vigência, restabelecer a paz jurídica (e social) e prosseguir a verdade preordenada à realização da justiça material – transformações significativas ocorrem, induzindo o surgimento de valores ou medidas sob avaliação da sociedade.

Tudo a começar, da introdução do regime do agente infiltrado e contra o tráfico de droga em Portugal, por exemplo, além do combate à corrupção e à criminalidade econômico – financeira.

É por essa via que o legislador pretende alargar o âmbito de aplicação, estabelecendo para o efeito um elenco dos crimes em cuja investigação se pode recorrer a atuação do agente infiltrado.

Ora, conciliar medidas de eficácia no combate à criminalidade organizada com as garantias é uma questão que, democraticamente, as sociedades se confrontam. Tem-se consciência das dificuldades que se refletem sob as circunstâncias de uso de meios encobertos para tal fim notadamente em se tratando do Brasil e Portugal, regidos ambos, por Constituições generosas em matéria de direitos, liberdades e garantias.

Não estaríamos numa situação, em alguns casos, diante de um excesso de otimismo, quando lançamos mão do uso de técnicas encobertas?

Salientar, convém, o que consta da **Exposição de Motivos, do Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado**: “A introdução desse regime deve, no entanto, ser feita com os cuidados adequados, quer para preservar as garantias de defesa em processo criminal, quer para salvaguardar a segurança dos agentes envolvidos da investigação. Continua: “A primeira dessas preocupações traduz-se, desde logo, no **princípio geral de que estas actuações estão sujeitas aos princípios da necessidade e da proporcionalidade**, face à investigação a desenvolver. No mesmo sentido que se traduz quer na necessidade de autorização prévia de magistrado quer no controlo jurisdicional *a posteriori* dessa mesma actuação e da prova obtida.

Acentua-se a tensão da antinomia Estado – indivíduo quanto à segurança dos agentes visto que terão que atuar no mesmo contexto dos criminosos, além de serem previstas regras de proteção do agente no que se refere os meios pelos quais a prova é produzida e, conseqüentemente, apresentada, no processo, além da omissão de sua identidade <sup>485</sup>.

A consciência das dificuldades mais se acentuará, “tocando o fio da navalha”, quando se discute a possível conciliação das medidas de eficácia com a salvaguarda dos direitos fundamentais em matéria de constitucionalidade com a cada maior sofisticação da criminalidade, com uma organização cada vez mais eficaz, com as suas ramificações internacionais.

Ante o todo exposto, pensamos que, em face da criminalidade organizada, o reverso de deixar impune e de tornar o Estado menos eficaz nessa “luta” e se isso também não acarretará perda de direitos fundamentais, notadamente do direito, que todos somos possuidores à segurança.

Haverá possibilidade de serem introduzidas estruturas legais e processuais mais eficazes e mais prontas de intervenção policial e judicial sem que os direitos fundamentais sejam afetados <sup>486</sup>?

Levando em consideração, no nosso entender, os males trazidos a sociedade pelo crime organizado, algo tem de ser feito (como está sendo feito), a fim de que o Estado não se apresente inoperante e consiga fazer brotar a esperança de que um dia consigamos ter paz, mas, diante de todo o alegado não se pode deixar de reconhecer que o uso da técnica do “Agente Infiltrado é Um Mal Necessário”.

Com algum relevo na experiência processual penal, incompatível com a dignidade humana, cremos em poder estabelecer uma comparação entre o uso do agente infiltrado – na luta contra o crime organizado – e o uso do **detector de mentiras**, no interesse tão-somente da defesa.

Se o uso do agente infiltrado é admissível no combate a organizações criminosas e o detector de mentiras é aconselhável naqueles extremados “casos

<sup>485</sup> *Diário da Assembléia da República*, I Série, nº 99, de 22 de junho de 2001, p. 3860, Col. 2.

<sup>486</sup> GUILHERME SILVA, in *DAR*, I Série, nº 99, de 22 de junho de 2001, pp. 3867 e 3868, Cols. 2 e 1.

dramáticos de conflitos”, ambas as técnicas integram a constelação da lei de exceção, um entendimento das coisas que vem conhecendo a contestação duma corrente doutrinal alternativa, segundo a qual criou-se um regime jurídico ao abrigo do qual essas atuações são levadas a cabo, de modo a preservar as garantias de defesa em processo criminal, sem deixar de salvaguardar a segurança dos agentes envolvidos na investigação. Por outro lado o detector de mentiras só é permitido, excepcionalmente, como *última ratio*, como bem expressa Amelung, em se referindo ao detector de mentiras <sup>487</sup>.

Não se esgotam aqui as soluções da nova legislação processual penal brasileira.

Não menos ostensivos e comprometedores são os défices e sua operatividade normal e prático – jurídica, sobretudo em consequência das dificuldades de demarcação de fronteiras que medeiam as linhas de clivagem e de contraste.

Não se pode, por último, deixar de assinalar uma certa incongruência na construção da técnica do agente infiltrado, cuja missão contactar os suspeitos da prática de um crime com ocultação da sua verdadeira identidade, atuando de maneira a *impedir a prática de crimes ou a reunir provas que permitam a efetiva condenação dos criminosos* <sup>488</sup>.

As limitações e debilidades da técnica do agente infiltrado começam, em sede de **excepcionalidade**, carecendo da introdução de algumas melhorias e alguns esclarecimentos em aspectos dessa técnica <sup>489</sup>.

Consta ainda da Exposição de Motivos do Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado (Portugal) que: “Penso que é possível, e, em princípio, com uns retoques, na especialidade, esta legislação demonstra-o, introduzir nas estruturas legais e processuais formas mais eficazes e mais prontas de intervenção policial e judicial sem que esses direitos fundamentais sejam afetados. Estou convencido disso, mas **não podemos mais manter um lirismo excessivo sem subvertermos os princípios da sociedade democrática plural**, que nos inspiram. Não podemos

<sup>487</sup> AMELUNG, “Zulässigkeit...”, pp. 14 e ss.

<sup>488</sup> O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado, p. 17.

<sup>489</sup> O Novo Regime..., p. 17.

ser ingênuos ao ponto de fazer dessa uma batalha cega, deixando de aperfeiçoar, na conciliação, que cada vez penso mais possível, desses valores. No entanto, tal tem de ser feito de forma a que o Estado não recue e não tenha, perante a coletividade, um retrato de inoperacionalidade e que faça nascer, em muito de nós, a não esperança de que a guerra possa ser ganha nesse que é, no fundo, um conflito entre o bem e o mal”<sup>490</sup>.

O que oferece ao discurso das proibições de prova (agente infiltrado) uma densidade axiológico – material e político – criminal de irrecusável fecundidade heurística e hermenêutica. Isto a partir da constatação, sobretudo, de que tida a utilização ou valoração da técnica do agente infiltrado nada mais é do que um atentado à dignidade humana e a renovar a sua danosidade social por se converter no “Agente Infiltrado – Um Mal Necessário”, cuja missão (segundo a Exposição de Motivos do Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado português), “de ganhar a guerra entre o bem e o mal”.

Não menos ostensivas e comprometedoras são as limitações e debilidades da construção jurídica da técnica do agente infiltrado, como um todo, não apenas no Brasil, ganhando vulto quanto à luz dos exigentes critérios e reflexões afrontando o postulado “os fins não justificam os meios” (*Der zweck nicht das Mittel heiligt*), quando se tratam de direitos e garantias humanas fundamentais. Como justificativa da afirmação, o conteúdo da Exposição de Motivos do Novo Regime... . Contudo, com o propósito de deixarmos clarificado que o agente infiltrado usa e abusa dos meios de investigação para alcançar seus fins, o bastante é repetir: “não podemos ser ingênuos ao ponto de fazer dessa uma batalha cega, deixando de aperfeiçoar, na conciliação...”. (Exposição de Motivos do Novo Regime Jurídico..., p. 17), numa posição contrária às normas constitucionais em que os tribunais e autores alemães esteiam a dogmática e o regime das *Beweisverbote* têm a estrutura de enunciados substantivos de direitos da personalidade, em geral, a exemplo dos que prescrevem a intangibilidade da *dignidade humana*.

<sup>490</sup> In: *DAR*, I Série, nº 99, de 22 de junho de 2001, pp. 3867 e 3868, Cols. 2 e 3 (destaque nosso).

Diferentemente do que antes ocorria, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade converteu-se num valor fundamental da ordenação jurídica.

Na esteira de Herrmann, as proibições de prova do direito germânico representam os “meios processuais de imposição da tutela do direito material”<sup>491</sup>. Opinião esta cuja pertinência afigura-se-nos, ante a intencionalidade normativa, irrecusável, o que dá sentido as *Beweiverbote*. Trata-se, em primeiro plano de uma prevenção às determinadas manifestações de danosidade social, assegurando-se a integridade de bens jurídicos pessoais. “Em consequência – apressa-se Herrmann – no direito alemão a limitação da actividade da polícia não pode ser apontada como tarefa, mas apenas como consequência das proibições de prova”<sup>492</sup>.

Igualmente estabelecendo uma comparação, acentua Bradley que “o mero facto de uma acção de investigação violar a StPO não é decisivo. O mais importante é saber se a intromissão na esfera íntima do acusado se pode ou não considerar justificada, em nome do relevo da infração que lhe é imputada”<sup>493</sup> (destacamos).

O exposto indicará que o universo dos destinatários das proibições não tenha de circunscrever-se carecedoramente aos agentes das instâncias formais de controle<sup>494</sup>.

O Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), na primeira das suas mais notáveis decisões, em 1960, sublinhou “A dignidade humana é inviolável (art. 1º, da Lei Fundamental). Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade enquanto não lesem os direitos de terceiros ou não violem a ordenação constitucional ou a lei moral (art. 2º da Lei Fundamental). De igual modo, o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem garante a todos a exigência de respeito da sua vida familiar privada. Diferentemente do que antes sucedia, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é hoje reconhecido como um valor fundamental da ordenação jurídica. O direito da pessoa à sua

<sup>491</sup> HERRMANN, “Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote, Rechtsvergleichende Überlegungen zum deutschen und amerikanischen Rcht”, *Fest. Jescheck*, p. 1292.

<sup>492</sup> *Idem*, p. 1302.

<sup>493</sup> BRADLEY, C., “Beweisverbote in den USA und in Deutschland”, *GA* 1985, p. 105.

<sup>494</sup> BRADLEY, C., sobre as “Beweisverbote...”, *idem*.

própria palavra falada (...) pertence também ao conteúdo deste direito de personalidade”<sup>495</sup>.

Referente aos princípios do Estado de Direito em matéria de processo penal que podem ser colhidos na fundamentação do *Tonbandfall* “não devem levar-se à conta de novos adicionais fundamentais da proibição de prova uma vez que o Supremo Tribunal Federal (BGH) caracteriza a *Rechtsstaatlichkeit* fundamentalmente como exigência de respeito da dignidade humana”<sup>496</sup>.

O Tribunal Constitucional Federal nos seus inúmeros pronunciamentos acerca das proibições de prova, destaca em dois tópicos: o enunciado da personalidade em seus direitos, por um lado, e o chamamento da ponderação de interesse como instância de legitimação possível do seu sacrifício, por outro lado. Salaria, portanto: “Tem sido jurisprudência constante deste Tribunal Constitucional o entendimento de que a Lei Fundamental reconhece ao cidadão individual uma área inviolável de livre confirmação da vida privada”, de todo em todo subtraída à intromissão e devassa dos agentes públicos ou privados<sup>497</sup>.

Em recentes alterações introduzidas no processo penal brasileiro, no que diz respeito à criminalidade organizada, cogita-se da possibilidade (destaque nosso) de acusados, embora interrogados pessoalmente, quando da realização de audiência de instrução criminal, participarem à distância, assevera Eduardo Araújo da Silva, através de meios tecnológicos<sup>498</sup>. Conforme o autor, “trata-se da realização na expressão de Enzo Zappalà, da denominada ‘audiência telemática’ – transmissão à distância (tele) e automaticamente (mática) –<sup>499</sup>, a qual envolve a adoção de instrumentos de transmissão de imagens e sons, associados à capacidade de elaboração dos computadores. Também conhecida como ‘teleconferência’, ou, ainda, ‘multivideocomunicação’, a audiência telemática possibilita que os acusados participem do ato processual em local diverso de sua realização, podendo comunicar-se oral e visualmente com o juiz e com os demais

<sup>495</sup> SPENDEL, G., “Die Kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform”, *NJW* 1960, p. 1580.

<sup>496</sup> HERRMANN, *Jescheck – Fs.*, p. 1293.

<sup>497</sup> ARTZ, G., “Anmerkung”, *JZ* 1973, pp. 506 e ss..

<sup>498</sup> SILVA, Eduardo Araújo da, *Crime Organizado*. Procedimento Probatório, 2ª Edição, Editora Atlas S.A – 2009, p. 116.

<sup>499</sup> ZAPPALÀ, Enzo, *Introduzione all’udienza telematica nei processi di criminalità organizzata. L’esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*. Milão: Giuffrè, 1999, p. 5.

participantes do ato processual, pelos meios de comunicação colocados à sua disposição”.

Ainda em sede das tão enaltecidas vantagens que a audiência telemática tem trazido para o processo penal moderno, não se pode negar a existência de um cerceamento de defesa para o acusado<sup>500</sup>.

A telemática como instrumento para processo penal atrela-se à busca da eficiência processual, designadamente quando se trata da apuração do crime organizado, cujas características (o grande número de participantes na organização e diversificada exploração de atividades ilícitas) contribuindo para a complexidade dos processos judiciais que se destinam à sua apuração.

A doutrina italiana denominou referido “fenômeno” de *gigantismo processuale* que, além de comprometer a persecução penal estatal, trás prejuízos para ampla defesa dos acusados visto o número elevado dos atos processuais.

Vários motivos contribuíram para que se adotasse a audiência telemática: a racionalização processual, a necessidade de segurança no deslocamento dos acusados e a excessiva despesa pública para tanto.

Em se tratando de apuração de criminalidade organizada (geralmente dispondo de recursos financeiros e armamento sofisticado), o Estado de São Paulo, para evitar os deslocamentos de acusados presos para audiências de interrogatórios, o Conselho Superior da Magistratura baixou o Procedimento nº 754, de 26 de abril de 2001, publicado no Diário Oficial do Estado, no dia 29 de maio de 2001, disciplinando a realização deste ato processual nos estabelecimentos onde os acusados se encontram recolhidos, prevendo o art. 4º: “As Comarcas do interior que possuírem instaladas as unidades prisionais denominadas Centro de Detenção Provisória (CDP) receberão precatórias para a citação de interrogatório dos réus ali detidos. Feita a distribuição, recomenda-se ao magistrado competente, dirigir-se ao CDP para a realização do ato, evitando-se a necessidade de requisição dos seus presos”. Ainda dispõe o art. 5º: “Na Comarca da Capital caberá aos magistrados designados para atuar no departamento de Inquéritos Policiais (DIPO) a realização dos Interrogatórios dos

<sup>500</sup> SILVA, Eduardo Araújo da, *Crime Organizado...*, p. 117.

presos recolhidos nos Centros de Detenção Provisória, facultando-se aos juízes das Varas Criminais e do Júri oficial nesse sentido, remetendo cópia da denúncia, do interrogatório do réu na fase extrajudicial, dos depoimentos e principais peças do inquérito policial”.

Os deslocamentos dos presos são realizados com muita segurança através de dezenas de policiais e viaturas, o que, além de acarretar gasto considerável para o Estado, reflete negativamente para a sociedade, visto que esse aparato policial poderia estar sendo usado em outras frentes não menos importantes <sup>501</sup>.

Embora tudo a coberto de exigentes formalismos legais, os benefícios da audiência telemática, não há como negar o risco de conseqüências negativas para a ampla defesa do acusado.

O conceito de ampla defesa não mais considera o acusado numa condição passiva diante do processo penal. A autodefesa – que ao lado da defesa técnica integra a ampla defesa – envolve, além do interrogatório, sua participação em todos os atos processuais, notadamente nas audiências, com a finalidade de dialogar com seu defensor sobre o desenvolvimento da colheita da prova e de orientá-lo nesse sentido (direito de presença). Para Eduardo Araújo da Silva, a ausência pessoal do acusado nas audiências restringe esse direito, pois não terá a mesma facilidade para questionar, por seu defensor, as provas contra ele produzidas <sup>502</sup> (destaque nosso).

Parte da doutrina italiana identifica alguns problemas na participação à distância: a visão incompleta oferecida pela “videoconferência”, torna difícil sua compreensão acerca dos atos praticados; as dificuldades financeiras para o acusado constituir dois advogados para participação simultânea do ato no juízo criminal e no local onde se encontra; as despesas para assumir o deslocamento desses advogados na hipótese de as audiências serem realizadas em localidades

<sup>501</sup> Na Itália, segundo ZAPPALÀ, no ano 1996, estatística oficiais indicaram que, aproximadamente, 16.000 homens foram deslocados para possibilitar o que eles denominam de “turismo judiciário”, ou seja, o constante deslocamento de presos para participar de audiências judiciais, muitas delas em longínquos lugares. Isso acontece com freqüência por se tratar de acusados envolvidos com a criminalidade organizada, pois, geralmente, respondem a um grande número de processos ao mesmo tempo (L'esame e la partecipazione..., cit., p. 8).

<sup>502</sup> SILVA, Eduardo Araújo da, *Crime Organizado*. Procedimento Probatório, 2ª Edição, Editora Atlas S.A – 2009, p. 118.



diferentes e distantes; a ausência de absoluto sigilo nas conversações entre ele e seus advogados ou entre os advogados presentes, ante a presença do auxiliar da Justiça no lugar onde se encontra <sup>503</sup>.

Embora bastante criticada a “videoconferência”, a jurisprudência italiana, que há décadas reconhece que a “proteção do direito de defesa não é absoluto, devendo ser temperado com outros interesses igualmente garantidos constitucionalmente” (Corte Constitucional, 29 de fevereiro de 1965, nº 5), já decidiu que a legalidade da audiência telemática não “ofende” os termos da Constituição, senão vejamos:

“A *norma* em exame, longe de limitar ou delinear os meios processuais ou técnicos através dos quais se realizam os objetos perseguidos, traça um exaustivo sistema de ‘resultados’, que se apresentam em linha com o nível mínimo de garantia que devem assegurar o direito do imputado de ‘participar’”.

O que quer dizer que a “audiência por ‘teleconferência’ assegura a efetiva e concreta possibilidade – não unicamente ‘virtual’ – de o acusado participar e se comunicar” (Sent. nº 342 de 1999) <sup>504</sup>.

Segundo ainda a lei italiana, depois de decidir sobre a participação do acusado à distância, o juiz deverá intimar a defesa, com antecedência mínima de dez dias em relação à data prevista para a realização do ato (art. 146-*bis*, nº 2). Na data designada, antes do início do ato, o juiz deverá verificar a efetiva e recíproca visibilidade dos que participarão da audiência e a capacidade de compreensão de todos (art. 146-*bis*, nº 3). Se vários acusados, para evitar comunicação entre eles durante a realização do ato, deverão participar separadamente do ato através da instalação de várias coligações à distância, quantas forem necessárias, conforme o número de acusados <sup>505</sup>.

<sup>503</sup> BARGIS, Marta, La teleconferenza, *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*. Enzo ZAPPALÀ (Org.), Milão: Giuffrè, 1999, pp. 36-38.

<sup>504</sup> ZAPPALÀ, Enzo, Introduzione..., p. 14, citado por Eduardo Araújo da SILVA, *Crime Organizado*, p. 119.

<sup>505</sup> KALB, Luigi, La partecipazione a distanza al dibattimento. In: DALIA, Andrea Antonio, pp. 76-77; FERRAIOLI, Marzia (Org.). *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*. commento Allá legge 7 gennaio de 1998, nº 11 (c.d. lege sulla videoconferenza). Milão: Giuffrè, 1998.

### 4.3.3 – Prova testemunhal incriminadora. Direito ao confronto

No âmbito da valoração do depoimento prestado por pessoa protegida, em se referindo a qualquer outra testemunha, existem duas presunções elencadas pela doutrina, as quais devem ser consideradas pelo juiz: consta da primeira o fato de que os sentidos não enganaram a testemunha; enquanto que, a segunda trata do fato de que a testemunha não tem pretensões de enganar o júízo<sup>506</sup>.

Para análise e apreciação da fidelidade de percepção e de transmissão do percebido, devem ser levados em consideração os aspectos a seguir: (1) o desenvolvimento e a qualidade das faculdades mentais da testemunha já que sua imaturidade (crianças) ou perturbações (deficientes mentais) podem afetar sua credibilidade; (2) o funcionamento dos sentidos das testemunhas (visão, audição etc.); (3) as condições em que se produziu a percepção, sob o plano físico (luz, distância etc.) e psíquico (atenção, medo, ira etc.); (4) as características do objeto percebido, visto que certas realidades são menos perceptíveis (a percepção do tempo, distância e o volume geralmente são menos exatas); (5) as condições de transmissão do percebido (lapso de tempo entre o depoimento e momento da percepção, a complementação do depoimento por juízos, deduções, versões e outras testemunhas, notícias de jornais etc.)<sup>507</sup>.

No que aqui especificamente respeita e se relaciona à segunda presunção, pertinente à sinceridade do testemunho, alguns aspectos devem ser observados: (1) presença ou não de algum interesse que possa influenciar consciente ou inconsciente sobre a vontade do depoente (conveniência, suborno, relação familiar, afeto, ódio etc.). Não se podendo omitir o conhecimento de seus hábitos com relação à sua sinceridade e franqueza; (2) a existência de dubiedade de relatos (tenho a impressão... penso...), contraditórios ou “premeditados” que, geralmente, levantam dúvidas, suspeitas. É o que se denomina de “controle interno” do depoimento, o que se constituirá em métodos eficazes para avaliar a veracidade do testemunho; (3) análise e consideração individual de cada

<sup>506</sup> CAFERATA NORES, José, *La prueba en la proceso penal*, Buenos Aires, 1986, pp. 125-127.

<sup>507</sup> CAFERATA NORES, José, *La prueba en la proceso penal*, Buenos Aires, 1986, p. 126.

testemunho, estabelecendo um parâmetro com as demais provas reunidas, com o objetivo de estabelecer uma avaliação de sua eficácia probatória <sup>508</sup>.

No que diz respeito ao depoimento da testemunha protegida, existe sempre alguma dúvida, vez que, geralmente, as pessoas ameaçadas se recusam a depor. Contudo, não pode ser desprezada tal possibilidade, cuidando-se, portanto, do interesse da testemunha em continuar usufruindo das medidas de proteção prevista em lei – notadamente abrigo e ajuda de custo – , o que poderá resvalar para depoimentos imparciais em desabono à posição do acusado no processo. Ante tal situação, deve o juiz confrontar as palavras da testemunha com eventuais outras provas que autorizem a conclusão de que o depoimento não carece de credibilidade por estar influenciado pela intenção de manutenção das medidas de proteção. Como sempre acontece, por exemplo, com a testemunha anônima, exigindo-se, conseqüentemente, uma cautela mais severa, visto que referida testemunha, ou seja, seu depoimento acobertado pelo anonimato deve ser recebido com muita precaução, muita cautela, afigurando-se prudente atribuir-lhe credibilidade apenas quando confirmado por outra prova.

Neste plano, o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Van Mechelen x Holanda*, no qual se decidiu que a sentença de condenação não pode, de qualquer modo, fundar-se nem exclusivamente, nem em medida – sobre depoimento anônimo <sup>509</sup>.

Na mesma direção, a compreensão extraída do Colóquio Preparatório para o XVI Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), realizado em Guadalajara/México, em outubro de 1997, ratificada na Seção III do Congresso Internacional da AIDP, ocorrido em Budapeste / Hungria, em setembro de 1999, ou seja: “condenações não podem ser baseadas apenas no testemunho anônimo” (Resolução nº 6) <sup>510</sup>.

O chamado direito ao confronto (*right of confrontation*) – reflexão centrada sobre as provas testemunhais e os princípios fundamentais acerca do regime do

<sup>508</sup> CAFERATA NORES, José, *La prueba en la proceso penal*, Buenos Aires, 1986, p. 126.

<sup>509</sup> SIRACUSANO, Fabrício, *Videoconferenza...* Op. cit., 224, nota 35.

<sup>510</sup> FLÁVIO GOMES, Luiz e NAVARRO, Luiz George, *Crime Organizado...* Op. cit., p. 13

agente infiltrado – se constitui num direito fundamental do acusado a presenciar e tomar parte na colheita da prova oral contra ele produzida em audiência pública<sup>511</sup>.

O direito ao confronto, outorga ao acusado o direito de confrontar quaisquer pessoas que prestem declarações testemunhais incriminadoras contra ele, passíveis, referidas declarações, de valoração pelo juiz, devendo portanto serem produzidas de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetidas à inquirição desse último. Há de sublinhar-se que a projeção normativa e prático-jurídica dos dispositivos constitucionais atinentes aos *Auffanggrundrechte* da *dignidade humana*, da liberdade geral de ação ou do direito ao livre desenvolvimento, a *liberdade de declaração*, não é exclusivo do acusado. A declaração de uma determinada testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada no âmbito das exigências legais. Havendo produção de prova testemunhal contra o acusado há de se assegurar a observância do direito ao confronto, que embora não esteja previsto expressamente na Constituição Federal, vamos encontrá-lo consagrado em diversos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, a exemplo da Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia de Direitos Humanos), assegurando o direito “a inquirir ou ter inquirida as testemunhas contra si e a obter o comparecimento e exame de testemunhas a seu favor, nas mesmas condições das testemunhas contra si” (art. 6º, nº 3, alínea “d”). O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 14, nº 3, alínea “e”), garante a toda pessoa acusada de um delito o direito a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação. Também, se pronuncia a respeito, o Pacto de São José da Costa Rica (Dec. nº 678/1992), estabelecendo de forma textual o direito de toda pessoa acusada “a inquirir as testemunhas presentes no Tribunal”.

Bem avisada parece, por isso a recomendação de Diogo Rudge Malan<sup>512</sup>, ao expressar-se afirmando que o direito ao confronto possui conteúdo normativo multifacetado, consubstanciando-se no direito fundamental do acusado:

<sup>511</sup> MALAN, Diogo Rudge, *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

<sup>512</sup> MALAN, Diogo Rudge, *Direito ao confronto...*, *idem*, p. 86.

- 1) à produção da prova testemunhal quando da audiência pública: publicidade referida atende a dois objetivos – do ponto de vista do processo em que a prova está sendo colhida (endoprocessual), publicidade essa que reduz os riscos de produção de declarações sob coação, além de servir como incentivo para a veracidade das testemunhas; do ponto de vista extraprocessual, a publicidade assegura a transparência da gestão probatória judicial, tornando mais fácil seu controle social, além de contribuir para uma percepção social respeitosa sobre a legitimidade do aparato judicial <sup>513</sup>;
- 2) pertinente ao art. 217 do Código de Processo Penal, constata-se que, em regra, a audiência deve ser realizada com a presença do acusado, preservando-se, dessa forma, seu direito de presença, consectário lógico da autodefesa e da ampla defesa. Mas, não se trata de direito absoluto, pois, se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, dando prosseguimento à inquirição, com a presença do seu defensor;
- 3) à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa: o juízo de valor sobre a credibilidade do testemunho é formado não só a começar do conteúdo deste último, como também da observação do comportamento da fonte de prova ao prestá-lo <sup>514</sup>;
- 4) à imposição do compromisso de dizer a verdade às testemunhas: em que pese não represente uma garantia absoluta de veracidade, a prestação do compromisso desestimula depoimentos falsos, designadamente diante da advertência feita geralmente pelo juiz quando

<sup>513</sup> A propósito, o art. 204 do Código de Processo Penal prevê que o depoimento será prestado oralmente, valendo lembrar que, por disposição da Constituição Federal, deve ser assegurada ampla publicidade ao atos processuais, pelo menos em regra (art. 93, inc. IX).

<sup>514</sup> A inserção do princípio da identidade física do juiz no processo penal, assegura a prolação da sentença pelo juiz da instrução, conforme dispõe o art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal.

da sanção cominada ao crime de falso testemunho (reclusão de um a três anos e multa) <sup>515</sup>;

- 5) a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal: conhecer-se a qualificação da testemunha é de essencial importância para a efetividade tanto de seu exame cruzado quanto da argumentação da defesa técnica acerca da credibilidade dessa fonte, ao ensejo da subsequente fase de valoração da prova testemunhal. Logo, só com o conhecimento pertinente à identidade real das testemunhas pode o acusado argüir sua falta de credibilidade, em decorrência de uma série de fatores tais como interesse pessoal em incriminar o acusado, relações de parentesco com as partes processuais etc. <sup>516</sup>;
- 6) a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção da prova testemunhal: proporciona ao acusado uma oportunidade para questionar a fonte da prova testemunhal desfavorável logo após o seu testemunho ser prestado, servindo a dois propósitos distintos. Com relação à credibilidade da fonte de prova, seu objetivo é demonstrar ao julgador do mérito da causa que ela não é confiável, por qualquer motivo. Por outro viés, quanto aos fatos narrados, o propósito da inquirição é mitigar os efeitos desfavoráveis do depoimento sobre o julgador, extraindo-se eventuais inconsistências ou contradições do relato da testemunha, forçando-a a modificar seu depoimento ou até mesmo admitir a inverdade de algumas de suas declarações. De outro modo, o exame por parte do acusado ainda se presta ao papel de tentar conseguir informações favoráveis a ele, não relatadas pela testemunha até então <sup>517</sup>;

<sup>515</sup> A previsão do compromisso de dizer a verdade encontra-se inserida expressamente no art. 203 do Código de Processo Penal.

<sup>516</sup> Concernente a esse direito de se conhecer a identidade da testemunha, o art. 203 do Código de Processo Penal diz que a testemunha será perguntada sobre seu nome, idade, estado, residência, profissão, lugar onde exerce sua atividade etc. Por sua vez, o art. 205 do Código de Processo Penal também prever que, na hipótese de dúvida sobre a identidade da testemunha, deve o juiz proceder à verificação pelos meios ao seu alcance.

<sup>517</sup> A respeito do desdobramento do direito ao confronto, o Código de Processo Penal em seu art. 212, assegura às partes o direito de formular perguntas diretamente à testemunha.

7) direito do acusado de se comunicar de forma livre, reservada e ininterrupta com o seu defensor técnico, durante a inquirição das testemunhas: durante o depoimento podem ser prestadas declarações cuja falsidade ou incorreção só o acusado consegue detectar. Dessa forma, o acusado deve poder relatar de imediato tais falsidades ou incorreções ao seu defensor técnico, a fim de que este último tenha tempo hábil para explorá-la, durante o exame cruzado da testemunha. Esse direito de comunicação do acusado com seu defensor técnico é conseqüência lógica do princípio da ampla defesa (autodefesa), sendo obrigatória sua observação inclusive em relação aos atos processuais praticados por videoconferência. De fato, o Código de Processo Penal, em seu art. 185, § 5º, assegura o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, entre este e o preso.

#### **4.3.3.1 – Testemunhas anônimas e direito ao confronto**

De acordo com o entendimento de Diogo Rudge Malan<sup>518</sup>, entende-se por *testemunha anônima* aquela cuja identidade verdadeira – nome, sobrenome, endereço e demais dados qualificativos – não é divulgada ao acusado e ao seu defensor técnico. Esse anonimato constitui num determinado meio para se prevenir ou impedir a prática de eventuais ilícitos contra as testemunhas (coação processual, ameaça, lesões corporais, homicídios etc.), possibilitando, dessa forma, que seu depoimento ocorra sem qualquer constrangimento, colaborando para o necessário acerto do fato delituoso.

Movendo-se no mesmo horizonte político – criminal, procura o autor referido conceituar o seguinte: “tal anonimato testemunhal em regra é acompanhado do uso de procedimentos judiciais que impedem o acusado e seu defensor técnico de vislumbrar o semblante da testemunha, e de recursos tecnológicos que

<sup>518</sup> MALAN, Diogo Rudge, *Direito ao confronto...* Op. cit., p. 140.

distorcem a voz dela durante o seu depoimento em juízo. Ademais disso, aqueles sistemas probatórios que permitem a produção de fontes de prova oral anônimas no julgamento também costumam impor restrições quanto às linhas de questionamento que podem ser utilizadas pelo acusado, ao ensejo da inquirição dessas fontes, a fim de evitar a identificação delas próprias ou da sua atual residência”<sup>519</sup>.

No Brasil, consoante a Lei nº 9.807/1999, sobre a proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, dentre diversas medidas aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, conforme a gravidade e as circunstâncias de cada caso, é possível a preservação de sua identidade, imagem e dados pessoais (Lei nº 9.807/1999, art, 7º, inc. IV). Deve ser compreendida essa decretação do anonimato do depoente como uma medida de natureza excepcional, que só deve ser admitida quando indícios houver de ameaças à integridade física e moral da testemunha. Como dispõe a própria Lei nº 9.807/1999, art. 2º, *caput*, “a proteção concedida pelos programas e as medidas delas decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova”.

Da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) de 2000, a qual foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 5.015/2004, o Brasil é signatário. Em seu art. 24, esse tratado determina que cada Estado – Parte adote medidas para proteção eficaz contra atos de violência ou intimidação das testemunhas que depõem sobre infrações previstas na própria Convenção e de seus familiares. Dentre tais medidas protetoras de testemunhas se incluem aquelas destinadas a “impedir ou restringir a divulgação de informações relativas à sua identidade e paradeiro” (art. 24, nº 2, alínea “a”).

Por sua vez, conforme o Provimento nº 32/2000, da Corregedoria – Geral de Justiça do Estado de São Paulo, pertinente à proteção de vítimas ou testemunhas de crimes que admitem a prisão temporária, caso essas vítimas ou

<sup>519</sup> MALAN, Diogo Rudge, *Direito ao confronto...* Op. cit., p. 140.



testemunhas sejam coagidas ou ameaçadas em decorrência de seus depoimentos e assim o desejarem, não terão seus dados qualificativos registrados nos respectivos termos de depoimentos, e sim os autos cartorários apartados (art. 3º), aos quais só poderão ter acesso o Ministério Público e o *defensor técnico constituído pelo acusado* (art. 5º) <sup>520</sup>.

Após a reforma processual de 2008, foi reforçada a proteção às testemunhas e vítimas ameaçadas. Segundo a nova redação do art. 201, § 6º, do Código de Processo Penal, “o juiz tomará as providencias necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes nos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação”. De modo semelhante, conforme o art. 217, *caput*, do Código de Processo Penal, “se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

A propósito, Guilherme de Souza Nucci, entende que “se o Estado não tem condições de garantir, totalmente, a segurança da vítima e das testemunhas que vão depor, é preciso que o magistrado tome tais providencias, valendo-se dos princípios gerais de direito e do ânimo estatal vigente de proteger as parte envolvidas num processo criminal” <sup>521</sup>.

Essa hipótese de publicidade restrita não afronta a Constituição Federal, visto que é a própria Lei Maior que autoriza que a lei possa limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, *ou somente a este*, em

<sup>520</sup> Encontra-se em tramitação do Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.182/2007, o qual, dentre outras alterações, propõe acrescentar um art. 12-A à Lei nº 9.807/1999, dispondo sobre a possibilidade de ocultação de dados de identidade da testemunha, durante a tramitação de ação penal condenatória. Essa ocultação ocorreria em casos de coação ou grave ameaça à vítima ou à testemunha do delito. Prevê o referido Projeto nessas hipóteses, que o depoimento dessa testemunha seja prestado por meio de comunicação telefônica, telemática, rádio ou qualquer outro meio assemelhado, permitida a distorção da voz para a preservação da identificação do inquirido ou por videoconferência ou meio similar, desde que obstada a identificação do inquirido.

<sup>521</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de processo penal comentado*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 402.

casos em que haja interesse social (Constituição Federal, art. 93, inc. IX, c/c art. 5º, inc. LX). Em se tratando de testemunhas anônimas, esse interesse social na proteção de seus dados está consubstanciado pela proteção à integridade física e moral da testemunha e pela própria realização do *jus puniendi*.

No entender de Renato Brasileiro de Lima, em todas as hipóteses acima mencionadas de testemunhos anônimos, conquanto haja restrição à presença do acusado, afigura-se obrigatória a presença do defensor quando da produção da prova testemunhal, devendo-se franquear a ele o acesso aos dados qualificativos da testemunha. Segundo ainda o autor, de nada adianta assegurar ao defensor a possibilidade de fazer reperguntas às testemunhas, se o advogado não em conhecimento de quem é a testemunha. Ora, continua, como poderá o advogado fazer o exame cruzado, se não tem consciência de quem está prestando o depoimento? Como poderá o advogado aferir o saber testemunhal sem conhecimento de seus dados pessoais? A juízo do ainda referido autor, portanto, e de modo a se assegurar o direito à ampla defesa (Constituição Federal, art. 5º, inc. LV), a ocultação da identidade de testemunhas ou vítimas não poderá alcançar o advogado, o qual restará responsável pela preservação desses dados <sup>522</sup>.

O panorama é mais complexo quando contrariamente Bedê Júnior e Senna sustentam que, em casos extremos, em existindo provas concretas de ameaça à integridade física e à própria vida das testemunhas, vítimas e informantes, pode-se restringir o acesso à identidade do depoente até mesmo em relação ao advogado, com base na ponderação de interesse, sobretudo quando os outros meios existentes para a proteção não se mostrarem eficazes, como o depoimento à distância, a ocultação de endereço etc. Conforme os autores, “em tais situações a proteção em relação aos direitos fundamentais das testemunhas e a própria realização do *jus puniendi* terão especial densidade, a justificar a adoção de medida tão extrema, mormente quando se está diante de crimes de elevadíssima danosidade social” <sup>523</sup>.

<sup>522</sup> BRASILEIRO DE LIMA, Renato, *Manual de Processo Penal*. vol. I, 2011, p. 1017.

<sup>523</sup> No mesmo sentido: MENDRONI, Marcelo, *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 98.

Em recente julgado sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se favoravelmente à colheita de prova testemunhal com a preservação do sigilo dos dados qualificativos da testemunha em relação ao acusado, assegurando, no entanto, o acesso às informações por parte do advogado constituído. À luz do Supremo, a preservação do sigilo quanto à identidade de uma das testemunhas teria sido adotada visto ao temor de represálias, sendo que sua qualificação foi anotada fora dos autos com acesso restrito ao juízes de direito, promotores de justiça e advogados constituídos e nomeados. Consagrou-se legítima a providência adotada pelo magistrado com fundamento nas medidas de proteção à testemunha previstas na Lei nº 9.807/1999. Consequente ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas de providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de coautores ou partícipes que se oferecem para fazer a delação premiada <sup>524</sup>.

Em Portugal, o legislador se propôs pôr de pé um sistema normativo tendencialmente acabado, nomeadamente mais completo, mais uma vez, do que o oferecido pela StPO alemã e pela Lei nº 6.578/2009, do Brasil. Isabel Oneto, seguindo os ensinamentos de Farias Costa (por ela dito elegantemente), expressa-se: “É, porém, em sede de direito penal que esta entidade se densifica, já que, em sede de direito processual penal a sua intervenção está particularmente balizada pelos métodos proibidos de prova. Apesar de teleologicamente criada para a investigação criminal, e a este nível sujeita aos princípios do processo penal, o agente infiltrado deverá, antes de mais, submeter-se aos princípios jurídico-penais, ai se afirmando a sua eventual responsabilidade penal, ultrapassados que sejam os limites de função para a qual foi criado. O que nos remete, como se verá, para os fundamentos e limites dos tipos justificadores que sustentam a sua actuação”.

Como ponto de partida de horizonte da equação dos problemas pertinentes à proteção de funcionário e terceiro, o *Regime Jurídico das Acções*

<sup>524</sup> Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC nº 90.321/SP, Relª. Ellen Gracie, DJe 182 25/09/2008.

*Encobertas para fins de Prevenção*, em seu art. 4º, nº 4, dispõe que a comparência em audiência de julgamento do agente encoberto, observará sempre o disposto na segunda parte do nº 1, do art. 87, do Código de Processo Penal Português, sendo igualmente aplicável o disposto na Lei nº 93/99, de 14 de julho <sup>525</sup>.

A segurança dos agentes infiltrados já referida como “domínio sensível, quer por atuarem junto dos criminosos, quer por estarem sujeitos a eventuais represálias”, deve, sem questionamento, merecer uma proteção não apenas material, mas também formal. Nesse sentido, o legislador estipulou, desde logo, no nº 2 do art. 3º, que *ninguém pode ser obrigado a participar numa acção encoberta*. Tanto assim é que, através do nº 2 do art. 3º, do Regime Jurídico das Acções Encobertas para fins de Prevenção, consagrado é o princípio da liberdade, quando em geral ao excluir qualquer obrigatoriedade de qualquer cidadão de participar numa acção.

---

<sup>525</sup> Aos actos processuais declarados públicos pela lei, nomeadamente às audiências, pode assistir qualquer pessoa. Oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, do arguido ou do assistente pode, porém, o juiz decidir, por despacho, restringir a livre assistência do público ou que o acto, ou parte dele, decorra com exclusão da publicidade. A regra da publicidade dos actos processuais tem assento constitucional no art. 209º da Constituição da República Portuguesa, quanto às audiências dos tribunais, considerando geralmente os autores que se trata de emanção do Estado de Direito democrático, como reforço da garantia dos cidadãos e da legitimidade pública dos próprios tribunais. A realização da audiência está subordinada aos seguintes princípios: *Publicidade, Contrariedade, Concentração, Continuidade, Oralidade, e Imediação*.

#### 4.3.4 – Tentativa de videoconferência no Brasil

A primeira tentativa de videoconferência ocorrida no Brasil de tutela da participação à distância do acusado na instrução, deu-se com a entrada em vigor da Lei paulista nº 11.819, de 5 de janeiro de 2005, de inconstitucionalidade flagrante, não só em razão do vício de origem, mas, sobretudo, pela omissão na disciplina das garantias aos acusados que acompanhariam o ato à distância <sup>526</sup>.

O legislador brasileiro pretende disciplinar a participação à distância do acusado na instrução, acompanhando os passos da tendência contemporânea, atenuando o seu direito de presença somente em casos excepcionais, no âmbito das quais para “prevenir risco à segurança pública, quando há suspeita de que o referido acusado faça parte de organização criminosa, desde que o juiz se pronuncie de forma fundamentada no contexto das circunstâncias do caso concreto, através de uma prévia intimação do defensor e assegurando o contato privado entre o acusado e seu advogado, durante a realização do ato. Conforme opinião de Eduardo Araújo da Silva <sup>527</sup>, embora não se desconheça o longo e atormentado processo para a consagração dos direitos de garantias individuais, do confronto entre a plenitude do direito de defesa e o interesse do Estado na busca da efetividade processual para apuração do crime organizado, à luz do princípio da proporcionalidade, referida norma não poderá ser taxada de inconstitucionalidade.

Em idêntica perspectiva comparatística e sentido convergente, a exemplo do entendimento consagrado na Corte Constitucional italiana, também o Supremo Tribunal Federal ensina-nos que as garantias processuais não se constituem em absolutas, devendo, se possível minimamente, ceder diante de outros interesses

<sup>526</sup> Editada a lei com o objetivo de dispor “sobre a implantação de aparelhos de videoconferência para interrogatório e audiência de pessoas à distância”, a lei previa, apenas e tão-somente, que “nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais” (art. 1º), que “o Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 90 (noventa) dias, contados a partir da sua publicação” (art. 2º) e que “as despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário”.

<sup>527</sup> SILVA, Eduardo Araújo da, *Crime Organizado*. Procedimento Probatório, 2ª Edição, Editora Atlas S.A – 2009, p. 123.

estatais de idêntica estatura constitucional<sup>528</sup>.

A propósito, o Código de Processo Penal em seu art. 217, antes da alteração produzida pela Lei nº 11.690/08, embora não se tratasse de participação à distância, possibilitava ao juiz determinar a retirada do acusado da sala de audiência, caso vislumbrasse que a conduta do mesmo pudesse ter influência negativa no depoimento das testemunhas e nas declarações da vítima.

O que fica dito explicará que referido dispositivo, em que pese representar uma atenuação para a defesa do acusado, teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal<sup>529</sup>.

Lamentamos que, o legislador brasileiro, no que se refere ao interrogatório à distância mediante teleconferência, instituído pela Lei nº 11.900/09, deixou de levar em consideração os critérios adotados pela lei italiana, que preservou o interrogatório pessoal do acusado<sup>530</sup>.

Para além disso e sobretudo a excepcionalidade adotada pela lei nacional e dos cuidados para a atenuação do direito de autodefesa<sup>531</sup>, tratando-se de ato

<sup>528</sup> SIRACUSANO, Fabrizio, Videoconferenza e telesame nella giurisprudenza della Corte europea dei diritto dell'uomo. In: ZAPPALLÀ, Enzo (Org.). *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*. Milão: Giuffrè, 1999.

<sup>529</sup> "Não ofende a Constituição e nem traduz cerceamento ao direito de defesa a decisão do juiz que, suficientemente motivada, ordena a retirada do acusado da sala de audiência a pedido das vítimas e das testemunhas, que se sentiram atemorizadas com a presença do réu. Esse poder de exclusão, deferido ao magistrado, tem por fundamento o art. 217 do Código de Processo Penal e, na concreção de seu alcance, objetiva assegurar às testemunhas e às vítimas a plena liberdade moral para deporem em juízo, sem qualquer receio ou temor. Para que essa extraordinária prerrogativa processual do magistrado não se converta em fonte de abusos e práticas arbitrários, torna-se imprescindível que o ato decisório seja fundamentado, que o juiz faça constar do termo as razões que motivaram a retirada do acusado e que a instrução criminal seja realizada na presença do defensor do réu" (RT. 691/389).

<sup>530</sup> A lei processual da Itália prevê a realização do interrogatório em um momento diverso da instrução processual (*dibattimento*). Na denominada audiência *preliminar*, realizada após o recebimento da acusação, o imputado poderá solicitar ao juiz seja submetido ao interrogatório (art. 421, nº 2). Não há, portanto, previsão de realização do interrogatório à distância. E não é outra a impostação da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, presidida por Ada Pellegrini Grinover, no Anteprojeto de Lei sobre o Interrogatório do Acusado e Defesa Efetiva, encaminhado pelo Ministério da Justiça ao Congresso Nacional, onde dispôs expressamente que "não se admitirá o interrogatório à distância de acusado preso" (art. 185, parágrafo único) *Anteprojeto...* Op. Cit., p. 331.

<sup>531</sup> O Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.900/09: "art. 185 O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença do seu defensor, constituído ou nomeado. § 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato. § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes exigências: I – prevenir risco à segurança pública, se existir suspeita de que o preso faça parte de organização criminosa, ou de que, por outro motivo, possa fugir durante o deslocamento; II – viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por

vital para o acusado em sua defesa e para evitar qualquer dificuldade nesse sentido, o interrogatório deve sempre ser realizado pessoalmente, embora se tratando de acusação no contexto da criminalidade organizada, do contrário, ofender-se-ia o princípio da proporcionalidade que norteia o “melindroso” campo de restrição de garantias processuais. Resumidamente, ademais, questões de segurança pública no deslocamento dos acusados e de dispêndio de recursos públicos para tanto podem ser solucionados com o comparecimento do juiz no estabelecimento onde se encontra preso o acusado. Assim, na tentativa de se evitar a invalidação do processo por nulidade do interrogatório colhido à distância cabe ao juiz, se presentes todos os requisitos legais, colher a prova com a participação à distância do acusado e, depois, ir até ao estabelecimento prisional onde se encontra, com a finalidade de proceder ao interrogatório pessoal <sup>532</sup>.

#### 4.3.5 – Depoimento do agente policial infiltrado

Retornemos, mais uma vez ao “Agente Infiltrado – Um Mal Necessário”, por imperiosa necessidade dos fatos e do direito.

No direito jurisprudencial, no que se refere à valoração dos depoimentos de

---

enfermidade ou outra circunstância pessoal; III – impedir a influência do réu no animo de testemunhas ou de vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste código; IV – responder à gravíssima questão de ordem pública,,,”.

<sup>532</sup> Antes da vigência da Lei nº 11.900/09, no julgamento do HC nº 88.914/SP, que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei paulista de nº 11.819/05, por disciplinar matéria de natureza processual, privativa da União, o Min. Cezar Peluzo, em seu voto como Relator, mostrou a possibilidade de reconhecer a inconstitucionalidade do interrogatório à distância, através de videoconferência: “O sistema eletrônico poderia ser usado sem disciplina específica, se não fora o interrogatório, ato de tamanha importância à defesa, cuja plenitude é assegurada pela Constituição da República (art. 5º LV). A adoção da videoconferência leva à perda de substância do próprio fundamento do processo penal. E, sem peias nem controle, o interrogatório por videoconferência aparece como outra cerimônia degradante do processo...” (destaque nosso) (...) “Mas do que modo de ver e ouvir, o interrogatório é evento afetivo, no sentido radical da expressão. Assim como em sessão psicanalítica, é fundamental a presença física dos participantes em ambiente compartilhado (destaque nosso). Duras críticas já foram, aliás, desferidas contra a possibilidade de realização de sessões psicanalíticas por telefone, e cuja adoção é também sustentada com base em razões de economia de tempo, de esforço e de coisas tais...” Em que pese o posicionamento do Min. Relator, a questão terá de ser analisada, agora, à luz das alterações introduzidas pela Lei nº 11.900/09, como salientou em seu voto, o Min. Gilmar Mendes: “Não há lei a autorizar. Houvesse lei, certamente, teríamos que discutir outras questões pontuadas no brilhantismo voto que Sua Excelência acaba de proferir. Toda esta questão relativa à conformação, nos tempos em que nós entendemos o contraditório e a ampla defesa. Encontra-se uma conformação adequada que faça esta possível prática do ponto de vista tecnológico compatível com a ordem constitucional. Mas este é um momento se o legislador processual vier a estabelecer regras assemelhadas sobre o tema. No momento, basta-me este fundamento claro, inequívoco, que Sua Excelência tão bem esgrimiou”.

policiais (no Brasil, o agente infiltrado é um policial), há muitas contradições, ante o temor de que sua participação nas investigações que conduziram ao processo possa influenciar a imparcialidade de suas versões, de suas palavras. No nosso entendimento, é “um peso de duas medidas”, ou seja, assim como não há como se desprezar, *a priori*, o depoimento do policial que, como qualquer pessoa, pode figurar como testemunha no processo penal (art. 202 do Código de Processo Penal), também, por outro viés, não há como creditar valor absoluto às suas palavras, as quais devem ser colhidas, encaradas com cautela, pois sem sombra de dúvida, sua participação nas diligências pode exercer influência sobre seu depoimento em juízo.

No que se alude à investigação realizada pela infiltração de agentes, o principal meio de prova a ser proposto pelo órgão responsável pela acusação será o depoimento do policial que atuou de forma encoberta, infiltrada, que deverá ser arrolado como testemunha na denúncia (art. 41 do Código de Processo Penal). Dessa forma, deverá o juiz – se ainda assim não procedeu, quando da juntada dos relatórios de investigação –, para fins de admissão dessa prova, constatar, verificar a licitude da conduta desempenhada por esse policial.

Uma das questões mais discutidas nesse sentido diz respeito à possibilidade de o agente infiltrado provocar ou instigar condutas delituosas por parte dos integrantes das organizações criminosas desenvolvidas pelos investigados. A exemplo, citamos Juan José López Ortega<sup>533</sup>:

“A polícia, cuja tarefa principal é lutar contra a delinqüência, não pode contribuir para a realização do delito, induzindo o suspeito a executá-lo. Em sua atuação, tem de se limitar a criar a ocasião para que o delito ocorra, em condições tais, que seja possível constatar sua realização e identificar os seus autores; porém, em nenhum caso poderá incitar a sua realização fazendo nascer no provocado a resolução criminal. É decisivo, portanto, que o desígnio criminal aja surgido no autor livremente sem nenhuma intervenção do agente de polícia”.

A infiltração não deve ser confundida com a provocação. Salientar é necessário que na provocação o agente provocador deliberadamente desencadeia práticas ilícitas pelos integrantes de uma associação criminosa, sem dela tomar

<sup>533</sup> LÓPEZ ORTEGA, Juan José, Infiltración policial y provocación del delito. *Revista Española de Derecho Militar*, v. 70, Jul/dez. 1997.



parte, para em seguida impedir a consumação do resultado <sup>534</sup>.

Quanto à consideração da prova testemunhal do policial que atuou de forma infiltrada, deverá o juiz atentar para dois elementos de valoração: (1) a inexistência de interesses em afastar eventual ilicitude em suas diligências; (2) a comprovação de seu depoimento por outros meios de prova, salvo impossibilidade de fazê-lo.

No que especificamente concerne ao primeiro elemento, tem-se como demonstrado que na prática não se deve descartar a possibilidade de o policial, que deliberadamente provocou a conduta criminosa do acusado, esconder, omitir tal fato em juízo, objetivando a que o processo não tenha um desfecho absolutório ou para que não haja uma penalização administrativa; locupleta-se o policial que tenha abusado de seus poderes quando da investigação, com a finalidade de constranger o acusado a admitir sua participação no crime e indicar os demais membros da organização criminosa <sup>535</sup>; também o policial que usou de outros meios ilícitos para a obtenção da prova (interceptação telefônica clandestina, violação de domicílio sem mandado judicial, violabilidade de correspondência etc.) sem sombra de dúvidas terá interesse em esconder, omitir tais condutas em juízo, em razão das conseqüências jurídicas que poderão lhe advir.

<sup>534</sup> Na opinião de GONÇALVES, Fernando; JOÃO ALVES, Manuel e GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro, “a figura do agente infiltrado é, pois, substancialmente diferente da do agente provocador. O agente provocador cria o próprio crime e o próprio criminoso, porque induz o suspeito à prática de actos ilícitos, instigando-o e alimentando o crime, agindo, nomeadamente, comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos. O agente infiltrado, por sua vez, através da sua actuação limita-se, apenas, a obter a confiança do suspeito (s), tornado-se aparentemente um deles para, como refere ALVES MEIRES, ‘desta forma, ter acesso às informações, planos, processos, confidências...’ que, de acordo com o seu plano constituirão as provas necessárias à condenação” (Lei e crime: O agente infiltrado *versus* o agente provocador. Os princípios do processo penal). Coimbra: Almedina, 2001, p. 264.

<sup>535</sup> “*Prova estribada em testemunho de policiais que admitem a perpetração de violência contra os acusados.* A prova se firmou unicamente nos depoimentos dos policiais, que teriam seviciado os acusados, razão pela qual não podem ser acolhidos como capazes de gerar certeza indispensável à imposição de pena. Aliás, chega a causar espécie que o ilustre magistrado signatário da sentença recorrida justifique as sevícias impostas aos acusados quando afirma (fls.) ‘ser provável que tenham sido submetidos à violência para que os policiais obtivessem dos traficantes a informação sobre a origem do entorpecente apreendido’. Não se compreende que um membro do Poder Judiciário possa sequer tentar justificar violência policial cometida contra acusados. Os mesmos argumentos de que se valem policiais para justificar agressão praticada contra supostos autores de delitos relativos a tráfico de entorpecentes, também serão invocados para amparar qualquer outra forma de violência que atinja aqueles que eventualmente e acidentalmente se, vejam envolvidos na prática de delitos de qualquer espécie e natureza. A violência policial, ainda que dirigida a um contumaz delinqüente, é injustificável e merece veemente repulsa. E se isso não bastasse, as regras processuais penais que asseguram os direitos constitucionais aos cidadãos não podem ser minimizados, olvidadas ou momentaneamente descumpridas por quaisquer magistrado, máxime aquele a quem se atribuir o julgamento de infrações penais” (TACRIM/SP – AC RJTJRS 130/192).

Como facilmente se intuirá, em razão dessa realidade, devem ser respaldados os depoimentos dos policiais, a fim de que lhes seja atribuído valor probatório. Existem, porém, situações excepcionais que podem afastar o rigor deste entendimento. Admita-se que a diligência seja realizada em local onde não existam testemunhas ou no qual as testemunhas se neguem a depor por temerem represálias. Nesse caso, não é razoável que, as palavras isoladas dos policiais sejam afastadas *a priori*, impondo-se por sua valoração, contudo, a pluralidade de testemunhos policiais e a interação havida entre eles, os quais devem ser confrontados com o conteúdo do interrogatório judicial do acusado e com as circunstâncias de sua prisão.

Por isso a síntese de que, na sequência de suas funções, sempre que possível, os agentes policiais devem buscar elementos probatórios complementares.

Tais procedimentos legais e gerais para o testemunho do policial são aplicáveis ao policial que atuou de forma infiltrada – como também àquele participante da ação controlada –, os quais serão ouvidos como testemunhas acusatórias em juízo. O dito pelo policial infiltrado é relevante para a prova de acusação, mas suas declarações deverão encontrar apoio em outros elementos de prova, os quais devem ser buscados na fase de obtenção da prova.

De igual modo, como geralmente, as diligências de infiltração de agentes para apuração da criminalidade organizada perderam no tempo, é possível a obtenção de outros elementos através de estratégias variadas, a exemplo da interceptação telefônica autorizada, apreensão de bens relacionados aos crimes etc., bem como do testemunho de pessoas estranhas aos quadros policiais.

Evidenciando-se a impossibilidade demonstrada completamente de obtenção de outras provas, deverá o juiz considerar as palavras dos policiais isoladamente.

No direito jurisprudencial brasileiro, embora alguns entendimentos quanto a impossibilidade do testemunho do policial participante das investigações<sup>536</sup>,

<sup>536</sup> O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo decidiu: “Depoimentos de policiais – Condenação neles escudada, exclusivamente – Caso de crime contra a saúde pública – Tráfico de entorpecentes. Se a testemunha há de estar imune de impedimentos, inclusive os relativos, entre os quais o interesse pelo objeto

cristalizou-se majoritariamente o entendimento pelo qual, embora não possa ser considerado suspeito, o depoimento do policial deve restar amparado em outras provas, a fim de que lhes seja atribuído o valor probatório. Por outro viés, vem-se admitindo excepcionalmente como o bastante suficiente as palavras dos policiais, diante da impossibilidade de colheita de demais provas, de acordo com a circunstância do caso concreto <sup>537</sup>.

Na jurisprudência espanhola os membros da polícia e dos distintos Corpos de Segurança, quando depõem em juízo sobre fatos que presenciaram no decorrer das investigações, “prestam depoimentos suficientes para afastar a presunção de inocência que milita em favor dos acusados” <sup>538</sup>.

#### 4.3.6 – O agente infiltrado viola o princípio da lealdade (?)

As expressões concretas, segregadas pelas imposições legais e que constituem a fenomenologia da técnica do “agente infiltrado”, raramente se ajustarão quanto à relevância ou irrelevância na tentativa de identificar e isolar o peso que o referido meio de prova terá tido na convicção do julgador <sup>539</sup>. Esquecer não se pode que este aparente ganho da idéia de Estado de Direito tem como contrapartida perda onerosa da mesma idéia, vez que o agente infiltrado se afirma a expensas da reclamada luta contra a criminalidade organizada.

As recentes modificações no processo penal para a apuração do crime organizado são compatíveis com algumas restrições de direitos fundamentais.

O fundamento teórico para essa iniciativa centraliza-se no fato de que esses direitos não devem ser considerados de forma absoluta, de modo a sacrificar a necessidade de prevenção e repressão criminal que também tem

---

investigado, não se vê com bons olhos a transmutação do policial em testemunha, ou suspeito que ele sói, de não pôr à mostra dados que lhe invalidem a obra investigatória, esta sim a função que o Estado lhe cometeu” (AC – Rel. Melo Freire – RT 482/384. No mesmo sentido, RP 434/322 e 513/479).

<sup>537</sup> “As restrições que se faz à prova testemunhal haurida tão-somente de policiais têm sido quanto havendo testemunhas presenciais do acontecimento e estranhas ao quadro da polícia, não são requisitadas para a apreensão e nem ouvidas. Porém, se isso não for possível, o testemunho de policiais constitui prova como outras quaisquer, pois, do contrário, muitos crimes praticados em locais isolados restariam sem punição” (TACRIM/ SP – AC – Rel. Edmen Carmesini – JUTACR/ SP 48/310).

<sup>538</sup> PAZ RÚBIO, José Maria et al, *La prueba en el proceso penal*. Su práctica ante los tribunales. Madrid: Colex, 1999, p. 120.

<sup>539</sup> GRÜNWARD, G., “Beweisverbote und Bewertungsverbote im Strafverfahren”, JZ 1966, pp. 500 e ss..

lastro constitucional. Então, o agente infiltrado colabora na prevenção e repressão do crime organizado, de um lado, mas, por outro viés, sacrifica, viola, principalmente, o princípio da lealdade.

Exige-se a presença do agente infiltrado em juízo? Qual o procedimento adotado para a não comparência do mesmo na audiência de discussão e julgamento, de forma a não prejudicar o interesse das autoridades policiais na preservação do anonimato do agente, na perspectiva de assegurar sua proteção e a permitir utilizá-lo *a posteriori*?

Indiscute-se que o processo penal impõe claramente uma regra de valoração da prova, a qual não poderia por certo limitar-se ao depoimento de uma testemunha com a finalidade da não presença do agente infiltrado na audiência de discussão e julgamento, que, no essencial, chega a se confundir com o desenvolvimento histórico da superação dos modelos inquisitoriais e triunfo dos princípios do processo de estrutura acusatória, acabando por si consumir ao mesmo tempo em que fazia a sua entrada na história o moderno Estado de Direito –, trazendo consigo uma nova ordenação constitucional, orientada para os direitos fundamentais.

Consequentemente, embora a presença do agente infiltrado como técnica de investigação penal, os arts. 1º e 2º da Lei Maior, e com apoio em Amelung<sup>540</sup>, expressam a obrigatoriedade do respeito ao valor autônomo da pessoa.

Uma proteção pelos limites dos princípios fundamentais que atuam como inibidores da **danosidade social** (destaque nosso).

No que diz respeito ao depoimento da testemunha protegida e da testemunha anônima, o Estado, através do processo penal, procura a verdade material, mas sempre à custa da dignidade humana, redobrando as cautelas quando se trata de testemunha anônima, notadamente.

A Lei nº 5.678/09, “de proteção à técnica do agente infiltrado” não faz referência a não presença do mesmo na audiência de discussão e julgamento.

Assinala Gössel que às proibições de prova cabe a importante tarefa de

<sup>540</sup> AMELUNG, K., “Der Grundrechtsschutz der Gewissensforschung und die strafprozessuale Behandlung von Tagebüchern”, *NJW* 1988, pp. 1002 e ss..

prevenir que o imperativo da realização da justiça material que dimana do Estado de Direito, redunde precisamente no seu contrário <sup>541</sup>. Como acontecerá que a verdade material seja lograda à custa de “atentado à dignidade humana ou violação de outros princípios do Estado de Direito” <sup>542</sup>.

A Alemanha impõe limites em nome dos valores ou direitos pessoais subjectivados, pelo acusado, ofendido, testemunhos etc. – como em nome dos próprios interesses (*maxime* a realização da justiça e da restauração da paz jurídica), que ao processo penal do seu país cabe promover, na proporção que é possível referenciar no direito alemão um princípio geral de resposta ao problema, ele tem um sentido claramente oposto.

O que fica dito densifica a regra da admissibilidade e da legitimidade da valoração das testemunhas de – ouvir – dizer, no âmbito germânico.

#### 4.3.7 – O agente infiltrado no contexto do direito comparado

Ante às dificuldades normativo-jurídica do emprego da técnica do agente infiltrado, tendo em vista seus reflexos em matéria de direitos, liberdade e garantias dos cidadãos, as organizações internacionais têm deixado ao critério do legislador nacional a regulamentação da atividade do agente infiltrado, assim, enquanto em alguns países é matéria do domínio público (no Reino Unido, um Código de Conduta é distribuído gratuitamente aos cidadãos), em outros o tema é entendido como matéria da Segurança de Estado e, como tal, de conhecimento reservado.

O agente infiltrado com o sentido que lhe é outorgado pelo §110a do *StPO-Strafprozeßbuch*, sua aplicação existe nos Estados Unidos e em toda a Europa, excetuando-se Luxemburgo <sup>543</sup>.

Na Holanda, por exemplo, há formação de grupos de *pseudo-achat* entre os agentes policiais desde 1985.

<sup>541</sup> GÖSSEL, K.H., “A Posição do Defensor no Processo Penal de um Estado de Direitos”, *BFDC* 1983, p. 262.

<sup>542</sup> GÖSSEL, K. H., “Die Beweisverbote im Strafvesfahren”, *Fest Bockelmann*, p. 809.

<sup>543</sup> GROPP, W., “Special Methods of Investigation for Combating Organized Crime”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and criminal Justice*, Lisse (Holanda), 1993, p. 33.

Na Áustria foi organizado um grupo especial de combate aos crimes relacionados com o tráfico de estupefaciente, no âmbito do qual se preparam as operações encobertas. “Os agentes infiltrados privados” surgiram na Suíça quando as autoridades responsáveis pela prossecução criminal, com o objetivo de operações relacionadas com o tráfico de drogas, ocasião em que aparecem como compradores renomados, num trabalho ao lado do agente infiltrado das forças policiais.

Nos Estados Unidos, operações encobertas são consideradas indispensáveis; contudo é também neste país onde se constata o aumento das dificuldades na sua implantação, o que faz com que o crime organizado se arquitecte no sentido de contra-medidas, entre as quais a obrigatoriedade de iniciação na organização através da prática de um homicídio ao recém chegado membro <sup>544</sup>.

A Alemanha, por sua vez, faz constar de seu ordenamento jurídico as operações encobertas após a aprovação do *OrgK-Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität* (Lei contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Outras Manifestações de Criminalidade Organizada) de 22 de setembro de 1992 <sup>545</sup>. Particularmente revelador da pujança da elaboração da doutrina germânica.

Ao princípio da subsidiariedade, sujeita-se o recurso ao agente infiltrado, ocasionando a restrição de operações encobertas aos casos em que, de outro modo, as investigações ficariam votadas ao fracasso.

Conhecida a freqüência e profundidade com que os tribunais superiores alemães, designadamente o *Bundesgerichtshot* se diretamente constatado que há ainda uma segunda limitação que se prende à necessidade de, no caso concreto, existirem indícios suficientes de que é grave o crime cometido no âmbito do tráfico

<sup>544</sup> GROPP, W., “Special Methods of Investigation for Combating Organized Crime”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Lisse (Holanda), 1993, p. 33.

<sup>545</sup> GROPP, W., “Special Methods...”, cit., p. 23. Através deste diploma outros métodos são determinados, ou seja, métodos especiais de investigação, a exemplo da Rasterfahssdung (tela de procura), significar que é uma investigação por monitorização computadorizada intermediada pelo cruzamento de dados pessoais (§ 98 a StPO). Na Alemanha, tendo em vista o tratamento de dados pessoais informatizados, foi objeto de um intenso debate tendo em vista o “juízo do censo da população” (1983), no qual o Tribunal Constitucional Federal – Bundesverfassungsgericht – chegou à conclusão que esta matéria, envolvendo dados pessoais necessitava de uma base legal.

de estupefaciente ou armas, falsificação de moeda, documentos ou valores, segurança do Estado ou quando o crime seja cometido por um grupo organizado.

Isso explica porque o StPO, em seu § 110a, dispõe sobre a nomeação de um agente se destina a esclarecer crimes se existirem indícios suficientes de que tenha sido cometido ou se verificar o perigo da repetição.

O *StPO* impõe a condição de só se realizarem operações encobertas caso haja uma autorização de uma entidade judiciária para tal. No entanto, o § 110b dispõe que, no caso de as investigações visarem um suspeito identificado ou se implicarem a penetração num domicílio particular, a autorização para a realização da operação, obrigatoriamente, tem de ser dada por juiz, ou pelo Ministério Público (em substituição ao juiz) em caso de urgência. Embora não seja possível a referida autorização, o agente pode atuar, desde que num prazo de três dias tenha obtido a aprovação judicial, do contrário será anulada.

Num levantamento apressado das fontes do direito das proibições de prova, é admitido o recurso a informadores (*Informanten*) e a pessoas de confiança (*Vertrauenspersonen*), embora não esteja regulamentado por seu âmbito de atuação.

Numa consideração mais genérica é o informador, o indivíduo que, num determinado cargo, dispõe-se a fornecer informações às autoridades penais, sob promessa de garantia de confidencialidade; em se tratando de uma pessoa de confiança terá que ser alguém cuja identidade é mantida secreta e que, sem ter vínculos com uma autoridade policial, dispõe-se a colaborar com a investigação de crimes de período prolongado. São tratados como meras testemunhas, não desfrutam de direitos nem deveres do que os demais indivíduos, portanto, não se encontram subordinadas, nem de fato nem de direito, às ordens da autoridade.

Numa primeira síntese, o direito jurisprudencial germânico adota o recurso aos agentes infiltrados como um meio admitido na investigação criminal. Em regra geral, a jurisprudência alemã estabelece uma distinção entre agente infiltrado e agente provocador, fundamentando-se no grau de suspeita que recai sobre o delinqüente, o gênero, a intensidade e o objetivo da influência exercida pelo

agente infiltrado, a predisposição para passar ao ato e às ações empreendidas por iniciativa da própria pessoa que é alvo da observação.

Privilegiada para tanto a legislação alemã, ante o enunciado e suscitado pela resposta dada pelo legislador à margem de compressão constitucionalmente admissível dos direitos fundamentais, em não permitir que o agente infiltrado cometa crimes no âmbito de uma operação encoberta, ainda que entre as diversas e sucessivas instâncias de enquadramento normativo das proibições de prova, não medeia aquela relação de ‘hierarquia’ e primado lógico – normológico que uma primeira consideração das coisas poderia surgir.

Assim, no decurso de uma operação se o agente for forçado a praticar um crime terá de justificá-lo ou excluir sua culpa, ainda que, o § 35 do StGB (estado de necessidade) refira expressamente que este preceito não se aplica quando o autor seja obrigado a aceitar o perigo.

A Ley Orgânica 5/1999, de 13 de janeiro, na Espanha introduziu o agente infiltrado no seu ordenamento jurídico, ampliando os instrumentos de investigação utilizados na luta contra o tráfico ilícito de drogas e branqueamento de capitais dele proveniente.

Do juiz de Instrução Criminal e do Ministério Público autorizar funcionários policiais a operarem sob identidade fictícia no contexto de uma investigação criminal. Tal competência foi outorgada pela introdução do art. 263 bis na lei de Enjuiciamiento Criminal. (“...”) O Tribunal Constitucional insere o interesse da perseguição penal na própria muralha do princípio do Estado de Direito, sendo precisamente no interior dessa muralha que ele será levado à ponderação com os direitos dos cidadãos argüidos <sup>546</sup>.

Do exposto, vê-se que o agente infiltrado pode conservar esta identidade fictícia durante o julgamento, estando isento de responsabilidade penal pelas ações que tenha praticado durante a operação, desde que observe a devida proporcionalidade e não constituam provocação ao crime.

A jurisprudência da Espanha, como meio de investigação criminal admite a técnica do agente infiltrado, estabelecendo uma distinção entre o agente infiltrado

<sup>546</sup> GRÜNWARD, G., “Anmerkung” JZ 1976, pp. 772 e ss..



e o agente provocador.

A doutrina espanhola, como um todo, considera a atuação do agente infiltrado no âmbito dos limites estabelecidos pela Constituição e que as suas condutas estão justificadas pelo cumprimento dos deveres relativos aos seus cargos <sup>547</sup>, admitindo, portanto, a prática de crimes desde que seja observado o princípio da proporcionalidade.

Ante da vigência da Lei nº 5/1999, a maioria da doutrina e da jurisprudência sustentava a admissibilidade do agente infiltrado, considerando que ele agia ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude <sup>548</sup>, designadamente no cumprimento de um dever.

Nesse sentido se pronunciou o Supremo Tribunal Espanhol, nos seus Acórdãos de 4 de março de 1992 e de 2 de julho de 1993, nos quais se concluiu que a ação encoberta (“*el simulado obrar del funcionario*”) está justificada pelo cumprimento dos deveres do seu cargo e, por essa razão, o comportamento policial é lícito <sup>549</sup>.

Também o Acórdão de 21 de maio de 1983, do Tribunal Constitucional Espanhol, considerou lícita a infiltração policial como um meio para descoberta das atividades criminais, considerando que estes comportamentos dos agentes da polícia se encontram no contexto dos limites que a Constituição estabelece.

A França admite o recurso ao agente infiltrado na investigação de crimes de tráfico de estupefacientes e precursores, de acordo com a L 627-7 §2, do CSP – Código de Saúde Pública, de 20-12-91, e do artigo 67 bis do Código Aduaneiro (Lei nº 91-1264, de 19-12-91).

Apoiados na referida legislação, não são considerados pessoalmente responsáveis os agentes de autoridade que adquiram, detenham, transportem ou vendam substâncias ou plantas proibidas, desde que essas operações tenham sido autorizadas por um Procurador da República ou por um juiz de instrução <sup>550</sup>.

<sup>547</sup> GARCÍA, María Dolores Delgado, “El Agente Encubierto: Técnica de Investigación, Problemática y Legislación Comparada”, in *La Criminalidad Organizada Ante la Justicia*, Madrid, p. 70.

<sup>548</sup> ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado*, Coimbra Editora, 2005, p. 99.

<sup>549</sup> ONETO, Isabel, *O Agente...*, idem.

<sup>550</sup> O § 3 L. 627-7 da Lei nº 91-1264 determina uma amnistia para os agentes policiais ou alfandegários que à data da entrada em vigor deste diploma tenham cometido o crime de tráfico de estupefacientes (produção, aquisição, venda, transporte, importação ou posse) e infrações aduaneiras.

## CAPÍTULO 5

### O Agente Infiltrado no Âmbito Processual Penal

#### 5.1 – Definições, e conflitualidades – Implicações prático-jurídicas

Como uma espécie de agente da autoridade ou cidadão particular (porém, atuando de modo concertado com a polícia), é entendido o agente infiltrado que, omitindo sua identidade ou qualidade e com o objetivo de conseguir provas que incriminem o (s) suspeito (s), ou simplesmente, para obter a *notitia criminis*, acompanhando a execução dos fatos, executando, se carecedor, atos, de modo a conseguir a informação necessária ao seu objetivo.

Tal dissimulação de identidade pode ser realizada através dos mais diversos meios: a começar daqueles casos nos quais o agente da autoridade se apresenta como um delinqüente qualquer, *fictus emptor*, dando expressamente conta de uma nova identidade, até aqueles casos nos quais se limita a esconder a verdadeira identidade e qualidade, travestindo-se de cidadão normal, limitando-se a circular por regiões conotadas com a criminalidade organizada, cuja pretensão é descobrir a notícia de algum crime.

Para além disso, na concepção de Costa Andrade no que se refere aos métodos ocultos de investigação, há uma tendência da nova legislação processual penal para a *policialização da investigação*<sup>551</sup>, ou seja, a extensão de espaços de atuação da polícia criminal – nacional ou supra – nacional – fugindo ao controle efetivo da autoridade judiciária e, particularmente, do Juiz de Instrução, numa comprovação de que o *output* do trabalho da polícia se converte em premissa decisiva da ação dos Tribunais.

Situações de conflito acontecem sob a forma de *Hörfall* como de *V. Mann*, quando o recurso a tais figuras é sistematicamente feito como expediente para contornar ou ultrapassar os exigentes regimes do interrogatório formal, o que tem

<sup>551</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, “Métodos ocultos de investigação (plädoyer para uma Teoria Geral), *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?*, Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias, 2009, p. 529.

sido contestado por autores como Roxin, ou Köhler – que expressivamente intitula de *Unrechtsinstitut* mesmo o “agente encoberto”<sup>552</sup>, porquanto, ocultando o caráter de funcionário da investigação, acaba por conseguir declarações com a qualidade de interrogatório (*Vernehmungsqualität*) – os tribunais alemães de instâncias superiores, particularmente o *Bundesgerichtshof (BGH)* e o Tribunal Constitucional Federal, reforçando generosamente a posição do argüido ante ao interrogatório dos agentes da autoridade<sup>553</sup>, por um lado e, por outro, abandonam-no como *Vogelfrei* à voracidade e devassa dos agentes privados que, por determinação e no interesse dos agentes da autoridade, o induzem a inconscientes confissões auto-incriminatórias<sup>554</sup>.

O *BGH* privilegia a legitimidade e as provas obtidas no cumprimento de atividades de prevenção valorando-as em processo penal<sup>555</sup>.

Na história, o recurso a *agentes encobertos* não é um *novum*. Novo é o caráter *institucionalizado* das medidas, a sua legitimação material e formal – procedimental pela ordem jurídica. Se a sua prática não encontra expressa e direta previsão legal, é possível sempre um apelo aos princípios básicos da lei constitucional ou ordinária, na tentativa de justificar e legitimar a valoração processual das provas que ela permitiu alcançar. Nova é outrossim e em segundo lugar, a *generalização* das referidas práticas através da difusão das mesmas, a exemplo de: intromissões nas telecomunicações nas diversas formas de manifestações, agentes encobertos e “homens de confiança”, observação oculta, videovigilância, “buscas online” gravação de imagem ou de palavras com câmeras ou microfones ocultos (“gravações ambiente”), que confrontam o legislador de 2007 com uma missão inadiável – Uma realidade a exigir uma reforma da lei processual penal codificada. No nosso entender melhor, exemplo para justificativa de iminente modificação processual penal (dentre tantos outros) é o atentado de 11 de Setembro de 2001, às Torres Gêmeas do World Trade Center, ao

<sup>552</sup> KÖHLER, “Prozessrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe”, ZStW, 1995, p. 25.

<sup>553</sup> Consequência da Decisão marcante do BGH de 27/02/92 (BGHSt 38, 215) JZ, 1992, pp. 918 e ss., com anotação de Roxin, citado por Manuel da Costa Andrade, “Métodos Ocultos...” *idem*, cit., p. 530.

<sup>554</sup> Nesse sentido, MÜSSIG “Grenzen der Beweisverwertung beim Einsatz Verdeckter Ermittler”, GA, 2004, pp. 87 ss..

<sup>555</sup> BERNSMANN / JANSEN, ..., cit., p. 231.

Pentágono em Washington e outro à Pensilvânia, perto de Pittsburgh <sup>556</sup>.

Portugal com sua presença na jurisprudência e na doutrina inova com o Regime Jurídico das Ações Encobertas “permitindo” ao agente infiltrado a praticar atos (*durcksetzen*) preparatórios ou de execução de um tipo penal (*Deliktshandlung*), no contexto de uma operação encoberta pondo em perigo bens jurídico-penais, durante uma operação, enquanto que referida conduta – ou melhor, o desvalor da ação como fundamento da sua ilicitude – é valorada pela ordem jurídica e, conseqüentemente, justificada em atenção às finalidades da ação <sup>557</sup>.

É sabido que a complexidade caracterizadora das estruturas criminosas dos tempos atuais – transformadas num único sistema criminoso firme, estável, resistente (*Krisenfest*), através de formas de associação diversificada, possuidor de um poder econômico-financeiro arraigado nos diversos domínios da atividade de um Estado, subverte as regras do jogo democrático, num domínio à semelhança de um poder paralelo ao governo.

Razão pela qual ao Estado se impõe a adoção de instrumentos eficazes na tentativa de destruir referido “governo paralelo”, cuidando, no entanto, para evitar o absolutizado, na procura de defesa da tutela dos seus cidadãos, enquanto seres organizados socialmente, embora livres, cada um, na sua dignidade. É, portanto, *Mission* do Estado, conseguir meios que lhe permitam controlar a criminalidade dos poderosos, mas não pode nesse combate sacrificar seus cidadãos.

Nesse sentido, evidencia-se o tratamento dispensado pelos Tribunais Superiores germânicos às constelações de *Hörfall*, *Scheinkäufer* e *V. Mann*, sustentando não só a admissibilidade das mesmas, como também a legitimidade da valoração das provas com elas adquiridas, apoiando-se em razões de índole

<sup>556</sup> Segundo o jornal *PÚBLICO*, de 12 de Setembro de 2001, “os serviços de segurança dos Estados Unidos – super potência americana – foram apanhados de surpresa pelos atentados de uma dimensão e coordenação nunca vista segundo os peritos que apontavam o dedo para Osama Bin Laden”. No mesmo jornal, Ann Nelson dos serviços secretos da American University, assim se manifestou: “É muito difícil infiltrar grupos terroristas originários da mesma localidade” e que os “meios humanos” da CIA e do FBI devem ser aumentados. Ainda conforme o mesmo jornal, Dan Goure, do centro de pesquisa conservador de Lexington admitiu que “mesmo nos Estados Unidos é muito difícil a infiltração em grupos mafiosos” que falam o mesmo dialeto e que se conhecem reciprocamente.

<sup>557</sup> ONETO, Isabel, ..., cit., p. 179.

criminalística, de natureza formal e de carácter material – teleológico<sup>558</sup>.

Quanto aos Tribunais alemães, seus argumentos levantam dúvidas, não parecendo decisivos. Para o início do elenco de dúvidas levantadas, não parece adequado invocar o silêncio da lei para legitimar a prática, infligindo degradação às pessoas, designadamente ao acusado, à categoria de fonte objetivada de informação. Por outro viés, o *Bundesgerichtshof* e o *Bverfg.* Nesse sentido, acompanhando as “profundas alterações sociais, o direito penal experimentou uma crescente recepção de novos interesses de signo supra-individual desconhecidos pela tradição liberal da ciência penal. Assim, actualmente, aparece em primeiro plano a expansão da protecção penal em campos como o direito do ambiente, a economia, o tráfico de drogas, os consumidores ou crimes contra a segurança colectiva”<sup>559</sup>.

Salientar é conveniente que, nessas constelações da investigação oculta não acontece o “interrogatório” (*Vernehmung*), no sentido formal do exposto nos §§ 136e 136a) do processo penal alemão, embora só será de utilidade jurídica o interrogatório realizado por uma autoridade pública.

Contudo, mesmo causando uma certa insatisfação, *BGH* reconhece que “o procedimento em causa (*Hörfall*) aproxima-se de uma violação do princípio *nemo tenetur*”, como também o *Bundesverfassungsgericht* não deixa de reconhecer que a utilização dos *homens de confiança* é “inadmissível por falta de específica autorização legal”. Logo, como vemos, os argumentos usados pelos Tribunais alemães apresentam-se impertinentes por invocar o silêncio da lei para legitimar a prática, remetendo-a para um *rechtsfreie Raum*.

Ora, “a ocultação de uma situação de interrogatório deve parificar-se normativamente ao não esclarecimento numa situação de interrogatório formal”, pelo menos nas constelações fácticas em que, a rigor, deva imputar-se ao Estado a ação dos agentes encobertos.

A propósito, Hassener sustenta que o debate acerca da criminalidade e da violência nasce de uma política que “tende actualmente a conformar-se com

<sup>558</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, “Métodos...”, cit., p. 542.

<sup>559</sup> MARTIN, Ricardo M. Mata, in *Bienes Jurídicos Intermedios y Delitos de Peligro*, Granada, 1997, p. 2.

posições que uma vez mais defendem a exacerbação e ampliação dos meios de combate ao crime e reduzem o complexo ‘violência e riminalidade’ a duas questões: a investigação por meio da grande escuta, isto é, a possibilidade de colher eletronicamente conversas ocorridas na intimidade do lar para fins investigatórios, e a autorização legal para que agentes policiais possam cometer pequenos ilícitos penais típicos do *milieu* onde procuram infiltrar-se”<sup>560</sup>.

No entendimento nosso, a necessidade imposta ao Estado do uso da investigação oculta, representa um “Mal Necessário”, como temos repetido, visto que tais métodos de investigação sacrificam, a grosso modo, a privacidade, imagem, palavra, sigilo profissional, inviolabilidade do domicílio, segredo de Estado, sigilo das telecomunicações, confidencialidade e sistemas técnicos-informacionais (*Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*).

Por outro ângulo, a investigação oculta imola o direito a recusar testemunho ou depoimento, o princípio *nemo tenetur, psum acusare*, o *direito ao silêncio*, ao passo que concorda com a obtenção de “confissões” sem a consciência do confessado, além de induzir e provocar “êxtase” na dinâmica processual, refletindo no plano orgânico-estrutural e institucional. Conseqüentemente, as decisões passam a convergir para os resultados ofertados pela referida investigação oculta. Com tal metodologia, a investigação oculta possibilita vantagens para a atuação do Ministério Público e da polícia em detrimento dos poderes conferidos ao juiz, pois o julgamento tende a se transformar num ritual externo, além de transformar o acusado (*sujeito processual*) num objeto do processo.

É evidente que a investigação oculta invade não só a esfera jurídica na direção material-substantiva, como também a esfera processual-substantiva.

No nosso entender, a investigação oculta com seus “tentáculos” de danosidade social, se por um lado é cada vez mais usada e eficaz para “enfrentar” o poderio da criminalidade organizada, por outro lado apresenta-se com uma conduta de implicações oriundas da circunstância de, por não possuir uma medida no decorrer de sua execução, viola os pressupostos legais, visto que as pessoas

<sup>560</sup> HASSEMER, Winfried, *História das Ideias Penais na Alemanha do pós-Guerra. A Segurança Pública no Estado de Direito*, Lisboa, 1995, p. 67.

investigadas só tomam conhecimento dos fatos depois de concretizada a medida, a qual já terá irreversivelmente desencadeado seu extraordinário potencial de devassa, além, também, de já ter reforçado a plausibilidade dos pressupostos processuais.

Torna-se necessário salientar que as discontinuidades, as incongruências, os conflitos, contradições e assimetria normativa, são uma constante no trato da investigação oculta. Se no contexto da percepção de que se “nenhum adequado equacionamento for adotado para o controlo da criminalidade dos poderosos corre-se o sério risco, a curto prazo, de partir-se para um direito penal despótico, desligado dos princípios e das garantias próprias do direito penal de um estado constitucionalmente democrático”<sup>561</sup>.

Para Hassemer, “é dever das ciências penais observar e apontar se e *onde* a moderna política criminal ainda é praticada para tutelar sólidos bens jurídicos, em vez de apenas difundir simbolicamente a promessa de eficácia”, bem como “é dever das ciências penais refletir sobre alternativas ao direito penal”<sup>562</sup>.

Quanto à evolução política criminal na Alemanha após a II Guerra Mundial, Roxin afirma que a partir de 1975 o centro de gravidade dos fins da pena “deslocou-se claramente da prevenção especial para a prevenção geral” com a correspondente “deslocação do centro de gravidade do conceito material de crime para a prevenção geral geradora de segurança”<sup>563</sup>.

O Brasil, ao contrário da Alemanha, continua com os meios de investigação oculta articulados em leis extravagantes e, conseqüentemente, restringindo-lhes o conceito de respeitabilidade com que, em geral, têm sido tratados, ao contrário da *StPO* germânica, que assegurou formalidade a todos os meios de investigação, não permitindo que nenhum corresse por fora.

No nosso entender, em não adotando uma legislação especial para a investigação oculta, a Alemanha é favorecida pelas omissões causadas pela ausência de uma lei específica.

<sup>561</sup> FARIA, José Eduardo, citado por Alberto Silva FRANCO, “Globalização e Criminalidade dos Poderosos”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 208.

<sup>562</sup> HASSEMER, Winfried, *História das Ideias...*, cit., p.67.

<sup>563</sup> ROXIN, Claus, *Sobre a Evolução da Política Criminal na Alemanha após a II Guerra Mundial*, Seminário Internacional de Direito Penal, Universidade Lusíada, Lisboa, 2000.

No plano interno, normativamente dito, teria que outorgar foros de cidadania aos diversos meios ocultos de investigação, garantindo a todos o sancionamento positivado do ordenamento jurídico processual penal pátrio. Por outro viés, teria que garantir a efetiva e drástica redução da sua utilização, usando de um regime que, por meio dos seus pressupostos e exigências, vinculasse tais meios de investigação às manifestações de criminalidade que, sendo portadora de danosidade e de ameaças se mostrem mais refratárias aos meios “descobertos” de investigação como assim entende Costa Andrade<sup>564</sup>.

Ainda no que se consagra aos meios ocultos de investigação, há de se repensar, redefinir e preservar, a medida do reconhecimento e da tutela das *esferas de reserva e de segredos*, em geral reconhecida na descoberta da verdade material<sup>565</sup>.

Nessa linha de pensamento, avulta o *direito a recusar depoimento* tradicionalmente reconhecido, no âmbito dos meios descobertos de investigação e recolha de provas, ou seja, “a testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal”. Da mesma forma, “a recusa de parente e afins”, além do “segredo profissional”<sup>566</sup>.

Referidas disposições legais trazem nos seus ombros um arrazoado tratando-se de: prevenir forma de auto-incriminação; preservar a integridade e a confiança na interação familiar; proteger os valores individuais pertinentes à área de tutela da incriminação de violação de segredo profissional ou equivalente; poupar as pessoas envolvidas concretamente nas situações de conflito de consciência de escolher entre mentir ou contribuir para a condenação de familiares ou de clientes.

A investigação oculta, uma vez em atuação, compulsava o legislador a interrogar-se sobre se e em que medida devia continuar a assegurar-se tutela ao direito a recusar depoimento e à constelação de valores em nome dos quais ele

<sup>564</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, “Bruscamente no Verão Passado”, *A Reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra Editora, 2009, p. 110.

<sup>565</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, “Bruscamente no Verão...”, cit., p. 110.

<sup>566</sup> Quanto ao “segredo profissional”, o Tribunal Superior na decisão a tomar terá de usar de muito critério e moderação, atento aos interesses em jogo, de um lado e de outro as exigências da administração da justiça, do segredo médico, bancário, etc..



vinha sendo consagrado <sup>567</sup>. Na mesma linha, não cabia ao legislador esconder-se atrás de sua própria sombra e furtar-se a uma decisão num sentido ou no outro.

Por outro viés, havia que restringir a complexidade oriunda da barreira intransponível da intimidade.

Representando seguramente um passo no sentido das garantias individuais, após um período de hibernação reapareceu a área nuclear da vida privada nos cinco últimos anos, mas logo depois expressamente generalizada nos meios ocultos de investigação, culminando no seu reconhecimento, bem como na defesa da sua tutela absoluta, razão pela qual, “nem os interesses superiores da comunidade podem justificar a sua agressão (Tribunal Constitucional Federal – 27-02-2008).

Na experiência jurídica atual não será temeroso assegurar a referência a um paradigma jurídico clarificado e estabilizado aos procedimentos ocultos de investigação. Paradigma esse que se desdobra num catálogo de exigências ou pressupostos de índole material, de cujo preenchimento cumulativo depende a legitimidade e validade desses meios de obtenção de no quadro do Estado de Direito.

Tudo é muito complexo. Constata-se uma inultrapassável assimetria entre: por um lado, a tendência expansiva dos direitos fundamentais, a partir do *direito geral de personalidade* ou autonomia e dignidade pessoal; e, por outro ângulo, as formas legítimas da intromissão ou devassa <sup>568</sup>.

A descoberta de novas “superfícies (dos direitos fundamentais) expostas às intempéries”, que o avanço da tecnologia trás invariavelmente, determinando o correspondente crescimento dos direitos fundamentais. Chega-se, portanto, à convicção de que o recurso à investigação oculta em processo penal só é possível quando de sua legitimação legal, cabendo à lei prever e prescrever “de forma precisa e com clareza normativa, o fundamento (*Anlass*), o fim e os limites da intromissão” (Tribunal Constitucional Federal – Decisão de 13-06-2007).

Retornando às práticas de investigação, citamos a experiência das escutas

<sup>567</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, “Bruscamente no Verão...”, cit., pp. 110-111.

<sup>568</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, “Bruscamente no Verão...”, cit., p. 113.

telefônicas, através das quais, sob autorização judicial, devassam-se, direta ou indiretamente, vidas privadas de um universo incontável de pessoas. Nada mais evidente do que o *telemóvel* através do qual fez crescer as possibilidades da investigação criminal, acompanhando o ritmo do progresso e das inovações tecnológicas, e, reflexamente, criando recorrentes problemas de inovação legislativa, tendo em vista as exigências da *reserva de lei*.

Na investigação oculta, um conjunto heterogêneo e diversificado de meios de obtenção de conhecimentos é incluído na categoria, na qual os agentes da investigação se intrometem nos processos de comunicação privada das pessoas investigadas, as quais desconhecem o fato. E, por conta desse desconhecimento, continuam a agir, a interagir e a comunicar de forma despretensiosa e “inocente”, fazendo e dizendo coisas que as incriminam. Uma auto-incriminação inconsciente. Evidencia-se que num panorama de uma “teoria geral” dos meios ocultos de investigação, as escutas telefônicas figuram, como referência obrigatória para o intérprete e aplicador, confrontado com os problemas jurídicos suscitados pelos outros meios ocultos.

No catálogo das formas ocultas de investigação começam a decolar diferentes tipos de intromissão nas telecomunicações, variando de país para país, merecendo destaque a Alemanha, na qual o acesso aos dados ou circunstâncias da comunicação é privilegiado com uma importância única, sobretudo porque os dados da comunicação abrangem, também, os “dados de localização” (*Positionsdate*) cujo acesso possibilita refazer o caminho dos movimentos (os *Bewegungsbilder*) do seu portador.

As ações encobertas *stricto sensu*, constituem-se num segundo e igualmente relevante meio oculto, quando se trata da introdução de agentes que, ocultando a sua identidade e os seus propósitos, penetram no ambiente das pessoas a investigar e, uma vez adquirindo a sua confiança ou quem sabe, a sua amizade, arrancam delas conhecimentos e provas. São agentes das instâncias formais de controle, notadamente da polícia, ou normais terceiros privados.

E como um passo nesse sentido, Portugal fez crescer seu elenco de agentes infiltrados, admitindo a incursão de terceiros privados praticamente em condições de igualdade com os agentes da polícia.

Sob a forma de *observação* duradoura, também é possível a realização da *investigação oculta*, embora, com menos relevo prático-jurídico, nas modalidades de recolha e tratamento de dados cognominados de: *Rasterfahndung* e *Schleppnetz*.

Tudo leva a crer que o recurso às formas ocultas de investigação irá continuar a crescer no ritmo do progresso e das inovações tecnológicas. Costa Andrade, in “Métodos Ocultos de Investigação” (Separata de Que Futuro para o Direito Processual Penal?) entende que não se pode esquecer o outro lado da moeda – a patente danosidade social, identificada no sacrifício de bens jurídicos e direitos fundamentais.

Na órbita material – substantiva destacam-se a privacidade, intimidade, embora ao nível da *área nuclear inviolável*, cuja eminência, proclamada pelo *Bundesverfassungsgericht*, em notável decisão (*BVerfGE* 109, 279) a propósito da *grosse Lauschangriff*; do direito à palavra e à imagem; da inviolabilidade do domicílio, das telecomunicações e do sigilo profissional; da *autodeterminação informacional*, etc..

No plano adjetivo – processual merecem distinção: a *liberdade de expressão* do acusado e o seu estatuto de sujeito processual; o *direito a recusar depoimento* e, as relações de confiabilidade intersubjectiva em que a pessoa se realiza. A danosidade social encontra réplica no *plano subjectivo*, na imensidão das pessoas atingidas, sem se referir à natural tendência das medidas para fazer espalhar a sua mancha de lesividade a um número incontornável de pessoas, mesmo àquelas não suspeitas de qualquer infração<sup>569</sup>.

Para Meireis, constrói-se a figura do agente infiltrado com base no respeito:

<sup>569</sup> LÖFFELMANN, “Die Übertragbarkeit der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu akustischen Wohnraumüberwachung auf die Telekommunikationsüberwachung und andere Verdeckte Ermittlungsmassnahmen”, *ZStW*, 2006, pp. 31 e ss..

pela intimidade da pessoa <sup>570</sup>, como manifestação da sua dignidade pessoal, pela liberdade de declarar, se quiser, a quem quiser e o que quiser, como expressão da liberdade individual do cidadão, segundo a máxima de que apenas é obrigado a fazer o que a lei lhe impõe (art. 5º, nº 2, da Constituição Federal de 1988) e como expressão do seu correlativo “direito ao silêncio” (art. 8º, nº 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Não é exclusividade para o acusado como projeção normativa e prático-jurídica dos dispositivos constitucionais atinentes aos *Auffanddrundrechte* da *dignidade humana*, da liberdade geral de ação ou do direito ao livre desenvolvimento – a *liberdade de declaração*. Outros sujeitos processuais com maior ou menor amplitude são também assistidos por ela, designadamente a vítima ou as testemunhas, contudo, por questões outras, no que tange ao argüido, ela assume relevo diferenciado <sup>571</sup>.

Quanto à colocação sistemática, na sua atividade de infiltração, e conforme o plano combinado, pode o agente infiltrado se constituir num verdadeiro participante: co-autoria e cumplicidade, respectivamente <sup>572</sup>.

No tocante à participação, cabe-lhe, no campo de atuação, prestar <<auxílio material ou moral à prática por outrem de um fato doloso>> (art. 29, §2º, do Código Penal brasileiro) – cooperação dolosamente diversa – com a inclusão deste dispositivo, amenizou-se a teoria monística ou unitária da participação punível, pois cada concorrente será punido pela lei, de acordo com sua própria culpabilidade, independentemente da culpabilidade dos demais.

Cuida o § 2º da hipótese em que um dos concorrentes (não só o participe do crime, mais também o co-autor) – *queria participar de ilícito menos grave* do que aquele que acabou sendo cometido pelo outro concorrente <sup>573</sup>.

<sup>570</sup> MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Almedina, 1999, p. 163, segundo o qual o bem jurídico protegido aos mais diversos níveis: constitucional, art. 1º, art. 26 nº 1, art. 34, art. 35, etc., da Constituição da República Portuguesa; penal, arts. 176º a 184º do Código Penal, processual penal, art. 80º e art. 171º a 190º do Código de Processo Penal.

<sup>571</sup> ESER, A., “Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren”, *VStW* 1967, pp. 565 e ss..

<sup>572</sup> MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime das Provas...*, 1999, cit., p. 164.

<sup>573</sup> DELMANTO, Celso, et al, *Código Penal*, brasileiro, Saraiva, 8ª ed., revista, atualizada e ampliada, 2010, p. 199, “dispõe a lei que cada concorrente responde de acordo com o que quis, ou seja, de conformidade com *seu dolo* (e não de acordo com o dolo diverso do autor), mas a pena do crime que queria cometer é aumentada até metade, se era previsível para ele o resultado mais grave”.

Nunca poderá, correspectivamente ser ele a instigar ou a determinar ao crime, sob pena de se converter num verdadeiro agente provocador, pois, a provocação sendo uma forma não autorizada de investigação policial, e não estando autorizada por lei, consumiria a infiltração.

No que diz respeito ao critério sancionatório, o agente infiltrado, na medida em que a sua atuação encontra-se prevista, é legitimada pela Lei nº 6.578, de 2009, em seu art.: 11, §§ 1º, 2º, 3º e 4º; art. 12; art. 13, §§ 1º, 2º e 3º; art. 14, §§ 1º e 2º; art. 15, incs. I, II, III e IV, §§ 1º e 2º.

Contudo, no que diz respeito aos direitos fundamentais, o agente infiltrado como integrando o catálogo dos meios ocultos de investigação, sujeita-se, como os demais, a uma intransponível exigência de *reserva de lei*. Em assim sendo, só serão admissíveis e válidos se e na estrita medida em que gozam de expressa e específica consagração legal. Uma lei obriga-se a prever expressa e explicitamente a medida restritiva dos direitos fundamentais, fixar a sua compreensão, extensão e vinculação finalístico – teleológica bem como definir os seus limites. Em não sendo constatados referidos pressupostos, caracteriza-se a ilegitimidade do recurso a *homens de confiança*, que por “ausência de específica fundamentação legal não é admissível”<sup>574</sup>.

Ora, se a *reserva de lei* determina os limites de atuação do aplicador do direito, também ela orienta de certo modo as relações entre a Constituição e a lei ordinária, intervindo como injunção constitucional dirigida ao legislador, determinando o seu horizonte e condicionando o sentido e o alcance das leis “a por de pé”.

Como as coisas são entendidas na atualidade, uma lei acerca das formas de investigação oculta em processo penal tem a solvabilidade constitucional dependente da resposta – e claro, do teor da resposta – obrigatória a um conjunto de “*variáveis*” (Bernsmann / Jansen, “Heimliche Ermittlungsmethode und ihre Kontrolle. Ein Systematische Überblick”, *StV*, 1998, pp. 217 e ss.. Segundo o autor referido, deve a lei respeitar um elenco combinado de variáveis, umas de caráter material-substantivo, outras de caráter formal-procedimental: *catálogo* de crimes,

<sup>574</sup> Decisão de 1-03-2000, *NStZ*, 2000, p. 490.

grau de *suspeita*, *subsidiariedade*, *autorização / ordenação por autoridade competente e informação* da pessoa atingida depois de terminada a medida. O que quer dizer, em outros termos da necessidade de desenhar os pressupostos gerais a que a concreta aplicação das medidas deve obedecer. Referidos pressupostos serão suscetíveis de *graduação* consoante o princípio de *proporcionalidade*, cuidando de que a medida só deve alcançar apenas os suspeitos ou tocar também terceiros, conforme o potencial de *lesividade* e devassa da medida.

## 5.2 – O agente informador

No catálogo das operações ocultas de investigação, não devemos desconsiderar o recurso ao agente informador que, na literatura jurídica assume uma condição de inferioridade com relação aos agentes infiltrado e provocador, tão antigo quanto eles, na missão de colaborador na investigação criminal.

A consciência das dificuldades na investigação por métodos ocultos, mais se agudizará à proporção que se for generalizando o consenso em torno de vias necessariamente compromissórias de solução, como sói acontecer nos Estados Unidos com colaboradores das autoridades policiais que permitem concluir que surgiu uma nova classe profissional, “os super-informadores”, como bem expressa Gary T. Marx <sup>575</sup>.

Por seu turno, na medida em que concorrem para o regime da investigação oculta, num relato curioso, Marx, citado por Isabel Oneto <sup>576</sup>, relata que, numa entrevista um determinado informador lamenta ter recebido durante poucos anos cerca de um milhão de dólares na sequência de ações junto de traficantes de estupefacientes. Na mesma entrevista, segundo Marx, o informador admitiu que “gostaria de ter sido agente infiltrado, mas os baixos salários levaram-no a optar por ser apenas informadores”.

<sup>575</sup> MARX, Gary T., *Recent Developments in Undercover Policing*, no endereço eletrônico <http://web.mit.edu/gtmarx/www.recent.html>. cit., p. 226.

<sup>576</sup> ONETO, Isabel, *O Agente...*, cit., p. 91.

Seguimos o entendimento de Marx quando interroga: “Estará a Justiça melhor servida pagando apenas para encontrar um culpado e não um inocente? O nível de defesa não seria superior se o argüido também pudesse dispor de igual quantia para pagar a testemunhas que conduzissem à sua absolvição?”<sup>577</sup>.

No nosso entendimento, a realidade dos fatos faz crescer uma grande preocupação: provas forjadas podem ser adquiridas, não dispondo a defesa de meios que as permitam uma contradição. Daí porque, o recurso ao agente informador é complexo quando se permite o uso do mesmo em operações encobertas, o que se pode explicar através da ausência de legislação para o caso, levando-nos a pensar que se a atuação do agente infiltrado já é complexa no que pertine à sua responsabilização penal, o recurso a agentes informadores chama a atenção para um elenco de interrogações de grande magnitude.

Toda a complexidade giradora em torno da intervenção do agente informador é a sua procedência do *Kriminell Mittel* e cujo modo de vida dificilmente se pautará pelas condutas da licitude, pelo menos no que respeita ao cumprimento das formalidades que exigidas para a operação. A questão não se encontra apenas no seu *modus vivendi*, ponteadado de ilicitude, como na interação que os órgãos da polícia criminal com ele estabelecem. E aqui, repetimos a expressão de Sybil Sharpe, citado por Isabel Oneto:<sup>578</sup> “arranja um ladrão para apanhar um ladrão”, em particular se o seu recrutamento é deixado ao critério dos agentes que operam no mesmo campo, entende o autor citado.

Convirá assinalar que o recurso a agentes informadores institucionalizou-se num ambiente jurídico que serve de “berço” a institutos de política criminal onde é permitido ao *prosecutor* (Ministério Público) negociar com o acusado, ofertando-lhe uma condenação mais amena do que a pedida na acusação em troca da sua declaração (delação premiada) de culpa (*plea of guilty*)<sup>579</sup>.

No que se refere à negociação com o agente informador, na realidade ele não negocia o *quantum* da sua punição, mas a omissão de procedimento criminal.

<sup>577</sup> MARX, Gary T., *Recent...*, no endereço eletrônico <http://web.mit.edu/gtmarx/www.recent.html>, em 03/03/2001.

<sup>578</sup> ONETO, Isabel, *O Agente...*, cit., p. 92.

<sup>579</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo/COSTA ANDRADE, Manuel da, *Criminologia – O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra, 1992, pp. 474 e ss..

A valoração das declarações do acusado se constitui numa das questões mais controvertidas do procedimento probatório em vista do crime organizado. Tal controvérsia é decorrente de dois aspectos que devem ser considerados pelo juiz quando da análise desse meio de prova: (a) o acusado não presta o compromisso de falar a verdade em seu interrogatório; (b) está na situação de beneficiário processual podendo figurar como beneficiário penal <sup>580</sup>. A combinação desses pressupostos conduz à conclusão de que o acusado pode colaborar falsamente com a Justiça, incriminando indevidamente os demais acusados em troca dos benefícios previstos em lei (manutenção no sistema de proteção, cumprimento da pena em regime especial, concessão de perdão judicial, diminuição da pena). A cautela, contudo, deve necessariamente ser analisada quando das declarações do corréu colaborador pelo juiz <sup>581</sup>.

A propósito dessa realidade, assevera Antonio Cristiani que o campo da contribuição dos colaboradores da Justiça é emblemático justamente em razão do inquietante equilíbrio estabelecido entre as experiências positivas de pesquisas de notícias preciosas nas investigações sobre a criminalidade organizada e o constante perigo de que tais informações sejam viciadas, induzindo a erro os operadores do direito <sup>582</sup>.

Na tentativa da apuração da *verdade da confissão*, deverá o magistrado atentar para a personalidade do delator, levando em consideração traços de seu caráter, antecedentes penais, idade, formação moral, grau de instrução, conhecimento da lei, propensão à delinquência, entre outros aspectos. Deverá, também, atentar para existência de possíveis desvios psicológicos e psiquiátricos que igualmente possam influenciar em suas declarações, como patologias psíquicas, personalidade fantasiosa, propensão à mentira ou à confabulação, etc., sem prejuízo da realização de exames clínicos para confirmá-las. Há ainda que se considerar as possíveis reações mentais do colaborador decorrentes de sua

<sup>580</sup> SILVA, Eduardo Araújo da, *Crime Organizado...*, cit., p. 142.

<sup>581</sup> FLORES PRADA, Ignácio, *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*. Nesse sentido a orientação da jurisprudência espanhola, na qual a colaboração processual do acusado é mais difundida: "a denominada *chiamata di correo* como meio probatório é importante e também perigoso, razão pela qual com extremada cautela deve ser assumido". Madrid, Tecnos, 1998, pp. 10-11.

<sup>582</sup> CRISTIANI, Antonio, Il contributo probatorio dei collaboratori della giustizia. In: AA. VV. *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*. Milão: Giuffrè, 1999, p. 128.



privação da liberdade ou de sua submissão a determinadas influências carcerárias<sup>583</sup>.

A adoção do recurso ao agente informador, designadamente em Portugal e no Brasil, em seus respectivos ordenamentos jurídicos, conduziria à instituição informal do princípio da oportunidade e, constituir-se-ia num desvio insustentável à intencionalidade político-legislativa vertida no sistema processual penal, que tem nos princípios da legalidade e da oficialidade dois dos seus princípios sustentáculos.

No nosso entendimento, o agente informador é uma estrela de segunda categoria da constelação dos métodos ocultos de investigação, ínsito na complexidade do “Mal Necessário” que, por se tratar de medida de restrição de direitos fundamentais, a intervenção estatal deverá acontecer sempre de forma excepcional (intervenção restritiva mínima), como também deverá ocorrer tendo como limite absoluto o respeito à dignidade da pessoa humana.

### 5.3 – Da perspectiva do comportamento desviante do agente infiltrado

Surpresa não se constitui se o agente infiltrado distanciado dos seus contatos sociais e familiares, locupletar-se através de benefícios pessoais ou profissionais. A propósito, Dias Ferreira admite tratar-se de “comportamento desviante e da corrupção”, alicerçando-se no fato de um “*desvio organizacional*” que não deve ser entendido como um ato desviante individual, à proporção em que “esses actos são induzidos pela própria natureza do trabalho de infiltração e pelo ambiente em que ele se desenvolve”<sup>584</sup>. (Não é sem razão a sentença popular: “A ocasião faz o ladrão”), assim procede, não raro, o agente infiltrado ao se conscientizar do *status* de criminoso entre os seus pares no *Kriminell Mittel*, embora “não devesse adotar os comportamentos delinquentes”<sup>585</sup>.

Ainda o mesmo autor expressa que a eficácia e a corrupção caminham

<sup>583</sup> FLORES PRADA, Ignácio, *El valor...*, cit., pp. 19-29.

<sup>584</sup> FERREIRA, Vanessa P. Dias, “Problèmes poses par la mise en œuvre des opérations undercover dans lês domaine de la lutte contre Le trafic de stupéfiants”, in *Révue de Droit Penal et de Criminologie*, ano 76, p. 568.

<sup>585</sup> MARX, Gary T., *Recent...*, no endereço eletrônico <http://web.mit.edu/gtmarx/www.recent.html>, em 03/03/2001.

juntas, lado a lado, numa demonstração de que quanto mais o agente se envolve no “*Milieu*” maior é a eficácia da sua operação, embora maior é, outrossim, o perigo de se deixar levar e adotar condutas que extrapolam os limites da sua atuação<sup>586</sup>.

Sempre são detectadas formas de comportamentos desviantes e de corrupção que podem ser realizadas por agentes infiltrados na investigação oculta. Também inspetores encarregados de missões próprias da polícia tradicional se deixam conduzir através das referidas condutas desviantes, assim se referem P. Manning e L. Redlinger, citados por Vanessa Ferreira, in “Problèmes...”, p. 568.

No contexto das condutas desviantes há uma classificação, e a primeira caracteriza-se por situações cognominadas *pots-du-vin* (potes de vinho), através da qual os agentes recebem dinheiro dos suspeitos, prevenindo-os de uma ação de detenção, de modo a facilitar a fuga dos prevenidos. Por outro ângulo, o agente recebe dinheiro dos suspeitos na ocasião da detenção.

Tendo o agente infiltrado fácil acesso às drogas comprando-as, vendendo-as, à guisa de financiar as informações a que vai tendo acesso, desvia seu comportamento ao ponto de se tornar usuário, chegando à realidade muito grave de furtar produtos estupefacientes, valores comerciais, dinheiro e outros bens materiais para seu próprio proveito.

Inserido do crime organizado, o agente infiltrado traveste-se de uma conduta reprovável – desviante, por exemplo o *flaking*. Quando coloca droga em casa, no carro ou na roupa de um determinado indivíduo com o objetivo de justificar a sua detenção, como também usa o agente infiltrado a tática de, após colocar a droga em haveres daquele indivíduo, aguarda, em campana, o momento em que o suspeito tentará vendê-la, sendo então acusado de tráfico de estupefacientes. Esse tipo de comportamento desviante é apelidado de *drosey*.

É, na verdade reprovável o comportamento do agente infiltrado na organização criminosa, notadamente quando se prevalece de informações colhidas através dos *informadores*, os quais têm a garantia de pagamento ou de

<sup>586</sup> MARX, Gary T., *Recent...*, no endereço eletrônico <http://web.mit.edu/gtmarx/www.recent.html>, em 03/03/2001.

que não serão detidos pelos crimes que praticam.

Há ainda, uma situação por demais recriminada com o uso ilegítimo de violência. Nesse sentido, Vanessa Ferreira refere a detecção de situações em que agentes infiltrados espancaram brutalmente toxicodependentes com o objetivo da obtenção de informações. Se houver queixa, alegam os agentes infiltrados a legítima defesa <sup>587</sup>.

Avulta a mesma autora, que foram conhecidos casos de policiais que ameaçaram os seus informadores no sentido de eles efetuarem certas atividades ilegais, a exemplo do furto de determinados produtos em proveito dos referidos policiais (agentes infiltrados). Continua a autora expressando casos em que os agentes envolvidos por condutas desviantes de um outro meio de coação, através de ameaças aos seus informadores de que serão denunciados aos traficantes caso não facultem determinadas informações.

Ora, a missão da polícia através do agente infiltrado é descobrir, recolher, conservar, examinar provas reais e localizar, contactar e apresentar as provas pessoais que conduzam ao esclarecimento da verdade material dos fatos que consubstanciam a prática de um crime. Assim é o entendimento de Guedes Valente, in “Investigação Criminal como Motor de Arranque do Processo Penal”. Ainda, para o mesmo autor a investigação criminal é, dessa forma, o “motor de arranque” e o alicerce do processo crime que irá decidir pela condenação ou pela absolvição.

Ao nosso ver, a conduta desviante do agente infiltrado se constitui numa afronta à dignidade da pessoa humana – “o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” – visto que o direito não pode atuar como limite do direito de liberdade dos demais cidadãos, o que implica uma ação de vigilância sobre os referidos agentes transgressores <sup>588</sup>. A formação do agente infiltrado é o metal precioso da cooperação policial. Sem formação técnica, científica, moral, cívica e de responsabilização, a investigação oculta se constituirá num comportamento censurável, o que pode custar vidas ou fazer perigar a sociedade.

<sup>587</sup> FERREIRA, Vanessa P. Dias, “Problèmes...”, cit., p. 570.

<sup>588</sup> GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro, “Investigação Criminal como Motor de Arranque do Processo Penal”, in *Revista Portuguesa*, Ano LXIII, II Série, nº 122, Março/Abril, 2000, pp. 2 e ss.

## 5.4 – Evolução legislativa em Portugal

Em Portugal, o agente infiltrado na proporção em que a sua atuação se encontra prevista e legitimada por lei (art. 59º, nº 1 do Decreto-Lei nº 15/93 e art. 6º da Lei nº 36/94), e só nessa medida, não será punido por exclusão da ilicitude, visto se encontrar no exercício de um *dever ex officio*.

A figura do agente infiltrado teve sua primeira abordagem no ordenamento jurídico de Portugal através do Decreto-Lei nº 430/83, de 13 de dezembro (Lei da Droga), cujo art. 52º, sob a epígrafe “Conduta não punível”, que dispunha:

“1. Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito, e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar diretamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas. 2. O relato de tais fatos será junto ao processo no prazo máximo de 24 horas”<sup>589</sup>.

O Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de janeiro, trouxe algumas alterações para a Lei da Droga, contudo, manteve sem alterações o art. 52º, agora sob o art. 59º. Este diploma consagrou o regime das entregas controladas<sup>590</sup> e criminalizou o branqueamento de proventos resultantes do tráfico e estupefacientes (art. 23º) ao passo que, no seu art. 51, nº1, equiparou o tráfico de drogas para efeitos de processo penal a “casos” de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada.

Uma vez publicada a Lei nº 36/94 de 29 de setembro, o recurso a um agente infiltrado estendeu-se aos crimes de corrupção e criminalidade econômica e financeira, ampliando, assim, o elenco de crimes nos quais era admissível a utilização de agentes infiltrados.

De acordo com o art. 6º daquela Lei, sob a epígrafe “Actos de colaboração

<sup>589</sup> ROCHA, Moraes, in *Droga-Regime Jurídico – Legislação Nacional anotada – Diplomas Internacionais*, Lisboa, 1994, p. 190.

<sup>590</sup> O art. 61, nº 1, permite, sob autorização do Ministério Público, a não intervenção da Polícia Judiciária sobre os portadores de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas em trânsito em Portugal.

ou instrumentais”<sup>591</sup> estipula-se: “É legítima, com vista à obtenção de provas em fase de inquérito, a prática de atos de colaboração ou instrumentais relativamente aos crimes previstos no nº 1 do art. 1º do presente diploma”.

Veio, este último preceito atribuir ao Ministério Público e à Polícia Judiciária, intermediado pela Direcção Central para o Combate à Corrupção, Fraudes e Infrações Económicas e Financeiras, competência para a realização de acções preventivas no contexto dos crimes de corrupção, peculato e participação económica em negócio, administração danosa em unidade económica do sector público, fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito, infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática, e infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional<sup>592</sup>.

Por força de atuação da Lei nº 45/96, de 3 de setembro, estendeu-se à mesma a actuação do agente infiltrado na prevenção e repressão dos crimes de tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, revelando, por assim dizer, a ampliação e transformação da epígrafe “Conduta não punível” em “Condutas não puníveis”. É carecedor salientar que, na epígrafe do art. 59º - A (Protecção de funcionário e de terceiros infiltrados), introduzido por esta lei, que pela primeira vez um diploma legal fez referência ao agente infiltrado. Por outro viés, consagra também pela primeira vez a intervenção de terceiro (agente não policial) no âmbito destas operações<sup>593</sup>.

O novo nº 1 do art. 59º, estabeleceu que: “Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal ou de terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária que, para fins de prevenção ou repressão criminal, com ocultação da sua qualidade e identidade, aceitar, detiver, guardar, transportar ou, em sequência e a solicitação de quem se dedique a essas actividades<sup>594</sup>,

<sup>591</sup> ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado...*, cit., p. 112. Segundo a autora a ambigüidade desta expressão é suscitada por PEREIRA, Rui, “O Consumo e o Tráfico de Drogas na Lei Penal Portuguesa”, in *Revista do Ministério Público* nº 65.

<sup>592</sup> ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado...*, cit., p. 113.

<sup>593</sup> ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado...*, *idem*.

<sup>594</sup> ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado...*, *idem*. Segundo a autora, a referência expressa de que o agente só pode entregar estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou precursores “em sequência e a solicitação de quem se dedique a essas actividades” visa claramente afastar do âmbito da norma a figura do agente provocador.

empregar estupefacientes, substâncias psicotrópicas, precursores e outros produtos químicos suscetíveis de desvio para o fabrico ilícito de droga ou precursor.

Nos termos do nº 2, do art. 59º do mesmo diploma legal, actuação do agente “depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente, a proferir num prazo máximo de cinco dias e a conceder por período determinado”. Enquanto que, o nº 3, admite que: “se, por razões de urgência, não for possível obter a autorização referida do número anterior, deve a intervenção ser validada no primeiro dia útil posterior, fundamentando-se as razões da urgência”. O nº 4, prescreve que: “a Polícia Judiciária fará um relato da intervenção do funcionário ou do terceiro à autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo daquele”.

Houve ainda, um aditamento da Lei nº 45/96 ao Decreto-Lei nº 15/93 do art. 59º - A, com a seguinte prescrição: “1. A autoridade judiciária só ordenará a junção ao processo do relato ao qual se refere o nº 4 do artigo anterior se a reputar absolutamente indispensável em termos probatórios. 2. A apreciação da indispensabilidade pode ser remetida para o termo do inquérito ou da instrução, ficando entretanto o expediente, mediante registo prévio, na posse da Polícia Judiciária. 3. No caso de o juiz determinar, por indispensabilidade da prova, a comparência em audiência de julgamento do funcionário ou do terceiro infiltrados, observará sempre o disposto na segunda parte do nº 1 do art. 87º do Código de Processo Penal”<sup>595</sup>.

Na Assembléia da República, numa exposição de motivos, o Governo destacou que o tráfico e o consumo de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas “constituem, reconhecidamente, a principal causa do crescimento da criminalidade e do aumento da insegurança na sociedade portuguesa”, tendo igualmente contribuído para “a diversificação da criminalidade que engloba, nomeadamente, o roubo com seringa e o abuso do cartão de crédito”.

<sup>595</sup> Dispõe o art. 87º, nº 1 do CPP (2ª parte): “oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, do arguido ou do assistente pode, porém, o juiz decidir, por despacho, restringir a livre assistência do público ou que o acto, ou parte dele, decorra com exclusão da publicidade.

Explica o Governo nesse documento que, sendo a saúde pública o principal bem jurídico protegido pelas normas incriminadoras do tráfico de droga, também “o próprio sistema económico dos países” aparece tutelado, tanto mais que não podendo “minimizar-se os malefícios para a saúde que o tráfico de droga alimenta com total indiferença, especialmente repercutidos nos jovens, o perigo ainda mais agudo residirá na plétora de criminalidade que surge associada: o branqueamento de capitais e de outros bens, a corrupção, o tráfico de armas”.

#### **5.4.1 – Regulamentos disciplinares (*Disziplinarbestimmungen*) do Novo Regime Jurídico**

Com a entrada em vigor da Lei nº 101/2001, de 25 de agosto, revogaram-se expressamente os arts. 59º e 59º - A, da Lei nº 15/93 de 22 de janeiro, e o art. 6º da Lei nº 36/94, de 29 de setembro, estabelecendo o Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Repressão Criminal (art.1º, nº 1).

As acções encobertas são definidas no nº 2 do referido artigo, considerando-as “aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controle da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados neste diploma, com ocultação da sua qualidade e identidade”.

O catálogo dos crimes cujas prevenção e repressão do novo regime, perspectiva o recurso a agentes infiltrados. Logo, além dos crimes de tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, do crime de corrupção e de criminalidade económico financeira – agora previstos, respectivamente nas alíneas *j*), *m*), *n*), *o*) e *p*) do art. 2º, o recurso ao agente infiltrado, numa acção encoberta, é também possível na prevenção e repressão do crime de homicídio voluntário desde que o agente não seja conhecido (alínea *a*), crime contra a liberdade e contra a auto determinação sexual a que corresponda, em abstrato, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes (alínea *b*), tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados

(alínea c), escravidão, seqüestro e rapto ou tomada de refém (alínea d), organizações terroristas e terrorismo (alínea e), captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstrato, pena igual ou superior a 8 anos de prisão (alínea f), crimes executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objetos armadilhados, armas nucleares, química ou radioativa (Alínea g), roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios (alínea h), associações criminosas (alínea i), contrafação de moeda, título de crédito, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem (alínea q) e, finalmente, crimes cometidos no âmbito do mercado de valores mobiliários (alínea r).

Com a consagração deste regime, o legislador corre um risco sério de “retirar com uma mão o que quis dar com a outra”; muito dificilmente conseguirá o agente infiltrado obter a confiança dos membros da organização criminosa na qual se insere e, por esse caminho, atingir os operadores do segundo e do terceiro nível, caso a sua ação encoberta fique limitada a atos de tentativa <sup>596</sup>. É apontada a existência de comportamentos desviantes do agente infiltrado, induzido pela natureza do trabalho de infiltração; daí que “a eficácia e a corrupção caminham juntas”, no sentido de quanto mais o agente se envolve no “*Mileu*”, maior é a eficácia do seu *modus operandi*, mas também é maior o risco de adotar condutas que excedam os limites da sua atuação. Uma “situação ambígua” com a qual o agente se depara, gerando uma pressão conducente aos comportamentos desviantes, como expressa Dias Ferreira <sup>597</sup>. Em todo caso, as condutas típicas do agente infiltrado devem passar pelo crivo do Regime Jurídico das Acções Encobertas, designadamente quanto às exigências de adequação e proporcionalidade, aí se comprovando a sua validade.

<sup>596</sup> A este propósito, o relatório do Comité Internacional da Cruz Vermelha – Parte I, Capítulo III, Ponto I – que assinala não ser permitido que o agente infiltrado cometa ilícitos penais, “é precisamente com a prática de alguns delitos que o agente infiltrado ganha a confiança dos restantes membros do grupo”.

<sup>597</sup> FERREIRA, Vanessa P. Dias, *Problèmes...*, cit., p. 557.



#### 5.4.2 – Da Perspectiva da exclusão da ilicitude alicerçada no cumprimento de um dever

No contexto da doutrina tende-se a aceitar a exclusão da punibilidade do agente infiltrado, ante a existência de uma causa, ainda que em alguns ordenamentos jurídicos se perspectivem causas de exclusão da culpa.

Alves Meireis considera a atuação do agente infiltrado, “na medida em que sua actuação se encontra prevista e legitimada por lei (art. 59º, nº1, do Decreto-Lei nº 15/93 e art. 6º da Lei nº 36/94) e só nessa medida, não será punido por exclusão da ilicitude pois se encontra no exercício de um dever *ex officio*”<sup>598</sup>.

Segundo Gonçalves/Alves/Valente, o recurso a figura do agente infiltrado não é previsto pela Constituição da República Portuguesa, como também pelo Código de Processo Penal, porém admitem-no, na proporção em que, se a Lei Fundamental consagra os direitos à vida, à integridade física e moral, à igualdade, à liberdade e à segurança, entre outros, então “há de permitir também, o recurso aos meios necessários para garantir a realização e a defesa de tais direitos, entre os quais se encontra a figura do agente infiltrado, a fim de prevenir e reprimir as formas de criminalidade mais grave, que atentem contra tais direitos”<sup>599</sup>.

Rui Pereira também recorre a essa causa de exclusão da ilicitude para justificar os atos praticados por um agente infiltrado, ainda que com restrições e com outros fundamentos. Faz o autor a distinção entre as finalidades preventivas e finalidades repressivas da atuação do agente encoberto, assegurando que, no primeiro caso, “a licitude é definida de acordo com os juízos de ponderação que informam a justificação penal (art. 31º e seguintes do Código Penal)”<sup>600</sup>.

Ao nosso ver, o fundamento do dispositivo é óbvio. Se o agente atua no cumprimento de um dever legal, sua conduta não é antijurídica. O *dever* que ele cumpre pode ser imposto por qualquer norma legal (lei, decreto, regulamento, etc.) e não apenas por leis de natureza penal. O Código Penal brasileiro requer que o

<sup>598</sup> MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *Novo Regime...*, cit., p. 164.

<sup>599</sup> GONÇALVES, Fernando/ALVES, Manuel João/VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime...*, cit., pp. 267-268.

<sup>600</sup> PEREIRA, Rui, “O Consumo...”, cit., como nota 458.

agente se conduza em *estrito cumprimento*, sendo, portanto, necessário que obedeça, rigorosamente, aos limites do dever. Caso ele ultrapasse tais limites, haverá abuso de direito ou excesso de poder – ou o *excesso punível* e não exclusão da ilicitude. O dever pode ser referente não só a funcionário público, como, também, a particular.

#### 5.4.3 – Da Perspectiva da admissibilidade do agente infiltrado com fundamento nas finalidades preventivas da ação encoberta

Costa Andrade, apelando para um conceito extensivo de “homens de confiança”, assegura que o recurso a esta figura “configurará normalmente um meio enganoso, sendo, como tal, reconduzível á categoria dos métodos proibidos pelo art. 126º nº 2 alínea a) do CPP”<sup>601</sup>. Saliencia o Autor que, no que pertine aos métodos proibidos, “o mais decisivo terá sido o respectivo potencial de danosidade social, enquanto atentado à liberdade de declaração.

Mas, referida finalidade não significa que “o recurso ao *homem de confiança* esteja, sempre acoberto de *proibição de prova*”, tudo dependendo “do regime que, em definitivo, venha a adscrever-se aos *meios enganosos* em geral”<sup>602</sup>.

Iniciando do que considera ser “o mandamento da interpretação restritiva”, e atendendo estar-se diante de uma “área problemática” que “está ainda longe de clarificada e solucionada em termos intersubjectivamente estabilizados”, Costa Andrade assegura a “inadmissibilidade e, por isso acoberto de estrita *proibição de prova*, da intervenção do homem de confiança que se limita a provocar uma pessoa ao consumo de estupefacientes com o fim exclusivo de, como tal – como *mero consumidor* – o perseguir penalmente”<sup>603</sup>.

E, sempre fazendo referências a Costa Andrade<sup>604</sup>, o qual considera inadmissível os casos de intervenção de *homens de confiança* com propósitos e

<sup>601</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições...*, cit., pp. 220 e 231.

<sup>602</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 232.

<sup>603</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 232.

<sup>604</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições...* Justificamos as constantes citações do Autor, tendo em vista suas obras específicas sobre a investigação através de métodos ocultos.

para fins unicamente *repressivos*: isto é, exclusivamente preordenada à repressão de crimes já consumados <sup>605</sup>.

Em se mantendo, porém, no contexto dos métodos proibidos de prova já se propala a intervenção do *homem de confiança* quando prosseguir “finalidades exclusiva ou prevalentemente preventivas”. Nesse sentido, o Autor faz referência a Wolter, ao admitir essa situação, “pelo menos em relação a perigos concretos e imediatos de atentado contra a vida ou a perigo correspondente de sacrifício grave da integridade física de terceiros” <sup>606</sup>. Tal situação, conforme o Autor, poderá configurar-se “sempre que a perseguição de eventuais agentes, lograda através do *homem de confiança*, se integre em programas de repressão e desmantelamento do terrorismo, da criminalidade violenta ou altamente organizada <sup>607</sup>.

Em não sendo assim, “deixar-se-ia a sociedade desarmada face a manifestações tão drásticas e intoleráveis de criminalidade”, ou, em alternativa, “induzir-se-ia o recurso a *forma incontroláveis de resposta*” <sup>608</sup>.

Rui Pereira, alegando a vigência do Decreto-Lei nº 15/93, admite igualmente o critério das finalidades preventivas e repressivas para, respectivamente, admitir ou não a figura do *homem de confiança*, ainda que a sua fundamentação seja distinta da avançada por Costa Andrade.

Levando-se em consideração que o “aspecto mais ‘ousado’ do regime processual consagrado o Decreto-Lei nº 15/93, respeita à obtenção da prova”, Rui Pereira classifica a figura descrita no art. 59º como o “*homem de confiança*”, cuja admissibilidade, em seu entender, “deve ser, no entanto, directamente confrontada com o disposto no nº 6 do art. 32º da Constituição: não estará sempre em causa uma ofensa moral da pessoa, que implicará a nulidade da prova obtida?” <sup>609</sup>.

Admite o Autor que, geralmente, “o recurso ao homem de confiança afecta, na verdade, o direito à integridade moral, consagrado no art. 25º da Constituição”,

<sup>605</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 232.

<sup>606</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 232.

<sup>607</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 232.

<sup>608</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 232.

<sup>609</sup> PEREIRA, Rui, “O Consumo...” cit., disponível em [www.snmp.pt/rmp.htm](http://www.snmp.pt/rmp.htm), em 23-08-99.

mas embora, sustenta que, nessa matéria, se impõe “uma distinção fundamental entre finalidades repressivas e preventivas”<sup>610</sup>. Dessa forma, quando “o homem visar, exclusivamente, provar a prática de crimes (isto é, quando constituir um “método de prova”), chegaremos ao âmbito da proibição de prova”<sup>611</sup>. Nessa razão, exemplifica com o funcionário que “for introduzido numa cela para obter uma confissão”, constituindo-se, portanto, nula a prova assim obtida.

Rui Pereira concorda que, para se impedir a consumação de um crime ou a reincidência do agente, “já não estaremos situados no plano processual da proibição de provas, mas antes perante uma conduta cuja licitude é definida de acordo com os juízos de ponderação que enformam a justificação penal (art. 31º e seguintes do Código Penal)”<sup>612</sup>. Nessa compreensão, “já será lícito, no exemplo anteriormente proposto, que o funcionário passe por recluso para apurar o local em que se encontra seqüestrada determinada pessoa e a prova obtida poderá, posteriormente, ser utilizada”<sup>613</sup>.

Em idêntica perspectiva Ferreira Monte adere à tese das finalidades preventivas da ação policial para, nesse sentido, admitir a figura do agente provocador. Na sua perspectiva, a “imoralidade do Estado que com uma mão favorece o crime que quer punir com a outra”, apontada por Costa Andrade<sup>614</sup>, “acontece por na base da actuação do Estado estar um objetivo eminentemente repressivo, punitivo”, ao passo que se o problema analisado “à luz da função preventiva do direito penal, a solução já poderá ser diferente”.

Desse modo entende que “a acção dos agentes de confiança, quer infiltrados, quer provocadores, deve ser teleologicamente fundada na prevenção e nunca com fins meramente repressivos”, devendo essa acção ser “um meio indispensável, por razões de política criminal”<sup>615</sup>. Por outras vias, refere que “é de aceitar o homem de confiança mas não o agente provocador. *Excepcionalmente*, porém, o agente provocador será de aceitar se respeitados todos pressupostos,

<sup>610</sup> PEREIRA, Rui, “O Consumo...” cit., disponível em [www.snmp.pt/rmp.htm](http://www.snmp.pt/rmp.htm), em 23-08-99.

<sup>611</sup> PEREIRA, Rui, “O Consumo...” cit., idem.

<sup>612</sup> PEREIRA, Rui, “O Consumo...” cit., idem.

<sup>613</sup> PEREIRA, Rui, “O Consumo...” cit., idem.

<sup>614</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 221.

<sup>615</sup> MONTE, Mário Ferreira, “Anotação...” cit., pp. 190-200.

quais sejam o da sua actuação *ser necessária* em concreto, *justificada por razões de política criminal e teleologicamente fundada na prevenção*, desde que inviolável o *princípio da dignidade da pessoa humana*<sup>616</sup>.

Ao nosso ver, tendo em vista a problemática da actuação de uma investigação através de métodos ocultos, uma área movediça e de proposições conflitantes, embora clamada por uma sociedade à procura de segurança e, ao mesmo tempo, zelando pela tutela dos seus direitos fundamentais no contexto do Estado de Direito, não deixa de ser norteadada ou regida por determinações de um foro estritamente político, recaindo na nossa concepção de “Mal Necessário”.

---

<sup>616</sup> MONTE, Mário Ferreira, “Anotação...”, cit., p. 202.

## CAPÍTULO 6

### O Agente Provocador no Âmbito do Estado de Direito

#### 6.1 – Objetivos do Agente Provocador

O crescimento da criminalidade organizada tem exigido dos Estados, no combate àquela criminalidade e na perseguição pela paz, pela justiça, a legitimar e legalizar o recurso, por parte dos órgãos de investigação criminal, segundo Susana Aires de Sousa, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias.

No contexto das pretendidas técnicas, destaca-se o uso de funcionários policiais integrados no meio criminal, ocultando-se, dessa qualidade, tendo por finalidade não apenas a investigação e recolha de prova, mas a prevenção criminal.

E, por se tratar da ação encoberta dos funcionários policiais, criou-se a figura do *homem de confiança*, embora a expressão referida é entendida através da doutrina e da jurisprudência, como um conceito extensivo a “todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais e perseguição penal. Em contrapartida recebem a promessa de confidencialidade da sua identidade e atividade.

Independente da aceitação, ou não do agente provocador e independentemente da possibilidade da sua subsunção à figura de um participante no domínio do direito penal substantivo, impõe-se-nos, para clarificação do tratamento da figura, a adoção de um modelo de agente provocador. Assim, teremos por agente provocador aquele que, sendo um cidadão particular ou entidade policial, convence outrem à prática de um crime não querendo o crime a se, e, sim, pretendendo submeter esse outrem a um processo penal e em último caso a uma pena.

Para o direito penal e processo penal na atividade de provocação é, acima de tudo, o *animus* do provocador e do provocado. Entendemos como irrelevante o

fato de o provocador ser um agente da polícia, ou de qualquer outra força da autoridade pública, ou um cidadão particular.

Quanto à finalidade da atuação do provocador, podem concorrer várias motivações: tratando-se de um agente de autoridade, poderá ser a progressão na carreira ou o simples combate ao crime; tratando-se de um particular poderá ser um desejo de vingança ou então a concretização de um plano para que o provocador obtenha benefícios com a condenação do provocado. Contudo, podemos dizer que existe um elemento comum em todos os exemplos citados: a submissão do provocado a um processo penal, e, de preferência, a uma condenação.

O agente provocador, na proporção em que determina outrem à prática de um crime, é, por isso mesmo, merecedor da atenção da dogmática penal. No entanto, o fato de ao agente provocador ser aplicável ou não uma pena, não poderá prejudicar o seu tratamento em sede do processo penal, nomeadamente no que se refere à admissibilidade e valoração das provas assim obtidas. Dessa forma surge sempre um problema processual que tem a ver com o destino dos elementos recolhidos na atividade provocatória e que originariamente se destinam à condenação do provocado.

As atividades secretas da polícia, designadamente a figura do investigador secreto sempre contaram com o “apoio” do Tribunal Constitucional Alemão, justificando a atividade das figuras da investigação oculta como necessárias na “eficácia da justiça penal, que é indispensável para a realização da justiça material (...) e da vontade da tutela dos bens jurídicos por parte do Estado de Direito”<sup>617</sup>. Deve-se à legislação sobre o terrorismo e sobre as leis de combate às drogas, o aparecimento ao nível substantivo-legislativo – da figura do provocador<sup>618</sup> – *V-Mann*, uma das estrelas da constelação das figuras da investigação oculta conhecida no ordenamento processual a partir da distinção entre: a) o informador (*Informant*); “pessoa que num caso isolado, está disposta, a troco do seu

<sup>617</sup> BVerfG 27-11-1984, nº 236, *NStZ* 1985, p.131.

<sup>618</sup> MEIREIS, Manuel Augusto Alves, faz alusão ao StGB, cujas normas foram introduzidas pela legislação anti-terrorismo.

anonimato, a dar informações aos órgãos de prossecução penal (Sez, I, § 2.1 *RtStBV*); b) o confidente (*V. Person*): “é uma pessoa que sem pertencer aos órgãos de prossecução penal, está disposta a colaborar assiduamente com eles, de forma encoberta, com o fim de descobrir os crimes e cuja identidade é por via de regra mantida secreta” (Sez, I, § 2.2 *RtStBV*); c) os investigadores secretos (*verdecker Ermittler*): “são funcionários da polícia especialmente escolhidos e treinados, os quais, com o fim de obterem indícios úteis para a aplicação de procedimentos processuais penais, tomam contato com o crime, devendo a sua identidade ser tida como secreta mesmo no processo” (Sez, II, § 2 *RtStBV*)<sup>619</sup>.

No que se refere à figura do *V-Mann*, embora de etimologia incerta<sup>620</sup>, vem significar uma modalidade excêntrica e atividade provocatória através de agente diretamente ou controlada pela polícia com o objetivo de adquirir provas incriminatórias para o processo, mas à revelia das formas tradicionais de investigação<sup>621</sup>. Uma figura “nascida” da jurisprudência alemã nos anos 80<sup>622</sup>.

O “*Große Senat des Bundesgerichtshofs*” define *V-Mann* como a pessoa que, por diversos motivos, seja para esclarecer o crime, ou para denunciar os agentes, seja útil ao impedimento e esclarecimento do crime e cuja identidade seja mantida secreta, à disposição das entidades de instrução em cuja dependência tal pessoa opera<sup>623</sup>.

Surgem, então, novas versões, de agente provocador: do ponto de vista formal e do ponto de vista funcional. Do ponto de vista formal, surge um conceito lato, segundo o qual *V-Mann* será todo o “que colabora activamente no esclarecimento do crime”: “pertencente ou tendo pertencido ao *Milieu* criminal como tenha não recrutado da população ou tenha pertencido à polícia criminal como investigador secreto<sup>624</sup>. Para o conceito restrito<sup>625</sup>, *V-Mann* serão todas as

<sup>619</sup> KLEINKNECHT/MEYER, *Strafprozeßordnung*, 38ª Aufl., München, 1987, p. 1862.

<sup>620</sup> DRYWA, *Die materiellrechtlichen Probleme des V-Mann – Einsatzes Pfaffenweileri*, 1987, pp. 4 e ss.. Afirma ser discutida e polémica a expressão *V-Mann*.

<sup>621</sup> HASSEMER, W., “Die <<Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege>> ein neuer Rechts begriff?”, in Lüderssen *V-Leute – Die Falle in Rechtsstaate*, Frankfurt am main, 1985, pp. 71 e ss..

<sup>622</sup> BRUNS, Zur Frage der Folgen tatprovozieren den Ver haltens polizeilicher Lockpitzel, *StrafUert* 1984, pp. 388 e ss..

<sup>623</sup> TIEDMANN/SIEBER, “Die Verwertung des Wissens von V-Leuten in Strafverfahre”, *NJW* 1984, p. 753.

<sup>624</sup> ZWEHL, *Der Einsatz von Z-Leuten und die Einführung des Wissens von V-Leuten in das Stafverfahren*, Pfaffenweiler, 1987, p. 200.

<sup>625</sup> ZWEHL, *Der Einsatz von Z-Leuten...*, *cit.*, pp. 20 e ss..



“pessoas que pertencendo oficialmente à polícia, ocasionar ou regularmente, com ou sem recompensa, lhe fornecem informações secretas”<sup>626</sup>.

O *modus operandi* do *V-Mann*, de um modo geral, no âmbito funcional, tem um registro em abstrato muito amplo visto que vai da simples observação do ambiente criminal à participação direta no crime e à sua provocação. Depende do tipo de criminalidade objeto do controle. Em determinados casos é carecedor, apenas, uma observação, em outros há que se infiltrar e em outros casos deverá adiantar-se e levar as pessoas ao crime provocando-o<sup>627</sup>. Se no primeiro grupo de situações a sua ação é penalmente irrelevante, já no segundo, o agente pode desempenhar o papel de um participante, na proporção do necessário para conseguir a confiança do grupo<sup>628</sup> e, no terceiro ver-se-á compulsado a desempenhar o papel de instigador ou de autor, propriamente dito, apontando às pessoas que investiga a oportunidade para o crime<sup>629</sup>. No que diz respeito às motivações que levam o *V-Mann* a atuar, podem ser variadas: desde o sucesso profissional, no caso em que um agente da polícia desiste, por imposição da burocracia, de recorrer ao agente infiltrado, a razões econômicas nos casos em que o *V-Mann* é um *eytraneus* à polícia a quem se paga a tarefa de provocação<sup>630</sup>.

## 6.2 – A complexidade dolosa do agente provocador

Se se entendia a figura do agente provocador como um instigador sem dolo, na Alemanha o referido agente extrapolou os limites de uma formulação clássica para “assumir a postura bem mais polêmica do *V-Mann*, mostrando-se como um modelo estratégico – fático de controle tido como irrenunciável pelas novas fronteiras estipuladas pela criminalidade organizada<sup>631</sup>. Avulta Alves

<sup>626</sup> ZWEHL, *Der Einsatz von Z-Leuten...*, cit., p. 21.

<sup>627</sup> DRYWA, *Die materiellrechtlichen Probleme...*, cit., p. 2.

<sup>628</sup> DRYWA, *Die materiellrechtlichen Probleme...*, cit., pp. 3 e ss..

<sup>629</sup> DRYWA, *Die materiellrechtlichen Probleme...*, cit., pp. 3 e ss..

<sup>630</sup> MEYER, J., “Zur prozessrechtlichen Problematik des V-Mannes”, ZStW 1983, p. 834.

<sup>631</sup> STUMPER, “Organisierte Kriminalität-ein ernstzunehmendes Problem” LÜDERSEN, *V-Leute – die Falle im Rechtsstaat – Frankfurt am Main*, 1985, pp. 65 e ss..

Meires <sup>632</sup>, que o aparecimento e assunção do agente provocador trilhou três momentos: um momento dedicado à origem na Alemanha a partir da solução clássica – “instigador sem dolor”; no momento segundo, caracterizado por uma fase de colocação e arrumação dogmática e, no terceiro momento assinalado por um rompimento completo das teses clássicas e sua estrutura, redimensionando sua perspectiva como *V-Mann*.

A propósito, algumas considerações pertinentes ao Código Penal Alemão (StGB).

Senão vejamos: a) O StGB não prevê o crime impossível mas a *untaugliches Versuch* (tentativa inidônea), que, em regra, é punível em razão “da vontade contrária ao direito manifestado pelo agente, não como manifestação subjetiva em si, mas avaliada na sua eficácia da comunidade na validade do ordenamento jurídico” <sup>633</sup>; b) a estrutura peculiar da tentativa no ordenamento jurídico alemão favorece a relevância subjetiva da idoneidade da conduta acima da sua relevância objetiva. Esta opção avulta Alves Meireis, resulta quem, segundo a sua representação do fato, se dispõe imediatamente a realizar o tipo legal”. Assim, segundo o Autor, o provocado que desconhece a provocação, não poderá invocar a seu favor o caráter fictício do início da execução; por outro lado, pode invocá-lo em seu favor o provocador que atua com a intenção da não verificação do resultado.

Induzir alguém a praticar o delito objetivando condená-lo, embora tomando providências no sentido de que o fato não atinja a consumação, é a particular finalidade perseguida pelo agente provocador <sup>634</sup>. Em se percorrendo o *iter probatorium* do agente provocador, questiona-se a formação sobre a existência ou não de fatos imputados ao acusado. Ressalta Figueiredo Dias que, a verdade do processo penal serve, “não sendo “absoluta” ou “ontológica” há de ser antes de tudo uma verdade judicial prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas *processualmente* válida” <sup>635</sup>.

<sup>632</sup> MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime...*, cit., pp. 31 e ss..

<sup>633</sup> JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin, 1988, p. 478.

<sup>634</sup> HEILBORN, *Der Agent Provocateur*, Berlin, 1901, cit., p. 9.

<sup>635</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, 1º vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 194.

No percurso de um caminho que se vai estreitando, salientar se faz necessário, averiguar, em especial a validade das provas obtidas pelos chamados “homens de confiança” categoria ampla no contexto dos métodos ocultos de investigação, mas também não esquecido pela doutrina e jurisprudência, as quais autonomizam as figuras do agente provocador e do agente infiltrado.

Como método de investigação especial tem merecido a atenção do órgão legislativo enquanto meio necessário ao eficaz combate à criminalidade indiscutivelmente grave e de magnitude danosa alarmante.

Enquanto instrumento relativizado à investigação processual, a figura do agente provocador incita a normatividade processual não apenas na sua função de garantia dos direitos fundamentais do cidadão mas também na sua validade axiológico-normativa.

Na determinação da validade ou invalidade normativo-processual da figura, doutrina e jurisprudência elegem o agente provocador à categoria dos meios probatórios enganosos, inadmissível nos ordenamentos processual penal e constitucional, notadamente de Portugal e do Brasil. O que identifica o agente provocador no conceito jurídico-processual de meio enganoso de prova, o que constituirá o cerne da reflexão que agora se propõe.

### **6.3 – Da legitimidade da prova**

Através de um reconhecimento de Figueiredo Dias as recentes reformas do processo penal em países de democracia estabilizada podem resultar numa restrição dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Embora, sem prescindir que, “em *todas* as circunstâncias, os direitos de cada pessoa devem ser defendidos e a sua liberdade salvaguarda”. Para o Autor, o Estado de Direito “ não exige apenas a tutela dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites na perseguição e punição dos criminosos. Exige também a proteção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal.

O princípio da legalidade dos meios de prova no processo penal é entendido por Figueiredo Dias como “a legalidade dos meios de prova, bem como

as regras gerais de produção da prova e as chamadas “proibições de prova” como condição de validade processual da prova e, por isso mesmo, critérios da própria verdade material”<sup>636</sup>.

No que concerne ao regime das proibições de prova, acredita-se na existência de limites intransponíveis à descoberta da verdade material e à perseguição penal em homenagem aos valores jurídicos conquistados com o Estado de Direito, notadamente, os direitos do indivíduo.

Asserções nos reconduzem á questão principal, de modo certo formulada por Juan-Luis Gómez Colomber: “até onde pode chegar o Estado nas suas investigações”, ou seja, como “fixar os limites da investigação”, assinalando que “uma das conseqüências mais frutíferas do Estado de Direito é que os poderes do mesmo não podem investigar fatos criminosos sem limite algum”<sup>637</sup>.

Na verdade, o princípio do Estado de Direito “não exige apenas a garantia de defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato”<sup>638</sup>.

Segundo Baptista Machado, diremos que o Estado de Direito se demite da sua função “quando se abstêm de recorrer a meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”<sup>639</sup>. Contudo, a interpretação e aplicação da disciplina normativa das proibições de prova constantes da legislação ordinária, contribuirá para densificar e materializar os imperativos constitucionais.

Para Manuel da Costa Andrade, in “Bruscamente no Verão Passado”, a reforma do Código de Processo Penal, no que se refere à investigação por novos meios ocultos, sua produção e valoração serão ilegais e ilegítimas, enquanto não for adotada nova e pertinente lei de autorização. Ainda o mesmo Autor, “a descoberta de novas superfícies (dos direitos fundamentais) expostos às intempéries”, o que o progresso tecnológico trás invariavelmente consigo, determina, sem mais, a correspondente expansão dos direitos fundamentais. “Que

<sup>636</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal...*, cit., p. 196.

<sup>637</sup> COLOMBER, Juan-Luis Gómez, “Estado de Derecho y Policía Judicial Democrática”, in *Primeira Jornadas sobre Problemas actuales de la Justicia Penal*, Universidade de Granada, 1994, p. 67.

<sup>638</sup> MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1996, p. 59.

<sup>639</sup> MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito...*, cit., idem.

mais não representam, no fundo, do que o desvelamento e reconhecimento de novas dimensões da personalidade.

## CONCLUSÃO

A nova criminalidade caminha sem medo enfrentando os fundamentos da civilização e da construção social da realidade subjacente ao processo penal do Estado de Direito, compulsando os Estados a agir como *Präventionstaat*.

No âmbito das organizações criminosas é reconhecido na doutrina o sistemático emprego de meios para evitar ou dificultar a produção de provas, seja de forma antecipada, pela imposição de lei do silêncio, ou durante a tramitação processual, com outorga de cooptação, pressão, violência efetiva ou disposição para o uso de violência contra testemunhas, peritos e agentes do Ministério Público ou da Magistratura.

Nesse sentido, referências são feitas ao poder econômico, de articulação e mobilização, na tentativa de embaraçar o trâmite processual, podendo haver coação e vingança contra as testemunhas arroladas no processo.

As características apresentadas pela nova criminalidade ou organização criminosa contemporânea tiveram repercussão na moderna dogmática penal, visto que o clássico processo de tipificação mostrou-se insuficiente para tutelar o complexo e variado número de condutas que formam o crime organizado, uma tarefa bastante contraditória, com dificuldades extremas por se tratar de política criminal de exceção, de cujos procedimentos adotados contrariam, em parte, o Processo Penal, Processo Penal Constitucional e Processo Penal do Estado de Direito.

Todo “direito de exceção” apresenta-se como um sério risco para o cidadão, vez que sempre é erigido em detrimento das liberdades públicas processuais, além de se constituir também, um risco preocupante para o Estado Democrático.

Afiguram-se injustificáveis ofensas quaisquer à dignidade da pessoa humana, quando implica a supressão de garantias processuais do acusado, na cata de um equilíbrio do binômio *eficiência penal – garantias de direitos individuais*, objetivando a apuração do crime organizado. É necessário que qualquer restrição em matéria de liberdades públicas individuais processuais, deve guardar sempre a necessidade e a proporcionalidade.

O Direito, como representante das garantias, impõe-se como condicionador e também como “condicionado”. Tudo aquilo que ele pretende converter em lei, tem que encontrar uma coerência vertical com a Carta Magna, sob o risco de invalidade e rejeição pelo judiciário.

Não se pode deixar de reconhecer que a Lei nº 9.034/95, foi exageradamente mal elaborada. Contudo, não se pode negar que a referida Lei despertou um debate mais profundo sobre as organizações criminosas no Brasil.

De qualquer modo, pela redação do art. 1º da Lei nº 9.034/95, foi ofertado o mínimo básico daquela, o qual é constituído pelos requisitos típicos do art. 288 do Código Penal (quadilha ou bando).

No que se refere às organizações criminosas, as recentes alterações no processo penal cujo objetivo é a apuração do crime organizado, implicam “recolhimento” de direitos fundamentais. A base teórica para essa iniciativa encontra-se no fato de que esses direitos não devem ser considerados de forma absoluta, de modo a sacrificar a necessidade de prevenção e repressão criminal, que também tem assento constitucional.

Deve-se estabelecer um ponto de equilíbrio a ser norteado pelo princípio da proporcionalidade, tanto no campo da produção legal, quer pelos operadores do direito.

Para o Tribunal Constitucional, segundo Costa Andrade in *Proibições de Prova*, “as exigências inarredáveis de uma eficaz persecução penal e luta contra a criminalidade organizada, a devassa será mesmo legítima em nome da necessidade de acesso à conduta anterior e à personalidade do acusado, para efeito de juízo de culpa.

Não há dúvida de que o que deixa como desafio ao engenho mais especulativo, a identificação dos cidadãos ou fatos suscetíveis de serem cobertos pelo manto da tutela inviolável da personalidade.

E, continuamos no entendimento de que todas as medidas de exceção trazem danos à sociedade. Se os métodos ocultos de investigação “aliviam” a tensão dos cidadãos, reafirmamos, em nosso entendimento, a convicção de que o Agente Infiltrado se constitui num “Mal Necessário”.

## **BIBLIOGRAFIA**



- A. SCHÖNKE / H.SCHRÖDER citados por FIGUEIREDO DIAS e MANUEL da COSTA ANDRADE. "Associações Criminosas" – Artigo 287º, do Código Penal português. Parecer. *Coletânea de Jurisprudência*. Ano X, Tomo IV, 1985.
- A. SCHÖNKE/ H.SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 1978.
- ALEXY, Robert, ("Kollision und Abwägung als grund problem der Grundrechtsdogmatik", cit.,).Palestra.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editora, 2008.
- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 1985, p. 72.
- AMELUNG, K., "Der Grundrechtsschutz der Gewissensforschung und die strafprozessuale Behandlung von Tagebüchern", *NJW* 1988, pp. 1002 e ss..
- AMELUNG, K., "Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Haussuchungen im Strafverfahren" *NJW* 1991, pp. 2533 e ss..
- AMELUNG, K., "*Informationsbeherrschungsrechte*" im Strafprozess. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote, Berlin, 1990, pp. 37 e ss.; AIDA HASSEMER, *ZRP* 1991, p. 287; GÖSSEL, *GA* 1991, p. 507.
- AMELUNG, K., "Zulässigkeit und Freiwilligkeit der Einwilligung bei strafprozessualen Grundrechtsbeeinträchtigungen", *Festgabe zum 10 Jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik*, München, 1984, p. 11.
- AMODIO, Ennio, I, "pentiti" nella "common law". *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*.
- ANARTE BORRALLLO, Enrique, *Conjecturas sobre la criminalidad. Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.
- ANARTE BORRALLLO, Enrique, *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva, Publicaciones, 1999.
- ANTUNES, Manuel António Ferreira. "A Criminalidade Organizada: Perspectivas", in: *Policia e Justiça-Revista do Instituto Nacional de Policia e de Ciências Criminais*, nº 34, Lisboa, 1992, p. 58..
- ARAÚJO DA SILVA, Eduardo, *Crime Organizado*. Procedimento Probatório, 2009.

- ARTZ, G., "Anmerkung", *JZ* 1973, pp. 506 e ss..
- BADARÓ, Gustavo Henrique, *Ônus da prova do processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010.
- BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas". *Revista Forense*, v. 337, p. 128.
- BARGIS, Marta, La teleconferenza, *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*. Enzo ZAPPALÀ (Org.), Milão: Giuffrè, 1999.
- BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARTOLOMÉ, Angel de Miguel, "Actuaciones Policiales en la Lucha contra la Criminalidad Organizada", *La Criminalidad Organizada Ante la Justicia*, Universidad de Sevilla, 1996, p. 135.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ivens Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Editora Saraiva, 1989.
- BECCARIA, Cesare Bonesana (Marchesi de), *Dos delitos e das penas, 1764*. Tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BECCARIA, Cesare Bonesana (Marchesi de), *Tratado de los delitos y las penas*, trad. por Guillermo Cabanellas, Buenos Aires, Atalaya, 1945.
- BEETHAM DAVID, *The Legitimation of Power*, Mac Millan, London.
- BELEZA DOS SANTOS, "O Crime de Associação de Malfeitores". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 70, 1937, pp. 97 e ss..
- BELEZA, Teresa Pizarro, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, AAFDL, Lisboa, vol. III, 1995.
- BELEZA, Teresa Pizarro, in: GONÇALVES, Fernando et al, *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado. Comentado e anotado – Legislação complementar*. Almedina. Coimbra, 2001.
- BELINATI, Roberval C., "Direito & Justiça" in *Correio Brasiliense*, 05.06.95.

- BERNARD, Guillaume, *in Reveu de l'Institut de Criminologie de Paris*, v. 4 – La Présomption d'innocence, 2003-2004, p. 55.
- BERND, Musig, *Desmaterialización del Bien Juridico y la Política Criminal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- BERNSMANN/JANSEN, (“Heimliche Ermittlungs methode und ihre Kontrolle. Ein Systematisch Überblick”), *StV*, 1998, pp. 217 e ss..
- BERZ, *Jus* 1982, pp. 416 e ss..
- BETTIOL, Gilseppe, (*Diritto Penale – Parte Generale*, Bust Arsizio, G. Priulla Editore, 1945.
- BETTIOL, Gilseppe, *Instituições do Direito e Processo Penal*, tradução de Manuel da Costa Andrade, Coimbra, 1974.
- BEZERRA E SILVA, Manoel, *Lampião e suas façanhas*, 1966.
- BINDING, *Die Normen und ihre Übertrungen*, I Band, 4<sup>o</sup> ed., Leipzig, 1922; II Band, 2<sup>o</sup> ed., Leipzig, 1916.
- BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto, *As ideologias e o poder em crise*, Brasília: Ed. da UnB, 1988.
- BOBBIO, Norberto, *Qual socialismo?* 2<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst – Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- BOLL, Olaf. “Bekämpfung der Organisierten Kriminalität durch den Gesetzgeber” in: *Krim*, 92, 66.
- BORIS MIRKINE – Guetzévitch, *As novas tendências do direito constitucional*, São Paulo: Ed. Nacional, 1933.
- BRADLEY, C., “Beweisverbote in den USA und in Deutschland”, *GA* 1985, p. 105.
- BRASILEIRO DE LIMA, Renato, *Manual de Processo Penal*. vol. I, 2011.
- BRUNS, Zur Frage der Folgen tatprovizieren den Ver haltens polizeilicher Lockpitzel, *StrafUert* 1984, pp. 388 e ss..
- BRYDE, Brun-Otto, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden – Baden, 1982.

- BUONO, Carlos Eduardo Athayde et al., "O crime organizado". *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, nº21, set. 1994, p. 6.
- BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1982, pp. 132 e ss.
- CAFERATA NORES, José, *La prueba en la proceso penal*, Buenos Aires, 1986.
- CARRACEDA, José Rubio, "Democracia Mínima, El paradigma democrático", in *DOXA*, 15-16, 1994, pp. 199 ss..
- CASTANHEIRA NEVES, "Justiça e Direito", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LI, 1975, pp. 205 e ss..
- CASTANHEIRA NEVES, *A Revolução e o Direito*, pp. 203 e ss..
- CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, p. 26.
- CERVIN, Raúl, "Análise criminológica do fenômeno do delito organizado em Ciência Política", em Honra de Heleno Fragoso, *Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal*, 1992, pp. 489 e ss..
- CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du Code Pénale*, I, 3ª ed., cap. XV, 1852.
- CHIAVARIO, Mário, Direitos Humanos, processo penal e criminalidade organizada. Tradução de Maurício Zanoide de Moraes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 5, jan./mar. 1994.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva e Cia., 1943.
- COLLIARD, *Libertés publiques*, 1972.
- COLOMBER, Juan-Luis Gómez, "Estado de Derecho y Policía Judicial Democrática", in Primeira Jornadas sobre Problemas actuales de la Justicia Penal, Universidade de Granada, 1994, p. 67.
- CONDE, Francisco Muñoz / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlo / ANARTE BORRALLÓ, Enrique, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. *Delincuencia organizada: aspectos penales, processales y criminológicos* (Org.). Huelva: Universidad de Huelva, 1999.
- CORDERO, F., *Procedura Penale*, 9ª ed., 1987.
- CORDOVA, citado por Enrico Altavilla, Psicologia Judiciária II, *Personagens do Processo Penal*, 1982, p. 492.
- CORRÉA BORGES, Paulo C.: *O crime organizado*, Atlas, São Paulo, 2003.

- CORREIA, Eduardo, "Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social", *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XLIV, 1973, pp. 268 e 269.
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, 1965, p. 37.
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, p. 39. Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, I, 1988.
- COSTA ANDRADE, Manuel da, "Bruscamente no Verão Passado", *A Reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra Editora, 2009, p. 110.
- COSTA ANDRADE, Manuel da, "Métodos ocultos de investigação (*plädoyer* para uma Teoria Geral)", *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?* Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias, 2009, pp. 527-529.
- COSTA ANDRADE, Manuel da, "Oportunidade e Consenso", pp. 332 e ss..
- COSTA ANDRADE, Manuel da, A "Dignidade Penal" e a "Carência de Tutela", como *Referência de uma Doutrina Teológico – Racional do Crime*, p. 11.
- COSTA ANDRADE, Manuel da, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Reimpressão. Coimbra, 2004.
- COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, 1992.
- COSTA, José de Faria,; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio, *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- COSTA, José Faria, "O Branqueamento de Capitais", in *Boletim da Faculdade de Direito*, nº 68, 1992, p.78.
- COSTA, José Faria, apud FRANCO, Alberto Silva, "Globalização e Criminalidade dos Poderosos." *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Ano X, Coimbra, 2000, p. 190.
- CRIFÚ, Giuliano, *Novíssimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1968, v. VIII, voce "Llecito (Diritto Vigente)".
- CRISTIANI, Antonio, *Il contributo probatorio dei collaboratori della giustizia*. In: AA. VV. *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*. Milão: Giuffrè, 1999, p. 128.
- CUELLO, Eugenio Callón, *Derecho Penal*, 6ª ed., Barcelona, Bosch, 1943.

- DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel, *O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal no Novo Código de Processo Penal*. Estudos e Monografias da Universidade Católica, 1993.
- DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 1973.
- DELFINO SIRACUSANO, *Manuale di Diritto Processuale Penale*, 1.
- DELGADO GARCIA, Maria Dolores. El Agente Encubierto: Técnicas de Investigación. Problemática y Legislación. Comparada. In: GUTIERREZ – ALVIZ CONRADI, Faustino (Director). *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*. Sevilla: Universidad de Sevilla. Ayuntamiento de Sevilla. Universidad Internacional Menendez. Pelayo nº 69-84.1996.
- DELMANTO, Celso, *Código Penal Comentado*, Editora Saraiva, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2010.
- DELMANTO, Celso, *et al, Código Penal, brasileiro, Saraiva, 8ª ed., revista, atualizada e ampliada, 2010.*
- DENNINGER, Erhard, *Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung*, pp. 165 e ss., *Krumbriegel, Strafnormen als Verfassungsantrag? – Zugleich ein Beitrag zur Neuregelung des “Abtreibungsrecht”*, FamRZ, 1975.
- DENNINGER, Erhard, *Staatsrecht*. Hamburg: (s.n.), 1973.
- DIAS GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto, *Da Justiça*
- DIAS GARCIA, Maria da Gloria Ferreira Pinto, *Princípio da Igualdade, Fórmula Vazia ou Fórmula “Carregada” de Sentido?*, Lisboa.
- DIÁZ DE LEÓN, Marco Antônio, *Tratado sobre las pruebas penales*. México: Editorias Porrúa, 1988.
- DIETRICH JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961 (existe tradução castelhana).
- DREIER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, 1986.
- DRYWA, Die materiellrechtlichen Probleme des V-Mann – Einstatzes Pfaffenweilei, 1987, pp. 4 e ss.. Afirma ser discutida e polêmica a expressão V-Mann.
- DUARTE NAZARETH, Francisco J., *Elementos do Processo Criminal*, 5ª ed., Coimbra, 1870.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Bress, 1980.

- EL HIRECHE, Gamil Föpel. *Organizações Criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen. Juris, 2005.
- ELOY GARCIA, “Legitimidade e Democracia”. *A democracia ante o seu momento maquiavélico*, Universidade Vigo, 1998.
- ENRICO ALTAVILA, Psicologia Judiciária II, *Personagens do Processo Penal*, 1982.
- ENRICO Pessina e Francesco CARRARA (citado por Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal*, 6ª ed., Barcelona, Bosch, 1, 1943.
- ESER, A., “*Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren*”, *VStW 1967*, pp. 565 e ss..
- ESTELITA, Heloísa, *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- FARIA, J. Ribeiro de, “O fenômeno da globalização e o Direito Penal Económico”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 34, 2001, p. 14.
- FARIA, J. Ribeiro de, “Prova”, in *Polis*, vol. IV, col. 1687.
- FARIA, José Eduardo, citado por FRANCO, Alberto Silva, “Globalização e Criminalidade dos Poderosos”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 208.
- FASSONE, Elvio, La valutazioni della prova processi di criminalità organizzata. In: GREVI, Vitorio (Org.) *Processo penale e criminalità organizzata*. Roma - Bari: Laterza, 1993.
- FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in Notwehrbestimmungen*, 1979.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERNANDES, Paulo Silva, *Globalização, “Sociedade de risco” e o Futuro do Direito Penal*, Coimbra, 2001.
- FERNANDO GONÇALVES et al, *Lei e Crime...*, 2001, p. 15.
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione*, Ed. Laterza, Roma, 1990.
- FERREIRA GOMES, António, “A Sociedade e o Trabalho: Democracia, Sindicalismo, Justiça e Paz”, in *Direito e Justiça*, v. I, nº 1, 1980, p. 7.

- FERREIRA MENDES, Gilmar e al. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed., Saraiva, 2008.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, I, 1986.
- FERREIRA, Vanessa P. Dias, “Problèmes poses par la mise em œvre des opérations undercover dans lês domaine de la lutte contre Le trafic de stupéfiants”, in *Révue de Droit Penal et de Criminologie*, ano 76, p. 568.
- FEU ROSA, Antônio José Miguel, *Processo Penal*, Rio de Janeiro, 1992.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de / COSTA ANDRADE, Manuel da, “Associações Criminosas” art. 287º do Código Penal. *Revista Coletânea de Jurisprudência*. Ano X, Tomo IV. 1985, pp. 11-19.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlo / ANARTE BORRALLÓ, Enrique, Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el “dominio de la organización”. *Delincuencia Organizada: aspectos penales, processales y criminológicos* (Org.). Huelva Universidad de Huelva, 1999.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de /COSTA ANDRADE, Manuel da, *Criminologia – O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra, 1992, pp. 474 e ss..
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “A Nova Constituição e Processo Penal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36º, nº 1, p. 103.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “Anotação ao Acórdão do STJ de 2 de Março de 1976” in *RLJ*, ano 111º, nº 3616, 15.07.78.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “Os Novos Rumos de Política Criminal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1983, pp. 15-16.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social” português, *Rev. de Legislação e Jurisprudência* nº 3717, pp. 367 e ss..
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, As “Associações Criminosas” no *Código Penal Português de 1982*, arts. 287º e 288º). Separata da *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Nºs 3751 e a 3760, 1988, pp. 5 a 82.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, pp. 148-191 e ss..
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, em “Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, nº 36, 1976, pp. 13 e ss..



- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra, 2001, p. 158.
- FLÁVIO GOMES, Luiz e NAVARRO, Luiz George, *Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico (Lei nº 9.034) e político criminal*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 13-69.
- FLORES PRADA, Ignácio, *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*. Madrid, Tecnos, 1998, pp. 10-11.
- FONSECA, Guilherme Frederico, “O Ministério Público e a Constituição”, in *Revista do Ministério Público*, 31/1987, pp. 67 e ss..
- FONSECA, Guilherme, *A Constituição e a Defesa dos Administrados*.
- FOUCAULT, Michel, *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir - História da violência nas prisões (s.d.)*. Tradução de Raquel Ramalheite, 1995.
- FRAGOSO, Heleno, *Jurisprudência Criminal*, 1979, v. II, nº 250.
- FRAGOSO, Heleno, *Lições de Direito Penal – Parte Especial*, 1965, v. IV.
- FRANÇA, Limongi, *Manual de Direito Civil*, 1966.
- FRANCO, Alberto Silva, “Globalização e Criminalidade dos Poderosos”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10. Coimbra, 2000, p. 207..
- FRANCO, Alberto Silva, “Um difícil processo de tipificação”, *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.º 21, set., 1994, p. 5.
- GARCÍA – PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid: Alianza, 1977.
- GARCÍA, Maria Dolores Delgado, “El Agente Encubierto: Técnica de Investigación, Problemática y Legislación Comparada”, in *La Criminalidad Organizada Ante la Justicia*, Universidade de Sevilha, 1996, p. 70.
- GARRIDO, GENOVES, Vicente, *Princípios de Criminología*. Valência: Tirant lo Blanch, cit., 1999.
- GARRIDO, Vicente et al., *Princípios de Criminología*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.
- GERHARD ANSCHUTZ e RICHARD THOMA. (Hrsg), *Hanbuch des Deutschen Statsrechuts*, Tübingen: Mohr, 1932.

- GIAMPICCOLO, “La tutela giuridica della persona umana e il diritto riservatezzi”, in *Scritti giur. in. di. Calamandrei*, 1958, pp. 139 e ss..
- GOLDSCHMIDT, J., *Concepción Normativa de la Culpabilidad*, Buenos Aires, Depalma, 1943.
- GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales del proceso: problemas jurídicos e políticos del proceso penal*, Buenos Aires, 1971.
- GOMES CANOTILHO, J. J / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa (Anotada)*, 2ª edição, Coimbra, 1984, pp. 32-33 e 349.
- GOMES CANOTILHO, J. J., – “Rever a ou romper com a Constituição Dirigente” (Conferência no Instituto Pimenta Bueno – São Paulo, em 22-9-1994).
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra, ed. Coimbra, 1982.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra, ed. Coimbra, 1994.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional* 3ª Edição, Almedina, 1988.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 3ª ed., 1998.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *O Direito à prova no processo penal*, 1997.
- GOMES, Luis Flávio, “Crime organizado: o que se entende por isso depois da lei 10.217/2001”? Apontamentos sobre a perda da eficácia de grande parte de Lei 9.034/95. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual*, v. 2, nº 1, abr/mai., 2000. Porto Alegre, pp. 9-16. Síntese, p. 11.
- GOMES, Luis Flávio, *Crime Organizado....* In: UNGARETTI de GODOY, Luiz Roberto, *Crime Organizado e seu Tratamento Jurídico Penal*, Dissertação na Pontifícia Católica de São Paulo, 2010.
- GOMES, Luis Flávio, *Legislação Criminal Especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- GONÇALVES RIOS, Victor Eduardo, “Corrupção ativa?”, *Bol. IBCCr* nº 43, julho de 1996.

- GONÇALVES, Fernando et al, *Lei e Crime: O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 264.
- GONÇALVES, Fernando et al., *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado – Comentado e Anotado*. Almedina, Coimbra, 2001, p. 30.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas, *Proporcionalidad y Derecho Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid (s.d.), pp. 160 e ss..
- GÖSSEL, K. H., “Die Beweisverbote im Strafvesfahren”, *Fest Bockelmann*, 1979, p. 809.
- GÖSSEL, K. H., “Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre Von den beweisverboten im Strafverfahren” *NJW* 1981, pp. 649 e ss..
- GÖSSEL, K.H., “A Posição do Defensor no Processo Penal de um Estado de Direitos”, *BFDC* 1983, p. 262.
- GRECO FILHO, Vicente, *Manual de processo penal*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996*. São Paulo. Saraiva, 1996.
- GREGÓRIO PECES – Barba, *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos, 1986.
- GREVI, Vittorio, Nuovo Codice de procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio. *Processo Penal e criminalità organizzata*. Roma - Bari: Laterza, 1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, “A legislação brasileira em face do crime organizado”. *Revista de Processo*. V. 22, nº 87, pp. 70-80, jul./set. 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, “O regime brasileiro das interceptações telefônicas”. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 1982.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Recursos no processo penal*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GROPP, W., “Special Methods of Investigation for Combating Organized Crime”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and criminal Justice*, Lisse (Holanda), 1993, p. 33.
- GRÜNWARD, G., “Anmerkung” *JZ* 1976, pp. 772 e ss..

- GRÜNWALD, G., "Beweisverbote und Bewertungsverbote im Strafverfahren", JZ 1966, pp. 500 e ss..
- GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro, "Investigação Criminal como Motor de Arranque do Processo Penal", in Revista Portuguesa, Ano LXIII, II Série, nº 122, Março/Abril, 2000, pp. 2 e ss.
- GUILHERME SILVA, in *DAR*, I Série, nº 99, de 22 de junho de 2001.
- H. J. HIRSCH, em "Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs", *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, 1977, p. 211.
- H. J. RUDOLPHI / E. HORN/ F. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Frankfurt, 1981, p. 215.
- H. J. RUDOLPHI / MAURACH, *Systematischer Kommentar*. No mesmo sentido MAURACH/SCHRÖDER, citados por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, in: "Associações Criminosas". *Coletânea de Jurisprudências*. Ano X, Tomo IV, 1985, p. 19.
- H. J. RUDOLPHI, "Die Verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriff", in *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen: Otto Schwartz, 1970, p. 158.
- H. J. RUDOLPHI, "Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsserutzes im Kampf gegen den Terrorismus", in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1979, p. 214.
- HÄBERLE, P., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1978.
- HART, Herbert L. A., *O conceito de direito*, 2ª ed., tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- HASSEMER, R, *Schtzbedürftigkeit, des Opfers und Strafrechtsdogmatik, Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB*, Berlin, 1980.
- HASSEMER, W., "Die <<Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege>> ein neuer Rechts begriff?", in Lüderssen V-Leute – Die Falle in Rechtsstaate, Frankfurt am main, 1985, pp. 71 e ss..
- HASSEMER, Winfried, "Segurança Pública no Estado de Direito", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, 1994, nº 5, pp. 55 e ss..
- HASSEMER, Winfried, *Direito Penal*, fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles... (et al). Porto, p. 36.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1984.

- HASSEMER, Winfried, *História das Ideias Penais na Alemanha do pós-Guerra. A Segurança Pública no Estado de Direito*, Lisboa, 1995.
- HEILBORN, Der Agent Provocateur, Berlin, 1901.
- HEINZ, Müller – Dietz, *Strafe und Staat*, Thomos Wurtenberger 65. Geburgstag, Frankfurt, 1973.
- HELMUT MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1977.
- HENKEL, H., *Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch* (2. Aufl.), Stuttgart, 1968.
- HERRMANN, “Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote, Rechtsvergleichende Überlegungen zum deutschen und amerikanischen Rcht”, *Fest. Jescheck*, pp. 1291 e ss..
- HERRMANN, *Die Reform der dentschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo – amerikanischen Strafverfahrens*, Bonn, 1971.
- HERZOG, Félix, “Limites del Derecho Penal de Polígno”, *in Poder Judicial*, nº 32, Madrid, 1993, pp. 80 e ss..
- HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, 1959.
- J. E. S. Fawcett, “The application of the European Convention on Human Rights”, *Clarendon Press*, Oxford, 1987, p. 159.
- J. M. Birnbaum, *Sobre a necessidade de uma lesão jurídica para o conceito de delito*, 1834.
- J. N. Cunha Rodrigues, “Ministério Público”, *in Dicionário Jurídico da Administração*, vol. V, 1993, pp. 502 e 599.
- JACQUES MARITAIN, *Los derechos del hombre*, México: FCE, 1949.
- JACQUES MARITAIN, *O homem e o Estado*, Rio de Janeiro: Agir, 1966.
- JEHRING, R., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867.
- JELLINCK, George. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- JELLINCK, George. *System der subjektiven offentlichen Rechte*, 2. Aufl., Tübingen, 1905, nota 1.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, “Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat”, *Festschrift für Welzel*, Berlin: de Gruyter, 1974, pp. 683 e ss..

- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Allgemeiner Teil*, p. 303 e Suppert, *Studien zur Notwehr und notwehrähnlichen Lagen*, 1973.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1988.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, 4ª ed., Granada, Comares, 1993.
- JESUS, Maria Silva Sánchez, *Garantias y eficiência en la prueba penal*. Buenos Aires: Platensa, 2000.
- JESUS, Maria Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal in las sociedades pos industriales*. Madri: Civitas 1999.
- JOÃO LOUREIRO, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e Garantia dos Particulares*, Coimbra, 1995.
- JÖRN IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980.
- JULLIOT de la MORANDIÈRE. *Dalloz Répertoire de Droit Criminel ET de Procédure Penale*, Paris, 1953.
- KALB, Luigi, La partecipazione a distanza al dibattimento. In: *DALIA*, Andrea Antonio, p. 76-77; FERRAIOLI, Marzia (Org.). *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti: commento Allá legge 7 gennaio de 1998, nº 11 (c.d. lege sulla videoconferenza)*. Milão: Giuffrè, 1998.
- KELSEN, Hans, *Hauptprobleme de Staatsrechtslehre*, Tübingen: Jcb Mohr, 1911.
- KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, Coimbra: Arménio Amado Ed., v. II, 1962.
- KINZIG, Geörg, *Die Rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, Berlin: Duncker & Humblot. 2004.
- KLEIN, Friedrich, In: MANGOLDT / KLEIN. *Das Bonner Grundgesetz*, v. I, Vorbemerkung B, XV 1 b, p. 122; ver também, ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, cit. , pp. 249 – 250.
- KLEINKNECHT/MEYER, *Strafprozeßordnung*, 38ª Aufl., München, 1987, p. 1862.
- KÖHLER, “Prozessrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe”, *ZStW*, 1995, p. 25.
- KÜNIG, *Rechtsstaatsprinzip*, 1986.
- L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Gottingen, 1981.
- LACERDA, Dimas de, *O Estatuto do Magistrado e as perspectivas do futuro*, 1978.

- LARGUIER, Jean, *La Procédure Pénale*, Press Universitaires de France, 1976.
- LAVORENTI, Wilson, *Crime organizado – Lei nº 9.034/95*. In GENOFRE, Fabiano; LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. *Leis penais especiais anotadas*. 8. Ed. Campinas: Millennium, 2006, p. 210.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *El Estado de Derecho en la actualidad*, Madrid: Reus, 1934.
- LIMA, Renato Brasileiro de, *Manual de Processo Penal*, atualizado de acordo com a Lei 12.403/11, vol. I, 2011.
- LIMA, Renato Brasileiro, *Manual de Processo Penal*, Título 6, 1º v. – Das Medidas Cautelares de Natureza Pessoal, 2011.
- LISZT, Franz Von, *Tratado de Derecho Penal*, 20ª ed., trad. por Luís Jimenez de Asúa, Madrid, Reus, 1927.
- LÖFFELMANN, “Die Übertragbarkeit der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu akustischen Wohnraumüberwachung auf die Telekommunikationsüberwachung und andere Verdeckte Ermittlungsmassnahmen”, *ZStW*, 2006, pp. 31 e ss..
- LONGO, F., *A União Européia e o Desafio do Crime Organizado Transnacional*, Milão, 2002.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José, Infiltración policial y provocación del delito. *Revista Española de Derecho Militar*, v. 70, Jul/dez. 1997.
- LÜDERSEN, “Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovoktion”, *en Festschrift für Karl Peters*, Tübingen, 1974, pp. 349 e ss.
- LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, Berlin, 1969.
- LUHMANN, N., *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischer Soziologie*, Berlin, 1965.
- LUHMANN, *Soziologische Auflärung, 4. Beiträge zur funktionalen Differenzierung der gesellschaft*, 1987.
- LYON-CAEN, “Le droit à l’intimité ou nouvelles scènes de la vie privée”, *Ver. Droit. Contemp.*, 1967.
- LYRA FILHO, Roberto, *O que é direito*, 2ª ed., São Paulo: Brasiliense, p. 98, 1982.
- M. ESTEVES DE OLIVEIRA / P. COSTA GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIN, *Código de Procedimento Administrativo*, 2ª ed., Coimbra, 1997.

- M. REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do acto inconstitucional*.
- MACHADO, J. Baptista, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1996.
- MALAN, Diogo Rudge, *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, nova edição revista com a colaboração de Antunes Varela, I, Coimbra, 1963.
- MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 353 e ss., indicando algumas providências tendentes a realizar a igualdade prática. O princípio da igualdade de armas implica, designadamente, que nenhum elemento para o exame do caso seja adquirido quando uma das partes está presente e a outra não.
- MANZINI, Vincenzo, "Contumácia (Diritto Processuale Penale)", in *Novíssimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, v. VIII, 1968.
- MANZINI, Vincenzo, *Trattato de Diritto Penale Italiano*, Torino, UTET, 1941.
- MARQUES, Silvio Antonio et al., *Noções sobre cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Edições APMP. 2009.
- MARTIN, Ricardo M. Mata, in *Bienes Jurídicos Intermedios y Delitos de Peligro*, Granada, 1997.
- MARTINS, A. de Oliveira, "Legalidade Democrática e Legitimidade do Poder Político na Constituição", in Jorge Miranda, *Perspectivas Constitucionais*, II.
- MARX, Gary T., *Recent Developments in Undercover Policing*, no endereço eletrónico <http://web.mit.edu/gtmarx/www.recent.html>. p. 226.
- MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, R., *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1983.
- MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra, 1999.
- MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra, 1999.
- MELLO, Celso de, Pronunciamento no julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão) pelo Supremo Tribunal Federal, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo.



- MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, I, Lisboa, 1986.
- MENDRONI, Marcelo, *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- MERLE, Roger / VITU, André, *Traité de Droit Criminel*, Paris, Éditions Cujas, 1967, p. 312.
- MEYER, J., "Zur prozebrechtlichen Problematik des V-Mannes", ZStW 1983, p. 834.
- MEYER, Jescheck, "Zur V-Mann-Problematik aus rechtsvergleichender Sicht", *Fest. Jescheck*.
- MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949.
- MILL STUART, "On Liberty", (1859), citado por ANDREW VON HIRSCH, "El concepto de bien jurídico e el principio del dano", *La Teoría del Bien Jurídico*, org. por Roland Hefendehl, Madrid, 2007.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal – Parte General*, 3ª ed., Barcelona, PPU, 1990.
- MIR PUIG, Santiago, *Fundamento Constitucional da Pena y Teoría del Delito*, in *La Reforma del Derecho Penal*, I.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, "O inquérito no Novo Código de Processo Penal", in *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, CEJ, Livraria Almedina, 1995, Coimbra.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, Prefácio de *Lei e Crime – O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador – Os Princípios do Processo Penal* de FERNANDO GONÇALVES et al, Livraria Almedina, 2001.
- MIRANDA, Jorge, *A Constituição de 1976*, pp. 496 e ss., Castanheira NEVES, *A Revolução e o Direito*, pp. 203 e ss., Reis NOVAIS, *O Estado de Direito*, Coimbra, 1987; Vitalino CANAS, "Princípio da Proporcionalidade", in *DJAP*, vol. VII; A. de Oliveira MARTINS, "Legalidade Democrática e Legitimidade do Poder Político na Constituição", in Jorge MIRANDA, *Perspectivas Constitucionais*, II, pp. 577 e ss..
- MIRANDA, Jorge, *A Constituição de 1976*.
- MIRANDA, Jorge, *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, 1990.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, 1988.

- MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil Interpretada – Legislação Constitucional*, 6ª Edição. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2006.
- MUELER, G, “Beweisverbote im amerikanischeng Strafprozess”, *Verhandlungen*, Bd. I, 3A.
- MÜLLER-DIETZ, Zur problematik Verfassungsrechtlicher Pönlisierungsgebote, *in Festschrift fur E. Dreher*.
- MUÑOZ SANCHES, Juan, *El agente provocador*, Valência. Tirant lo Blanch, 1995.
- MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966.
- MÜSSIG, “Grenzen der Beweisverwertung beim Einsatz Verdeckter Ermittler”, *GA*, 2004, pp. 87 ss..
- NAVARRO DE PAIVA, Manuel Cavaleiro, *Tratado Theorico e Prático das Provas do Processo Penal*.
- NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho, “A Lei da ‘caixa preta’”. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). *Justiça penal 3: criticas e sugestões*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- NORONHA, Magalhães, *Direito Penal*, 1995, v. IV.
- NOVAIS, Reis, *O Estado de Direito*, Coimbra, 1987.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de processo penal comentado*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Tribunal do Júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- NUVOLONE, Nota sobre o III Simpósio de Varenna, in *L’indice penale*, 1967.
- ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado – Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas*, Coimbra Editora, 2005.
- OTERO, Paulo, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, I, pp. 256 e ss..
- OTTO BACHOF. *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr, 1968.
- P. COMANDUCC, “Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel settecento”, in *Saggi Storici. Studi in memória di Giovanni Tarello*, Milano, 1990.

- PACHECO, *El Código Penal Concordado y Comentado*, I, 1848.
- PALADIM, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, 1965.
- PALAZZO, C. Francesco, *Valores Constitucionais de Direito Penal*; NUVOLONE, Codice Penale e Costituzione, in *Il Diritto Penale degli anni Settanta*, Padova, Casa editrice Dott. Antonio Milani, 1982.
- PALAZZO, C. Francesco, *Valores Constitucionais e Direito Penal*, Universidade de Florença, Editor Sergio Antonio Fabris, 1989.
- PANIKKAR, Raimundo, “É a noção dos direitos humanos um conceito ocidental?” *Revista Diógenes*, Brasília: Ed. da UnB, nº 5, de 1983, p. 28.
- PAOLO TONINI, Brevi note sull'atenuante della collaborazione con la giustizia penale. Milão: Giuffrè, (s. d.), p. 265.
- PAZ RÚBIO, José Maria et al, La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los tribunales. Madrid: Colex, 1999, p. 120.
- PELAYO, Manuel García / QUEIROZ, Cristina, “Taurus” (Cuadernos para el Diálogo), 1976, p. 13..
- PELUSO, Antônio Cezar, *Uma palavra aos novos Juízes*. Ribeirão Preto: Apamagis, 1994.
- PEREIRA, Rui, “O Consumo e o Tráfico de Droga na Lei Penal Portuguesa”, in *Revista do Ministério Público*, nº 65 e disponível em [www.snmp.pt/rmp.htm](http://www.snmp.pt/rmp.htm), ao qual se acedeu em 23-08-99.
- PEREIRA, Rui, *O Dolo de Perigo*, Lisboa, 1995.
- PETERS, K., *Strafprozess. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., Heidelberg, 1981.
- PIMENTEL, Manoel Pedro, *Direito Penal Econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.
- PIRANI, “La tutela penale della riservatezza: aspetti processuali”, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1967, p. 786.
- PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, vol. III, 1975.
- POIARES, Carlos Alberto, “A Nova Lei da Droga: Em busca de uma postura Jurídico-Psicossociológica da Toxicodependência”, in *Droga e Sociedade*, Ministério da Justiça, 1994, p. 186.

- PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 1/1969*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, 3ª ed.*, Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PRADEL, Jean, Les systèmes pénaux à l' épreuve du crime organisé. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 67º ano, 3º e 4º trimestres, 1996.
- PRADEL, Jean, Les systèmes pénaux à l' épreuve du crime organisé. *Revista de Processo*. V. 94, pp. 155-175, abr./jun. 1999.
- PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas et al., *Comentários à lei contra o crime organizado: Lei nº 9.034/95*. Belo Horizonte: Dell Rey, 1995, p. 42.
- PRITTWITZ, Cornelius, *Direito Penal e Risco*, 1993.
- PULITANO, Domenico, "Obblighi Costituzionali di Tutela Penali", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penali*, Ano XXVI, Univ. de Macerata, 1983.
- R. MAURACH/ F. C. SCHRÖDER, *Strafrecht. Besonderer Teil, Tsilband I*, Karlsruhe, 1981.
- RAUMOND, Jean, "Les droits judiciaires em matière non repressioe", in *Annales de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse*, tomo XXIX, 1981, pp. 96 e ss..
- RIVERO, Jean, *Les libertés publiques I*, 1973.
- ROCHA, Moraes, *Droga-Regime Jurídico – Legislação Nacional anotada – Diplomas Internacionais*, Lisboa, 1994.
- ROMAGNOSI, *Genesi del Diritto Penale*, 1791.
- ROXIN, Claus / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlo / ANARTE BORRALLO, Problema de autoria y participación en la criminalidad organizada. *Delincuencia Organizada: aspectos penales, processales y criminológicos (Org.)*. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.
- ROXIN, Claus, "Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand", *Festschrift für Hans – Heinrich Jescheck*, I, 1985, pp. 458-459.
- ROXIN, Claus, "Die soziaethischen Einschränkungen des Notwehrrechts", *ZStW* 93 (1981), pp. 68 e ss..
- ROXIN, Claus, "Sentido y Límites de la Pena Estadual", in *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Madrid, 1961.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte Geral*, Madrid, 2ª ed., 2006.

ROXIN, Claus, *Sobre a Evolução da Política Criminal na Alemanha após a II Guerra Mundial, Seminário Internacional de Direito Penal, Universidade Lusíada, Lisboa, 2000.*

ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, C. H. Beck'sche, 1982.

RUIZ ANTON, *El agente provocador en el Derecho penal*. Edersa. Madrid, 1982.

SAGARIN/Mac NAMARA, *CrimD* 1970.

SANT'ANA LANFREDI, Luís Geraldo, *Prisão temporária: análise e perspectiva de uma releitura garantista da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTOS, William Douglas Rosinete dos.; GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo Luiz; *Crime organizado e suas conexões com o poder público*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 49.

SARDINHA, José Miguel, *O terrorismo e as restrições dos direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editores, 1989.

SCARANCE, Antônio Fernandes, "Crime organizado e a legislação brasileira". In: PENTEADO, Jaques de Camargo, (Coord.). *O Crime Organizado Itália e Brasil. A modernização da lei penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 31-35.

SCARANCE, Antônio Fernandes, "O conceito de crime organizado na Lei 9.034/95". *Boletim IBECCRIM*, ano 3, nº 31, jul., São Paulo, 1995, pp.1-8.

SCHÄFER, K., "Einige Bemerkungen zu dem Satz *nemo tenetur se ipsum accusare*", *Fest. Dünnebier*, pp. 11 e ss..

SCHIMIDHÄUSER, "Über die Wertstruktur der Notwehr", *Festschrift für Richard Honig zum 80. Geburtstag*, 1970, pp. 185 e ss..

SCHIMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975.

SCHLINK, Bernhard, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, cit., pp. 447-448.

SCHMIT, Carl, *Teoría de la Constitución*, México: Ed. Nacional, 1966, pp. 143-144.

SCHNEIDER, Hans Joachim, "Neure Kriminologische Forschungen zum organisiertn Verbrechen" in: *Festschrift für Stree und Wessels*, pp. 813 ss..

- SCHNEIDER, Hans Joachim, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit., v. 2, pp. 390 e ss..
- SCHNEIDER, Hans Joachim, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 391; HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrecht*, cit., pp. 28, 142 e ss.
- SCHUMANN, H., “Verfahrenshindernis bei Einsatz Von V-Leuten als agents provocateurs?”, *JZ* 1986, pp. 66 e ss..
- SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Código Penal português*, I, 1856.
- SILVA, Eduardo Araújo da, *Crime Organizado. Procedimento Probatório*, 2ª Edição, Editora Atlas S.A – 2009.
- SILVA, Germano Marques da, “Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos”, in: *Direito de Justiça*, vol. VIII, Tomo 2, 1994.
- SILVA, Germano Marques da, “Os Princípios Gerais do Processo Penal e CRP”, in *Direito de Justiça*, vol. III, p. 175.
- SILVA, Germano Marques da, *A Ética Policial e a Sociedade Democrática*, ISCPSI, 2001.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I*, 3ª edição. Revista e atualizada. Editorial VERBO, 1996.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, 3ª ed., 1995.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, 3ª Edição, Lisboa / São Paulo, 1996.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, I, 1995.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa, 1993.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Lisboa/São Paulo, Editorial VERBO, 3ª Edição, 1996.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol. I, 1993.
- SILVA, Germano Marques da, sobre as *Proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992.

- SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de, *Repressão ao crime organizado: inovações da Lei 9.034/95* (com as alterações promovidas pelas Leis 9.034/95 e 10.217/2001. Curitiba. Juruá, 2003.
- SIRACUSANO, Fabrizio, Videoconferenza e telesame nella giurisprudenza della Corte europea dei diritto dell'uomo. In: ZAPPALLÀ, Enzo (Org.). *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi de criminalità organizzata*. Milão: Giuffrè, 1999.
- SOARES, Rogério, *Direito Público e Sociedade Técnica*, (s. d.), pp. 145 e ss..
- SOUSA e BRITO, *A Lei Penal na Constituição, in Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Lisboa, Petrony, 1978.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais", in *ROA*, ano 49, 1989.
- SPENDEL, G., "Die Kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform", *NJW* 1960, p. 1580.
- STERN – Staats Rechts – *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Band III / 1, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988.
- STRATENWERTH, "Prinzipien der Rechtfertigung", *ZStW*, 1956, pp. 63-64.
- STUMPER, "Organisierte Kriminalität-ein ernstzunehmendes Problem" LÜDERSEN, V-Leute – die Falle im Rechtsstaat – Frankfurt am Main, 1985, pp. 65 e ss..
- TIEDMANN/SIEBER, "Die Verwertung des Wissens von V-Leuten in Strafverfahreu", *NJW* 1984, p. 753.
- TOURINHO FILHO, *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TUCCI, Rogério Lauria, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TUCCI, Rogério Lauria, *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- V. PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, pp. 301 e ss., M. ESTEVES DE OLIVEIRA / P. COSTA GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIN, *Código de Procedimento Administrativo*, 2ª ed., Coimbra, 1997.
- VANNINI, "In tema di tentativo e di agente provocatore", *Arch. Pen.*, 1947, p. 65.

- VERDÚ, Pablo Lucas, *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonha: Real Colegio de Espanã, 1975.
- VECOSI, "Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita", in *Rev. Ib. Am. der. Proc.*; 1960, p. 380.
- VIDAURRI, Alicia Gonzalez, Globalización, post – modernidad y política criminal. *Revista de Ciências Criminais*, nº 37, jan./mar. 2002.
- VIEIRA ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra.
- VILA, Marco Antônio, *Mensalão – o julgamento do maior caso de corrupção da história política brasileira*, LeYa, 2013.
- VIVES, Antón, "Introducción: Estado de Derecho y Derecho Penal, in Derecho Penal y Constitución, Comentarios a la Legislacion Penal", Tomo I, *Revista de Derecho Publico*, Madrid, Edersa, 1982.
- WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969.
- WIEDERIN, "Regel-Prinzip-Norm", in PAULSON/WALTER (org.), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, 1986.
- WILLIAMS – D. Vlassis, *ISPAC*, Frank Cass, Londres, 2001.
- WOLTER, J., "Anmerkung" *NStZ* 1984, pp. 276 e ss..
- ZACHERT, Hans – Ludwing. Organisierten Kriminalität in: *Festschrift für Miyazawa – FS*, p. 285.
- ZANELLA, Maria Sylvia Di Pietro, *Direito Administrativo*, 12º ed., São Paulo, Atlas.
- ZAPPALÀ, Enzo, Introduzione all'udienza telematica nei processi di criminalità organizzata. *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*. Milão: Giuffrè, 1999.
- ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime: novas máfias contra a democracia*. Tradução de Manuela Torres. Lisboa: Terra Mar, 1999.
- ZWEHL, Der Einsatz von Z-Leuten und die Einführung des Wissens von V-Leuten in das Stafverfahren, Pfaffenweiler, 1987, p. 200.
- ZYNISMUS, *Boniertheit oder Sachzwaag?* en V-Leute. Die Falle Rechtsstaat. Herausgeber von Klans Lüderssen. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985.



## ACÓRDÃOS

- AC. do Reichsgericht in *RGZ*, 125, 282.
- AC. do TC de 14 de outubro de 1998, proc. nº 835/98.
- AC. do Tribunal Constitucional Português de 14 de outubro de 1998, proc. Nº 835/98.
- AC. Feldbrugge, A 99, p. 17, § 44, *Unterpertinrer*, de 24 de novembro de 1986, A 110, pp. 14-15, § 31, Barberà, Messegué e Jabardo, A 146, pp. 33-34, § 78, Kostovski, A 166, p. 19, § 39, e Bendenoun, A 284, pp. 21-22, § 52.
- AC. HC 45. 232, Rel. Themístocles Cavalcanti, RTJ, 44/322 (327-328).
- AC. Jurisprudência do STJ de 17-04-2008. Associação Criminosa. Lisboa.
- AC. Ludi, de 16 de junho de 1992, A 238, p. 20, § 43, Schuler-Zraggen, A 263, p. 21, § 66, e Dombo Behr B. V., A 274, p. 18, § 31.
- AC. Rel. Melo Freire – RT 482/384. No mesmo sentido, RP 434/322 e 513/479.
- AC. Rel. Melo Freire – RT 482/384. No mesmo sentido, RP 434/322 e 513/479).
- AC. RP de 1º de fevereiro de 1984, processo – 2804, 2ª e *Código Penal* de Leal Henriques – Simas Santos, I vol., 235)
- AC. RP de 91DEZ04, *CJ XVI* – 5 1991 223.
- AC. STF, 1ª Turma, AI – AgR nº 604.041/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 092 – 31/08/2007.
- AC. STF, 1ª Turma, HC – ED nº 91.150/SP, Rel. Min. Menezes Direito, *DJe* 018 – 1º /02/2008.
- AC. STF, 2ª Turma, HC nº 71.361/RS – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 de setembro de 1994.
- AC. STF, 2ª Turma, HC nº 84.029/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 06/09/2007.
- AC. STF, 2ª Turma, HC nº 90.321/SP, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Ellen Gracie, *DJe* 182 25/09/2008.
- AC. STF, 2ª Turma, RHC nº 90.373 / RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, *Dje* – 018 – 17/05/2007.
- AC. STF, Ação Penal 307-3-DF - Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU*, 13 de outubro de 1995.
- AC. STF, como direito fundamental de terceira geração (RE 134.297-8/SP, *DJ* de 22-9-1995).
- AC. STF, HC 67.707, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 14/08/1992.
- AC. STF, HC 69.601, Rel. Min. Celso de Mello – 1ª T. - *DJ*, Seção I, 18/12/1992.
- AC. STF, HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 24/06/94.
- AC. STF, HC 73.489, Rel. Sydney Sanches, *DJ* de 13/09/1996.
- AC. STF, HC 75.07, Rel. Maurício Correia, *DJ* de 15/05/1998.
- AC. STF, HC 76.060, Rel. Sepúlveda Pertence, *Lex-STF*, 237/304 (309).
- AC. STF, HC 79.512 / RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, p. 92, 16/05/2003.
- AC. STF, HC 80.174, Rel. Maurício Correia, *DJ* de 12/04/2002.
- AC. STF, HC 80.379, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 25/05/2001.
- AC. STF, HC 80.949 / RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 14/12/2001, p. 26.
- AC. STF, HC 81.468, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 1º/08/2003.
- AC. STF, HC 82.490, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 29/11/2002.

AC. STF, HC 82.797, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 02/05/2003.  
 AC. STF, HC 82.903, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 1º/08/2003.  
 AC. STF, HC 85.237, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 29/04/2005.  
 AC. STF, informativo nº 197, RE nº 251.445/GO, Rel. Ministro Celso de Mello, *DJ* 03/08/2000.  
 AC. STF, Pleno, HC 92566 / SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 104-04/06/2009.  
 AC. STJ de 13 de Maio de 1992; *CJ*, XVII, Tomo 3, 15.  
 AC. STJ de 16 de abril de 1986, *Boletim*, 132.  
 AC. STJ de 23 de abril de 1986; *BMJ*.  
 AC. STJ de 28 de abril de 1993, processo – 43245, 3ª.  
 AC. STJ de 28 de abril de 1993; *BMJ*, 426, 257.  
 AC. STJ de nº 30 de junho de 1994, proc. 45.271/3ª.  
 AC. STJ, HC nº 77.771 / São Paulo, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 22.9.2008; TRF da 4ª R., ACr 2000671000326842, j. 15.7.2009, *DJU* 22.7.2009.  
 AC. STJ, HC, 77.771/SP, Rel. Min. Laurita Vaz. *DJe*, Habeas 22.9.2008, TRF.  
 AC. STJ, REsp nº 914.253/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02/12/2009.  
 AC. *TACRIM/SP* – Rel. Edmen Carmesini – *JUTACR* / SP 48/310.  
 AC. *TACRIM/SP* – RJTJRS 130/192.  
 AC. TRF 3, HC 20020300026318-2/SP, Souza Ribeiro, 2º T, u., 9.10.02.

BRASIL. Lei de Tóxico – Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.  
 BRASIL. Lei nº 2.889/56.

*BVerfGE*, 30: 250 (230-1); Schneider. Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in Starck, *Bundesverfassungsgericht*.  
*BVerfGE*, 30: 292 (316), 39: 210 (230-1).

*Declaração Universal dos Direitos Humanos, Le Principe de la Légalité dans une Société Libre*, 1959.

Decreto – Lei nº 2.848, de 7 de dezembro 1940 (Código Penal) De acordo com a reforma da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 de dez. 1940. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/decreto-Lei/Del2848htm>>

*Diário da Assembléia da República*, I Série, nº 99, de 22 de junho de 2001, Col. 2.  
*Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, em 4 de maio de 1995.

Drogas. Poder e Ilusão, in *Revista Sub Judice*, nº 3, Lisboa, 1992.

Jornal *PÚBLICO*, de 12 de setembro de 2001.

## ÍNDICE

AGRADECIMENTOS .....	5
ABREVIATURAS .....	7
RESUMO .....	8
INTRODUÇÃO .....	12

## PARTE I

### O Crime organizado no contexto das *liberdades públicas*

#### CAPÍTULO 1

##### Referências teórico-doutrinaiis às organizações criminosas

1.1 - Descompasso e insegurança .....	23
1.2 - A sociedade brasileira no contexto do “crime organizado” .....	33
1.3 - Perspectiva conceitual jurídico – penal .....	42

#### CAPÍTULO 2

##### A criminalidade e a moderna dogmática penal

2.1 - Fundamentos político-criminais e axiológico – teleológicos .....	50
2.2 - Propensão jurídico-criminal .....	67
2.3 - Ação Controlada (art. 2º, inciso II) .....	70
2.4 - Do acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais .....	73
2.5 - Interceptação ambiental (art. 2º, IV) .....	76
2.6 - Prescindibilidade de autorização judicial .....	81
2.7 - Infiltração Policial – Noções .....	84

## CAPÍTULO 3

### Estado de Direito

#### Princípios fundamentais históricos do Processo Penal

3.1 - Noções preliminares .....	86
3.1.1 - Estado de Direito – origem e desenvolvimento histórico .....	87
3.1.2 - Aproximação à problemática do Estado de Direito – “terceira via” (?). .....	94
3.2 - Demais princípios fundamentais do Processo Penal .....	99
3.3 - Princípio de harmonia e coerência .....	101
3.4 - Princípios Processuais Penais elencados pela Constituição de 1988 .....	104
3.5 - Breves referências ao Mensalão – Crime Organizado – estratégias nos campos processual penal – constitucional e penal .....	118
3.5.1 - O Ministério Público no contexto da “ordem processual penal – constitucional justa”. Justificativa da rejeição à “extirpação” de suas prerrogativas investigantes .....	126
3.5.2 - Tentativa de violação do parâmetro normativo – Retrocesso no combate ao crime organizado – Ineficiência e descrédito na Democracia .....	129
3.5.3 - Legitimidade do Ministério Público Português para a promoção do processo penal .....	133

## CAPÍTULO 4

### Princípios fundamentais do Processo Penal (continuação).

#### Superação normativa das antinomias entre a ordem e a liberdade

4.1 - Premissas fundamentais .....	139
4.2 - Jurisdição e competência .....	140
4.3 - Princípio do juiz natural .....	143
4.4 - O direito de acesso aos tribunais como garantia institucional .....	145
4.5 - Princípios garantidores do procedimento administrativo .....	146
4.6 - Lei processual modificadora de regras de competência .....	148
4.7 - O juiz natural ou legal em Portugal .....	150
4.8 - Princípio acusatório .....	152
4.8.1 - Princípio inquisitório .....	155

4.8.2 - Sistema misto ou francês .....	158
4.8.3 - Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade .....	160
4.8.4 - Princípio da investigação .....	165

## PARTE II

### O Agente Infiltrado no contexto do crime organizado

#### CAPÍTULO 1

##### Modificações à Lei nº 9.034/95 pela edição do diploma legal de nº 10.217/2001 e Substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.578, de 2009

1.1 - Fecundida hermenêutica no problema jurídico conceitual .....	168
1.2 - Incide a Lei nº 9.034/95 sobre as contravenções penais (?) .....	169
1.3 - Controvérsias de índole doutrinal .....	172
1.4 - Projeto de Lei nº 6.578, de 2009 (PLS nº 150/2006) .....	175
1.4.1 - Procedimento Criminal .....	190

#### CAPÍTULO 2

##### Da inconstitucionalidade (?) da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995

2.1 - Considerações preliminares .....	195
2.2 - Violação dos princípios da reserva legal, da anterioridade e da legalidade .....	197
2.3 - Insegurança e perplexidade suscitadas pela inconstitucionalidade (?) .....	198
2.4 - Irrestrita liberdade legislativa .....	199
2.5 - Limites constitucionais na “luta” contra a criminalidade organizada .....	201
2.6 - Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, novo tipo penal .....	204
2.7 - Lei nº 9.034/95, no contexto das normas “formais” e “substanciais” do Estado Constitucional de Direito .....	206
2.8 - Lei nº 9,034/95, no contexto do princípio da precisão ou determinabilidade das normas jurídicas .....	209
2.9 - Crime Organizado: Proliferação na Comunidade Européia .....	212

## CAPÍTULO 3

### A Justificação por restrições legais a direitos fundamentais

3.1 - Considerações preliminares .....	214
3.2 - Princípio da proporcionalidade .....	219
3.2.1 - Princípio da proporcionalidade no contexto dos seus elementos .....	228
3.2.2 - Princípio da adequação no Direito Processual Penal Português .....	235
3.2.3 - Princípio da proporcionalidade no Direito Processual Penal Português .....	237
3.2.4 - Quando da prisão preventiva adequada e proporcionada .....	238
3.2.5 - Quando da prisão preventiva – Detração .....	241
3.2.6 - Princípio da proporcionalidade e prova ilícita <i>pro societate</i> .....	244
3.2.7 - Da proporcionalidade no contexto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal .....	250
3.2.8 - Princípio da proporcionalidade e prova ilícita <i>pro reo</i> . Identidade da legítima defesa a partir do seu pressuposto .....	253
3.2.9 - Agressão – Conceito mínimo como pressuposto da legítima defesa .....	258

## CAPÍTULO 4

### Exórdio sobre a importância das *liberdades públicas* na persecução penal, numa perspectiva do Agente Infiltrado

4.1 - Proposição temática na óptica das liberdades públicas .....	265
4.2 - (In) Admissibilidade do Agente Infiltrado (?) .....	267
4.3 - Agente Infiltrado – “Um Mal Necessário (?)” .....	274
4.3.1 - Das Mutações da Racionalidade no Contexto Jurídico .....	285
4.3.2 - Exigibilidade da comparência em juízo do agente infiltrado .....	288
4.3.3 - Prova testemunhal incriminadora. Direito ao confronto .....	305
4.3.3.1 - Testemunhas anónimas e direito ao confronto .....	310
4.3.4 - Tentativa de videoconferência no Brasil .....	316
4.3.5 - Depoimento do agente policial infiltrado .....	318
4.3.6 - O agente infiltrado viola o princípio da lealdade (?) .....	322
4.3.7 - O agente infiltrado no contexto do direito comparado .....	324

## CAPÍTULO 5

### O Agente Infiltrado no Âmbito Processual Penal

5.1 - Definições, e conflitualidades – Implicações prático-jurídicas .....	329
5.2 - O agente informador .....	341
5.3 - Da perspectiva do comportamento desviante do agente infiltrado .....	344
5.4 - Evolução legislativa em Portugal .....	347
5.4.1 - Regulamentos disciplinares ( <i>Disziplinarbestimmungen</i> ) do Novo Regime Jurídico .....	350
5.4.2 - Da Perspectiva da exclusão da ilicitude alicerçada no cumprimento de um dever.	352
5.4.3 - Da Perspectiva da admissibilidade do agente infiltrado com fundamento nas finalidades preventivas da ação encoberta .....	353

## CAPÍTULO 6

### A Agente Provocador no Âmbito do Estado de Direito

6.1 - Objetivos do Agente Provocador .....	357
6.2 - A complexidade dolosa do agente provocador.....	360
6.3 - Da legitimidade da prova .....	362
CONCLUSÃO .....	365
BIBLIOGRAFIA .....	367