

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

**AGENTE INFILTRADO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA,
PROVA ILÍCITA E PROPORCIONALIDADE.**

DANIEL GRANZOTTO NUNES

Itajaí-SC, dezembro de 2019

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

**AGENTE INFILTRADO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA,
PROVA ILÍCITA E PROPORCIONALIDADE.**

DANIEL GRANZOTTO NUNES

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador(a): Professor(a) Doutor(a) Orlando Luiz Zanon Júnior

Co-orientador(a): Professor(a) Doutor(a) Brett Benedistis

Itajaí-SC, dezembro de 2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que fizeram parte dessa caminhada, com especial apreço ao professor doutor Orlando Luiz Zanon Júnior, aos professores e demais funcionários da pós-graduação em ciências jurídicas da UNIVALI e ao Ministério Público do estado de Santa Catarina pela oportunidade de aperfeiçoamento funcional e pessoal. Dirijo especial agradecimento ao corpo docente da Delaware Law School, na pessoa do Dean Rodney A. Smolla, que me acolheu de forma tão fraternal. Ao meu primo Eduardo Granzotto Mello pela ajuda na delimitação inicial do tema. Por fim, mas não menos importante, destacado agradecimento ao professor doutor Marcelo Buzaglo Dantas pelo incentivo e apoio nessa caminhada.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho à minha esposa, Luíse Valerim de Freitas, pelo incansável apoio, incentivo e suporte, e à minha filha, Helena Valerim Granzotto, por iluminar a minha vida e fomentar o meu desejo de sempre querer aprender mais.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

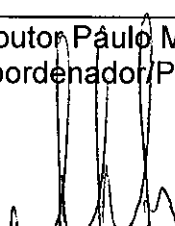
Itajaí-SC, dezembro de 2019.



Daniel Granzotto Nunes
Mestrando

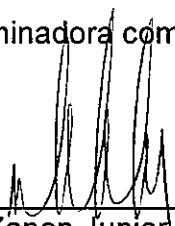
Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

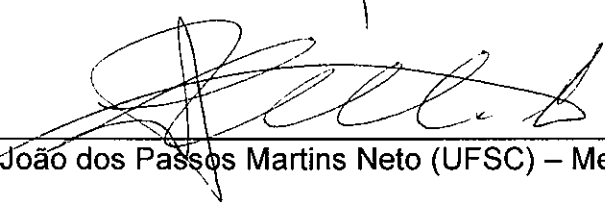


Doutor Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI) – Orientador

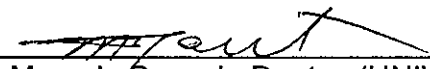
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI) – Presidente



Doutor João dos Passos Martins Neto (UFSC) – Membro



Doutor Marcelo Buzaglo Dantas (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 27 de janeiro de 2020

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ONU	Organização das Nações Unidas
CPP	Código de Processo Penal – Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941
CP	Código Penal - Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940.
EUA	Estados Unidos da América
STF	Supremo Tribunal Federal
ABIN	Agência Brasileira de Inteligência
UIF	Unidade de Inteligência Financeira
MPE	Ministério Público estadual
MPF	Ministério Público federal
FBI	Federal Bureau of Investigation

ROL DE CATEGORIAS

Direitos fundamentais: são aqueles reconhecidos de forma explícita como tanto pela Constituição Federal, mas também os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.¹

Metarregra da proporcionalidade: é a regra através da qual se resolvem conflitos envolvendo normas de direitos fundamentais de caráter principiológico.²

Dignidade da pessoa humana: é a qualidade intrínseca reconhecida em cada ser humano que determina o respeito e consideração por parte da comunidade e Estado, fazendo-o titular direitos e deveres fundamentais.³

Direito à proteção: por “direitos a proteção” devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros.⁴

Organização criminosa: é a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.⁵

Prova: é o instituto, à disposição das partes, através do qual se pretende demonstrar como os fatos ocorreram, através da reconstrução da verdade histórica (fática) mediante a utilização de fatos “probatórios” atuais, num processo de inferência indutiva de probabilidade.⁶

¹ ALEX, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 32.

² Ibid. pp. 66 e seguintes.

³ BARAK, Aharon. **Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 27.

⁴ ALEX, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, pp. 302-303.

⁵ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Artigo 3º**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 8.6.2019.

⁶ BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prova e Verdade no Direito**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 74; e, FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 44.

Prova ilícita: provas ilícitas são as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.⁷

Agente infiltrado: agente infiltrado como sendo agente integrante de órgão de polícia investigativa (civil ou federal), sob o comando de autoridade competente, que, mediante autorização judicial e utilização de identidade falsa, adentra organização criminosa com a finalidade específica de obtenção de elementos de prova para a adequada identificação de seus membros, do *modus operandi* e/ou dos delitos perpetrados, objetivando a respectiva responsabilização penal.⁸

⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Artigo 157. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm, acesso em 19.9.2019.

⁸ BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Artigo 3º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 8.6.2019.

SUMÁRIO

RESUMO.....	13
ABSTRACT.....	14
INTRODUÇÃO.....	15
1.DIREITOS FUNDAMENTAIS e TEORIA DOS PRINCÍPIOS.....	18
1.1. ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	22
1.1.1. Modelo puro de princípios	22
1.1.2. Modelo puro de regras	22
1.1.3. Modelo híbrido de princípios e regras	24
1.2. COLISÃO DE PRINCÍPIOS E CONFLITO DE REGRAS	26
1.3. RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	27
1.3.1. Teoria externa x Teoria interna	27
1.3.2. Conceito de norma restritiva de direitos fundamentais.....	29
1.3.3. Tipos de restrições	30
1.3.3.1. Restrições diretamente constitucionais	31
1.3.3.2. Restrições indiretamente constitucionais	31
1.3.3.3. Restrições implícitas.....	32
1.3.4. Restrições às restrições de direitos fundamentais	34
1.3.4.1. Princípio da legalidade	34
1.3.4.2. Metarregra da Proporcionalidade	36
1.3.5. Tipo fundamental abstrato e suas restrições.....	39
1.4. SOPESAMENTO, DISCRICIONARIEDADE E PRINCÍPIOS FORMAIS	41
1.5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	47
1.5.1. Evolução histórica e conceitual	47
1.5.2. Dignidade humana como vetor hermenêutico	52
1.6. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	55
1.6.1. Deveres fundamentais.....	57
1.6.2. Permeabilidade dos direitos fundamentais.....	60
1.6.3. Dever de proteção.....	61
1.6.4. Mandamento de atualidade	64

2.ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E PROVA NO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	67
2.1. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....	67
2.1.1. Criminalização e direitos fundamentais.....	67
2.1.2. Política criminal.....	70
2.1.3. Evolução conceitual.....	76
2.1.4. Modalidades organizacionais.....	85
2.1.4.1. Modalidade tradicional ou mafiosa (<i>alien conspiracy model</i>).....	86
2.1.4.2. Modalidade de rede (network).....	88
2.1.4.3. Modalidade empresarial (illegal enterprise theory).....	89
2.1.4.4. Modalidade endógena.....	91
2.1.5. Legislação brasileira e definição conceitual.....	92
2.1.6. Infiltração de agentes na Lei n. 12.850/13.....	98
2.2. PROVA.....	101
2.2.1. Verdade e Prova.....	101
2.2.2. Conceito de prova.....	107
2.2.3. Natureza jurídica do direito à prova.....	110
2.2.4. Objeto da prova.....	112
2.2.5. Meios e fontes de prova.....	113
2.2.6. Limites à prova.....	114
2.2.7. Finalidade da prova.....	116
3.AGENTE INFILTRADO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, PROVA ILÍCITA E PROPORCIONALIDADE.....	118
3.1. PROVA ILÍCITA.....	118
3.1.1. Evolução conceitual.....	118
3.1.2. Prova ilícita por derivação.....	122
3.1.3. Sistemas de tratamento das provas ilícitas.....	123
3.1.4. Flexibilização no tratamento das provas ilícitas pela Suprema Corte norte-americana.....	130
3.1.5. Exceções a inadmissibilidade da prova ilícita no Brasil.....	141
3.2. AGENTE INFILTRADO NA LEI N. 12.850/2013, PROVA ILÍCITA E PROPORCIONALIDADE.....	144

3.2.1. Evolução conceitual e institutos assemelhados	144
3.2.2. Autorização e controle da infiltração policial na Lei n. 12.850/2013	149
3.2.3. Agente infiltrado como testemunha	159
3.2.4 Agente Infiltrado em organização criminosa e prova ilícita.....	161
CONSIDERAÇÕES FINAIS	175
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	179

RESUMO

A seguinte Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito. Com o presente relatório de pesquisa, desenvolvido através de metodologia lógico-indutiva, objetiva-se investigar sobre a possibilidade de aceitação judicial de prova ilícita produzida por agente infiltrado em organização criminosa, conforme previsto na Lei n. 12.850/13, através de ponderação de princípios mediante a aplicação da metarregra da proporcionalidade. Num primeiro momento, busca o presente trabalho adentrar na base teórica selecionada para a investigação sobre o tema, adotando-se a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, trazendo, de forma sucinta, os delineamentos e peculiaridades da referida teoria, contextualizando-a com o ordenamento jurídico brasileiro através da necessária observância do princípio da dignidade da pessoa humana. Ao final da primeira parte, será trazido ao trabalho a noção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e seus consectários lógicos, segundo a ótica do autor. O segundo capítulo tratará, inicialmente, de organizações criminosas, com abordagem da evolução conceitual, numa perspectiva histórica e de abrangência transnacional, algumas de suas modalidades, a delimitação do tema na legislação pátria e o instituto da infiltração policial na Lei n. 12.850/2013. Na sequência, tratar-se-á da prova, seu conceito e interação com a verdade, passando por sua natureza jurídica, objeto, meios e fontes, limites e finalidade. Por fim, o terceiro capítulo focará na análise dos temas acima tratados, mas de modo a promover a interação entre os institutos e a teoria com o objetivo de verificar a hipótese da presente investigação. Nessa tarefa, primeiramente, abordar-se-á questões relacionadas com a prova ilícita, definição conceitual, sistemas de tratamento em variados países, a flexibilização no tratamento do tema pela Suprema Corte norte-americana. Por fim, tratar-se-á do instituto do agente infiltrado, chegando-se à conclusão de que o artigo 13 da Lei n. 12.850/2013 fornece base teórico-normativa para aplicação da metarregra da proporcionalidade na análise da constitucionalidade da conduta do agente infiltrado, e conseqüentemente das provas dela advindas, que extrapolar os parâmetros definidos na decisão judicial de autorização de utilização do meio investigativo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; proporcionalidade; prova ilícita; agente infiltrado; organização criminosa.

ABSTRACT

This dissertation is inserted in the line of research Constitutionalism and Law Production. This research report, which was developed using the logical-inductive methodology, aims to investigate the possibility of legal acceptance of illegally obtained evidence by an undercover agent in a criminal organization, as provided for in Law no. 12.850/13, based on principles and the application of the proportionality of the decisional meta-rule. First, this work uses the selected theoretical basis for the research on the subject, adopting Robert Alexy's Theory of Fundamental Rights, bringing, briefly, the delineations and peculiarities of said theory, contextualizing it within the Brazilian legal system, observing the dignity principle. At the end of the first part, the notion of the objective dimension of the fundamental rights and their logical consequences is studied from the author's perspective. The second chapter deals initially with criminal organizations, with a conceptual evolution approach, from a historical and transnational perspective, some of its modalities, the delimitation of the theme in the Brazilian legislation, and the institute of police infiltration of Law no. 12,850/13. Subsequently, the institute of evidence will be dealt with, its concept and interaction with the truth, passing by its legal nature, object, means and sources, limits, and purposes. Finally, the third chapter analyses the themes above, aiming to promote the interaction between institutions and theory to verify the hypothesis of this investigation. In this task, it will first address issues related to illegally obtained evidence, conceptual definition, systems of treatment in various countries, the flexibility in the treatment of the issue by the US Supreme Court. Finally, it deals with the undercover agent concept, concluding that Article 13 of Law no. 12.850/2013 provides a theoretical-normative basis for the application of proportionality in the analysis of the constitutionality of the conduct of the undercover agent, and consequently, of the evidence arising from there, which extrapolates the parameters defined in the legal decision that authorized the use of such type of investigation.

Key words: Fundamental rights, principles, proportionality, illegally obtained evidence undercover agent; criminal organization.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é analisar a possibilidade de aceitação judicial de prova ilícita produzida por agente infiltrado em organização criminosa, conforme previsto na Lei n. 12.850/13, através de ponderação de princípios mediante a aplicação da metarregra da proporcionalidade.

O crime organizado, atualmente, mostra-se como efetiva e real ameaça à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, espraiando seus tentáculos nefastos pelo corpo político-governamental, impondo severa limitação à efetivação de direitos fundamentais de forma escamoteada e mediante utilização de institutos legais como escudo protetor, ciente das ordenações legais próprias de um Estado de Direito.

Importante ferramenta de combate ao crime organizado, nas suas mais variadas formas, tem-se a possibilidade da utilização do agente infiltrado, com respeito aos ditames estabelecidos na Lei n. 12.850/13, como meio de obtenção de provas em posição privilegiada e extremamente eficaz.

É aqui que se insere a problemática referente ao princípio constitucional da inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos que, exatamente como todos os outros valores constitucionais, não é absoluto devendo ser harmonizado com todos os outros princípios igualmente relevantes, porém colidentes, envolvidos no processo penal.

Justifica-se a relevância do tema diante da escalada da criminalidade organizada e os deletérios efeitos de sua atuação na sociedade brasileira, comprometendo as bases institucionais do próprio Estado de Direito, sendo, portanto, de extrema dificuldade de combate. Nessa celeuma, importa demonstrar que o Estado de Direito pode, ao mesmo tempo, proteger direitos fundamentais e combater de forma eficaz o crime organizado mediante a utilização do instituto do agente infiltrado, compatibilizando direitos fundamentais envolvidos na equação criminal.

Para a pesquisa foi levantada a seguinte hipótese:

É possível a aceitação judicial de prova ilícita produzida por agente infiltrado em organização criminosa através de ponderação de princípios mediante a aplicação da metarregra da proporcionalidade, conforme a teoria dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy?

Os resultados do trabalho de exame da hipótese estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Inicia-se, no Capítulo 1, com a apresentação do referente teórico adotado para a condução da presente pesquisa, sua delimitação acerca do conceito de direitos fundamentais, com diferenciação, dentre as normas, daquilo que seria regra e princípio, e suas consequências em caso de colisão. Posteriormente, será abordado a questão da restrição de direitos fundamentais, seus tipos e especificidades, bem como o procedimento a ser observado, com a observância da metarregra da proporcionalidade como procedimento a ser utilizado na solução de conflitos envolvendo princípios de direitos fundamentais. Seguindo-se no desenvolvimento da investigação, tratar-se-á acerca da discricionariedade na realização de sopesamentos e as instituições constitucionalmente designadas para sua condução. Na sequência, será contextualizada o referencial teórico adotado com a norma constitucional acerca da dignidade da pessoa humana. Por fim, abordar-se-á a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua tradução como regra de proteção aos direitos fundamentais pelo Estado.

Já no capítulo 2, a investigação será concentrada nos temas relativos a organizações criminosas e à prova tratados sob ótica dos direitos fundamentais e sua máxima efetividade. Inicialmente, quanto às organizações criminosas, serão abordadas a sua evolução conceitual, numa perspectiva histórica e de abrangência transnacional, algumas de suas modalidades, a delimitação do tema na legislação pátria e o instituto da infiltração policial na Lei n. 12.850/2013. Na sequência, tratar-se-á da prova, seu conceito e interação com a verdade, passando-se por sua natureza jurídica, objeto, meios e fontes, limites e finalidade.

Por fim, no capítulo 3, serão abordados os temas acima tratados, mas de modo a promover a interação entre os institutos com o objetivo de verificar a hipótese da presente investigação. Nessa tarefa, primeiramente, abordar-se-ão questões

relacionadas com a prova ilícita, definição conceitual, sistemas de tratamento em variados países, a flexibilização no tratamento do tema pela Suprema Corte norte-americana e as exceções à inadmissibilidade da prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro. Em continuação, tratar-se-á do instituto do agente infiltrado, consoante delimitação expressa da Lei n. 12.850/2013, suas especificidades, produção de prova ilícita e consequente (in)admissibilidade em juízo.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação.

Quanto à Metodologia empregada, levados em consideração os parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, registra-se que, na Fase de Investigação⁹ foi utilizado o Método Indutivo¹⁰, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano¹¹, e, o Relatório dos Resultados expresso no presente Artigo é composto na base lógico-indutiva.

Nesta dissertação as categorias principais não possuem qualquer diferenciação quantos as demais palavras e os seus Conceitos Operacionais são apresentados em glossário inicial.¹²

⁹ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

¹⁰ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

¹¹ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

¹² Sobre Categorias e Conceitos Operacionais vide: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. Pp.31-60.

CAPÍTULO 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS E TEORIA DOS PRINCÍPIOS

As normas de direitos fundamentais, com a envergadura com que foram cunhadas após a segunda guerra mundial, ganhando papel central e de relevo no esquema constitucional de grande parte dos países ocidentais, têm estado no centro do debate jurídico, notadamente sobre sua efetividade e a forma com que devem ser aplicadas.

Diante dessa profícua discussão, algumas teorias/modelos acerca da normatividade dos direitos fundamentais, como elemento central da ordem constitucional, foram sendo concebidas e desenvolvidas nas últimas décadas.

Nesse panorama, entretanto, não restam dúvidas acerca da classificação dos direitos fundamentais como normas, pois estabelecem um dever ser, sendo possível a sua formulação com a utilização de expressões deônticas primárias de mandamento, permissão e proibição.¹³

Nessa quadra, consoante defendido por Alexy, impõe-se a adoção do conceito formal de direitos fundamentais, sendo considerados como tais aquelas normas descritas expressamente no rol de direitos fundamentais da Constituição, bem como aquelas que podem sustentar eventual reclamação constitucional e se encontram espalhadas pelo texto constitucional.¹⁴

Tal conceituação, apesar de incompleta, possui a vantagem de se aproximar ao máximo do texto da lei fundamental (alemã), possibilitando considerações de caráter geral, sem se filiar a concepções preestabelecidas de

¹³ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 22.

¹⁴ Ibid., p. 32.

caráter material ou estrutural¹⁵, abarcando, em maior número possível, os enunciados constitucionais classificados como fundamentais.¹⁶

Há também, consoante referente já apontado, as normas de direito fundamental atribuídas, que seriam aquelas que necessitariam de uma relação de refinamento e de fundamentação/argumentação adequada, através das quais seria possível extrair do texto constitucional, de conteúdo indeterminado e semanticamente aberto, o significado e a precisão daquelas.¹⁷

Este conceito, de norma de direito fundamental atribuída, permitiria a descoberta de novos direitos fundamentais extraídos do texto constitucional até então desconhecidos, conclusão que pode, semelhantemente, ser retirada da disposição constante no artigo 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹⁸

Feitos estes iniciais esclarecimentos sobre o que seriam normas de direitos fundamentais, imperioso, agora, investigar sob qual estrutura tais normas podem ser classificadas.

Importante consignar, no ponto, que o teórico alemão se distanciou do clássico positivismo jurídico, o qual, tradicionalmente, definia o Direito como um silogismo judicial (e o juiz como a boca da lei) mediante a realização de mera operação de subsunção do fato concreto à norma abstrata, para incluir os princípios como espécie normativa ao lado das regras.

¹⁵ “One criterion which combines substantive and structural elements can be derived from Schimtt’s definition of a constitutional right. According to this definition, rights are only constitutional if they form part of the foundation of the state itself and are recognized as such in the Constitution. The fact that a right belongs to ‘the foundation of the state itself’ is a substantive requirement. According to Schimtt, only a certain group of rights belong to the foundation of the liberal state under the Rule of Law, namely the individual liberties. ‘Constitutional rights, or rather constitutional rights in the proper sense of the word’ are thus only rights which demonstrate a certain structure, that of the individual rights to liberty.” ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 31. (highlighted)

¹⁶ Ibid., p. 33.

¹⁷ Ibid., pp. 33-38.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Acessada: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, dia 12.10.2018. De agora em diante referida apenas como CF/88.

Segundo Alexy, em meio a variados critérios classificatórios, o que apresenta maior utilidade e precisão, tendo em vista a teoria de direitos fundamentais defendida, é aquele que estabelece que entre princípios¹⁹ e regras existem diferenças de ordem gradual (do genérico para o específico) e qualitativa (decorrente das possibilidades fáticas e jurídicas)²⁰.

Nessa esteira, princípios são mandamentos de otimização, os quais determinam que algo seja feito na maior medida do possível, de acordo do caso concreto. Os princípios garantem posições/razões *prima facie* e admitem, portanto, graus variados de satisfação de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas apresentadas caso a caso²¹.

No conceito de princípios não se encontram somente os direitos individuais, mas também interesses/bens coletivos fundamentais de ordem constitucional²², que determinam a criação ou manutenção de situações que promovam a sua satisfação na maior medida do possível no caso concreto, deixando para trás critérios que vão além da mera satisfação de direitos individuais.²³

¹⁹ “The basis of principles theory is the norm-theoretic distinction between rules and principles. Rules are norms that require something definitively. They are definitive commands. Their form of application is subsumption. If a rule is valid and if its conditions of application are fulfilled, it is definitively required that exactly what it demands be done. If this is done, the rule is complied with; if this is not done, the rule is not complied with. By contrast, principles are optimization requirements. As such, they demand that something be realized ‘to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities’. Rules aside, the legal possibilities are determined essentially by opposing principles. For this reason, principles, each taken alone, always comprise a merely *prima facie* requirement. The determination of the appropriate degree of satisfaction of one principle relative to the requirements of other principles is brought about by balancing. Thus, balancing is the specific form of application of principles”. ALEXY, Robert. **Constitutional Rights and Proportionality**. Revus [Online], 22 | 2014, access: <http://revus.revues.org/2783> em 13 de outubro de 2018, p. 52.

²⁰ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, pp. 45-47.

²¹ Idem, pp. 47-48.

²² Ronald Dworkin não admite conceituação tão ampla de princípio, o qual seria utilizado apenas para posições de direitos individuais. “I call a ‘policy’ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change). I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously** (Bloomsbury Revelations) (kindle position n. 679-683). Bloomsbury Publishing. Kindle edition.

²³ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 65.

Já as regras revelam razões definitivas e trabalham na categoria da determinação dentro do âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas preestabelecidas. Dessa forma, as regras ou são satisfeitas ou não são satisfeitas, dadas as condições fáticas e jurídicas específicas. Sendo a regra válida, deve-se fazer aquilo que é por ela determinado.²⁴

A distinção entre regras e princípios é ponto central da teoria dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy, funcionando como base teórica para a realização do ônus argumentativo ínsito a especificação e determinação do significado das referidas normas, bem como solução para problemas-chave (key problems) na dogmática dos direitos fundamentais.²⁵

Em acréscimo, a diferenciação de regras e princípios fornece base para o desenvolvimento de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, apresentando campo adequado para a discussão sobre a racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.²⁶

Diante da hipótese a ser abordada no presente relatório de pesquisa, pretende-se nesse capítulo explicar acerca da possibilidade e necessidade de interpretação das normas de direitos fundamentais como princípios, a fim de que se promova a resolução de colisões, através da redução/restrição do âmbito de proteção do direito com menor importância no caso concreto, sempre objetivando a sua máxima eficácia, diante das possibilidades fáticas e jurídicas apresentadas.

Tal mecanismo permitirá compatibilizar o dever do Estado de proteção de direitos fundamentais individuais, de ambas as partes – autor e vítima – envolvidas na equação decorrente do uso de agente infiltrado em organização criminosa, bem como o fomento de interesses/bens coletivos fundamentais constitucionais necessários ao pleno desenvolvimento do ser humano de forma digna, decorrentes das dimensões subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais.

²⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously** (Bloomsbury Revelations) (kindle position n. 722-724). Bloomsbury Publishing. Kindle edition.

²⁵ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 44.

²⁶ Idem, p. 44.

Nada obstante, diante do recorte jurídico-político adotado pelo Brasil no artigo 1º, inciso III, da CF/88, apresentar-se-á o princípio da dignidade humana como parâmetro norteador na realização da referida compatibilização, a qual deverá sempre objetivar o ser humano com um fim em si mesmo.

Assim, ao iniciar a tratativa do tema, torna-se imperioso a abordagem acerca da estruturação das normas de direitos fundamentais e as consequências da adoção de cada um dos modelos diante do referente teórico adotado.

1.1. ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1.1. Modelo puro de princípios

Nesse modelo, puro de princípios, as normas de direitos fundamentais são etiquetadas como princípios, sendo aplicadas *only to the extent that the interest in freedom it protects is not opposed by any more important interest*.²⁷

Tal modelo possui como maior objeção o fato de não levar a sério a Constituição escrita, apresentando elevada relatividade no que se refere ao conteúdo dos direitos fundamentais, esvaziando, por conseguinte, a força vinculante da Constituição em decorrência da ampla possibilidade ao recurso do sopesamento.²⁸

1.1.2. Modelo puro de regras

No modelo puro de regras, como o próprio nome sugere, todas as normas de direitos fundamentais são tratadas como regras, sendo aplicáveis mediante operação de subsunção, não há que se falar em sopesamento, com grande benefício no que se refere à previsibilidade, à segurança jurídica e à vinculação à Constituição.

Nesse ponto, necessário a análise de compatibilidade com três tipos-chave de direitos fundamentais, a saber, (1) direitos fundamentais concedidos sem reserva; (2) direitos fundamentais com reserva simples; e, (3) direitos fundamentais com reserva qualificada.²⁹

²⁷ Ibid., p 70.

²⁸ Ibid., pp. 70-71.

²⁹ “Os **direitos fundamentais concedidos sem reserva** são aqueles em relação aos quais a

As normas de direitos fundamentais sem reserva não sobrevivem a um exame cuidadoso, porquanto permitiriam a existência de direitos fundamentais absolutos na Constituição, não havendo possibilidade de eventual restrição, situação que, por consequência, aniquilaria qualquer outro direito fundamental que com aquele viesse a conflitar, sendo imperiosa a realização de sopesamento.³⁰

Mesmo que se afirme a existência de cláusulas que independam de sopesamento, que seriam aplicáveis como regra geral, em casos duvidosos a necessidade de sopesamento seria premente para sua correta aplicação.

E, até mesmo nesses casos, de cláusulas gerais, há ocorrência de sopesamento, embora de forma subjacente, porquanto “a impressão intuitiva de sua correção ou de seu caráter evidente – que surge em vários casos – decorre da obviedade dos pesos atribuídos aos princípios em colisão”.³¹

No que se refere às normas de direitos fundamentais com reserva simples, também sem sucesso o modelo puro de regras é aplicado, porquanto esvaziaria os direitos fundamentais na parte que está além do conteúdo essencial, o que somente seria evitado mediante a aplicação de cláusulas de garantia do conteúdo essencial, que se estenderia para toda e qualquer intervenção no direito fundamental, e/ou de limitação da competência do legislador para impor tais restrições.³²

Nada obstante, em ambos os casos acima citados, o critério de correção recairia, inevitavelmente, no recurso ao sopesamento.

Constituição não faz qualquer ressalva ou possibilidade explícita de restrição, como é o caso, tanto no Brasil (CRFB, art. 5º, IX), quanto na Alemanha (LF, art. 5º, 3) da liberdade artística. **Direitos fundamentais com reserva simples** são aqueles em relação aos quais o próprio texto constitucional traz, sem mais, a previsão de restrição, como, por exemplo, a proteção aos locais de culto religiosos, *assegurada na forma da lei*. Já nas **reservas qualificadas** a própria Constituição antecipa os requisitos ou casos em que poderá se dar a restrição, como se dá em relação à publicidade dos atos processuais, que somente pode se dar com fundamento na defesa da intimidade ou do interesse social, mas não com base em outros fundamentos.” BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 33. (grifo nosso)

³⁰ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 74-76.

³¹ Ibid, p. 75 (tradução livre).

³² Ibid, pp. 76-77.

Da mesma forma, mostra-se inaplicável o referido modelo no que concerne às normas de direitos fundamentais com reserva qualificada, porquanto a análise do preenchimento das condições preestabelecidas na Constituição para a implementação de eventual restrição demandará, necessariamente, a utilização do sopesamento.³³

Ficam, dessa forma, evidentes as dificuldades que a aplicação do modelo puro de regras pode acarretar e como elas podem ser evitadas através do caráter principiológico dos direitos fundamentais.

1.1.3. Modelo híbrido de princípios e regras

Diante das dificuldades apresentadas pelos modelos puros acima expostos, Robert Alexy propõe a utilização de um modelo combinado, em que regras e princípios, cada um em seu nível, conviveriam como normas de direitos fundamentais dentro de um mesmo ordenamento jurídico.

Nessa premissa, ao nível das normas principiológicas estão todos aqueles princípios que, corretamente aplicados, seja a favor ou contra, são relevantes para a tomada de decisões referentes a direitos fundamentais³⁴.

No rol de princípios relevantes, clarifica Alexy, não se encontram somente aqueles que se referem a direitos individuais, ou seja, que conferem direitos fundamentais *prima facie*, “mas também aqueles que tem como objeto interesses coletivos e que podem ser utilizados sobretudo como razões contrárias a direitos fundamentais *prima facie*, embora possam ser também utilizadas como razões favoráveis a eles”³⁵.

Ao nível das regras, por meio de disposições de direitos fundamentais, cabem as determinações estabelecidas em face de exigências advindas de princípios antagônicos ou conflitantes, diante de situações fáticas e jurídicas estabelecidas no caso concreto.

³³ Ibid, pp. 77-80.

³⁴ Ibid, p. 80.

³⁵ Ibid, p. 80 (tradução livre).

Trata-se do caráter dúplice das disposições de direitos fundamentais, das quais de um lado advêm os princípios, e, do outro, decorrem determinações específicas, fixadas em decorrência de exigências de princípios colidentes. Todavia, se a regra de direito fundamental não puder ser aplicada sem sopesamento ela é incompleta, e, nessa medida, uma decisão de direito fundamental adequada deverá, necessariamente, buscar fundamento no nível dos princípios³⁶.

Nesse quadro, do ponto de vista da vinculação à Constituição, existe uma preferência às regras, enquanto balizadoras de definições precisas e definitivas, tendo em vista que os princípios, quando colidentes, deixam muitas questões em aberto, sendo compatíveis com regras de diferentes orientações, e, por tal razão, “determinações estabelecidas no nível de regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios”³⁷.

Dessa forma, é possível concluir que o nível de regras precede *prima facie* ao nível de princípios, sendo de fundamental importância notar que atrás e ao lado de qualquer regra de direito fundamental existe um princípio, o qual deve ganhar primazia quando da colisão com outros princípios ou no caso de regras incompletas.

Diante do exposto, verifica-se que à correta compreensão das normas de direitos fundamentais, de forma a lhes conferir máxima efetividade, necessário o recurso a um modelo híbrido que conjugue elementos de regras e princípios em uma mesma disposição, atribuindo caráter dúplice àquelas.

É nesse contexto que as normas de direitos fundamentais revelam sua máxima efetividade, porquanto apresentam amplo espectro de proteção do ponto de vista normativo-abstrato e vinculante à Constituição, sem, contudo, perder a capacidade de, em casos concretos, se adequarem para melhor otimizar a realização de suas disposições, quer seja em casos de colisões com outros direitos fundamentais individuais, quer seja em casos de colisões com princípios constitucionais relativos a bens/interesses coletivos fundamentais.

³⁶ Ibid pp. 82-84.

³⁷ Ibid, p. 83 (tradução livre).

Colisões, conflitos, tensões ou antinomias são inerentes à aplicação e formação do direito e “surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real” ³⁸, momento a partir do qual ganham relevo decisões embasadas em sopesamento, com acomodação de princípios conflitantes, mediante fixação de relações de precedência.

Nesse ponto é que se apresentam as restrições de direitos fundamentais, ou melhor colocando, as acomodações de direitos fundamentais a fim de lhes garantir máxima efetividade no caso concreto, ou seja, diante de situações fáticas e jurídicas específicas.

1.2. COLISÃO DE PRINCÍPIOS E CONFLITO DE REGRAS

O conflito entre normas é estabelecido quando a aplicação de duas normas, – regras ou princípios – de forma isolada, acarreta resultados incompatíveis e contraditórios entre si, traduzindo-se em antinomia concreta de dois juízos de dever-ser colidentes.

Nesse ponto – de conflito de normas – é que as diferenças entre princípios e regras se mostram mais claras, porquanto diversos os mecanismos de solução de cada forma de contraposição.

No conflito de regras, afirma Alexy, a solução advém de duas formas: (a) inserção de uma cláusula de exceção em uma das duas regras colidentes; ou, (b) pela declaração de invalidade de uma das regras colidentes, com sua exclusão do ordenamento jurídico. Não se mostra possível, no âmbito das regras, que dois juízos antagônicos entre si sejam validos ao mesmo tempo³⁹, uma vez que não admitem variações de grau.

Já na colisão entre princípios ocorre o implemento de uma relação de precedência, ocasião em que o princípio com maior peso no caso concreto deverá

³⁸ Ibid, p. 82.

³⁹ Ibid, pp. 49-50.

prevalecer, não há que se falar em cláusula de exceção ou declaração de invalidade, porquanto se pressupõe que somente princípios válidos podem colidir.

Trata-se, portanto, de uma relação de precedência condicionada, a qual, a depender das condições fornecidas pelo caso concreto, pode determinar resultado diverso do anteriormente atingido, porquanto diversos o peso dos princípios colidentes⁴⁰.

Essas condições possuem dúplice função, porquanto funcionam (a) para determinar a relação de precedência; e, (b) como pressuposto do tipo abstrato da norma, sendo a base para a denominada Lei da Colisão, segundo a qual “as condições sob as quais um princípio precede aos outros, formam o tipo abstrato de uma regra que expressa as consequências jurídicas do princípio precedente”⁴¹.

1.3. RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.3.1. Teoria externa x Teoria interna

Não há dúvidas que a ideia de restrição/delimitação de direitos fundamentais é, atualmente, aceita de forma ampla, estando presente em várias constituições contemporâneas.

Todavia, há intenso debate sobre a sua construção dogmática, sendo duas as teorias de notória proeminência, a saber, a teoria externa e a teoria interna em matéria de restrição de direitos fundamentais.

Para a teoria externa existem dois objetos distintos, o direito e a restrição. O direito seria o tipo abstrato, entendido como a disposição de direito *prima facie*, reveladora de um direito fundamental. Já a restrição, quando aplicada no direito *prima facie*, determinaria o direito definitivo ou o âmbito de proteção definitivo do direito⁴², sendo, da mesma forma que o direito *prima facie*, uma norma constitucional válida.

⁴⁰ Ibid, pp. 50-52.

⁴¹ Ibid, p. 54 (tradução livre).

⁴² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 36. No mesmo sentido, ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, pp. 178-179.

Essa teoria trabalha com a existência de direitos fundamentais irrestritos, sendo a sua especificação no caso concreto decorrente da relação do direito e suas restrições, criadas pela necessidade de compatibilização entre direitos ou bens jurídicos⁴³.

A teoria interna trabalha somente com um conceito – o direito e suas limitações – não há que se falar propriamente em restrições. Há, nessa ótica, somente um objeto normativo, qual seja, o direito e seu conteúdo, o qual é limitado previamente pelo ordenamento⁴⁴.

As limitações dos direitos fundamentais seriam imanentes, uma vez que adviriam do próprio direito, em contraponto à restrição, que decorreria de elemento fora dele.

Nessa esteira, consoante assevera Alexy, a teoria externa tende a ser adotada por alguém que defenda uma concepção individualista de Estado e de sociedade, ao passo que a teoria interna revela uma visão mais comunitária, de membro pertencente a sociedade⁴⁵.

Por fim, leciona o teórico alemão, a escolha entre a teoria interna ou externa é ancorada, primariamente, na opção que se faz acerca das normas definidoras de direitos fundamentais. Caso se entenda que as normas de direitos fundamentais estabelecem posições definitivas, então a teoria interna é mais adequada. De outra banda, indicando as referidas normas posições *prima facie* então a opção a ser adotada deve ser a teoria externa.⁴⁶

⁴³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 36. Para Alexy: *"The relationship arises first with the requirement external to the right itself to reconcile it with the rights of other individuals or with other individual rights and collective interests"*. ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 179.

⁴⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37. No mesmo sentido, ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, 179.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 179.

⁴⁶ Ibid., p. 179.

1.3.2. Conceito de norma restritiva de direitos fundamentais

As normas de direitos fundamentais, essencialmente principiológicas, garantem aos bens jurídicos fundamentais – posições *prima facie* – ou seja, com o âmbito de proteção mais abrangente possível, de forma a lhes garantir a máxima efetividade.

A adoção da teoria dos princípios no campo dos direitos fundamentais, alargando ao máximo seu âmbito de proteção, traz, como consequência, um aumento exponencial do número de colisões, na medida em que, dificilmente, exercitar-se-á um direito fundamental que não apresente interconexão com outros direitos individuais e/ou interesses coletivos⁴⁷.

Nessa ótica, por consequência, qualquer intervenção restritiva em norma de direito fundamental também restringe uma posição jurídica *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental⁴⁸, devendo ser extraída da mesma fonte⁴⁹.

Nesse ponto é de suma importância a realização da distinção entre normas de caráter não-restritivo e normas de caráter restritivo.

Em apertada síntese, normas de caráter não-restritivo são aquelas que se encontram no texto da constituição e autorizam o legislador infraconstitucional a elaborar normas restritivas de direito fundamental.

Com efeito, as normas de competência⁵⁰ “*do not limit constitutional rights but only establish their limitability. So statutory reservations are as such not limitations of constitutional rights; they simply establish the legal possibility of limiting rights*” tal

⁴⁷ Ibid., pp. 80/179.

⁴⁸ Ibid., p. 181.

⁴⁹ “A norm can only limit a constitutional right if is itself constitutional. If it were unconstitutional, then its enactment might be an infringement of a right, but it cannot set limits. This establishes a first characteristic: norms are only limits to constitutional rights if they are compatible with the constitution.” ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 182.

⁵⁰ “These empower the legislature to set limits to rights; the power of the legislature thus corresponds to a liability of the right-holder. Indirect powers are to be distinguished from the **direct powers** found in statutory reservations to constitutional provisions. **Indirect powers** arise, for example, when the legislature empowers an administrative body to pass delegated legislation or administrative acts”. ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 182. (highlighted)

situação fica evidente “*from the fact that a power to set limits can exist without being used*”⁵¹.

Já as normas de caráter restritivo podem ser divididas em regras restritivas e princípios restritivos.

As regras restritivas, quando válidas e vigentes, determinam uma limitação a uma posição/liberdade *prima facie* protegida pelo direito fundamental, criando, portanto, uma não liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo⁵².

Os princípios, por sua vez, também podem determinar a limitação de direito fundamental⁵³, todavia, não são capazes de apresentar posições definitivas de limitação a liberdades *prima facie* protegidas, necessitam, para isso, da realização do adequado sopesamento entre os princípios constitucionais (direitos individuais ou interesses coletivos relevantes) colidentes⁵⁴.

Clarificado que normas restritivas de direitos fundamentais podem se dividir em regras e princípios, necessário se faz a investigação das possíveis origens de tais normas no texto constitucional.

1.3.3. Tipos de restrições

Segundo Alexy, são dois os tipos de restrição possíveis, porém, subdivide o primeiro em dois, de modo que os classifica como restrições indiretamente constitucionais e restrições diretamente constitucionais, subdivididas em explícitas e implícitas⁵⁵.

⁵¹ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 182.

⁵² Ibid, p. 183.

⁵³ “When the Federal Constitutional Court says that conflicting constitutional rights of third parties and other legal values with constitutional status’ can limit constitutional rights, it is referring to limits in the form of principles”. ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 184.

⁵⁴ Ibid, p. 184.

⁵⁵ Ibid, pp. 285-295.

1.3.3.1. Restrições indiretamente constitucionais

As restrições estabelecidas por lei ou indiretamente constitucionais estão presentes quando de disposições constitucionais é estabelecida a possibilidade de restrições com base em direito cuja concretização é atribuída ao legislador ordinário, essa disposição funcionará apenas como uma cláusula de restrição que possibilitará uma restrição indiretamente constitucional, fala-se que esses direitos estariam sujeitos a reserva de lei.

As restrições indiretamente constitucionais podem ocorrer quando a definição de algum direito for atribuída ao legislador ordinário, como por exemplo 'prestação alternativa' que de acordo com o art. 5º, inciso VIII, da CF/88, deveria ser fixada em lei⁵⁶, ou quando lhe for conferido competência para legislar diretamente sobre a restrição, neste caso pode ser simples ou qualificada. Será simples quando a Constituição não determinar ou especificar os requisitos para a elaboração da lei restritiva⁵⁷. Noutro lado, será qualificada quando na própria Constituição forem fixados os limites da restrição a ser concretizada através do legislador ordinário⁵⁸.⁵⁹

1.3.3.2. Restrições diretamente constitucionais

Como o próprio nome sugere, as restrições constitucionais imediatas ou explícitas são aquelas contidas nos próprios dispositivos constitucionais onde também

⁵⁶ "Previous discussions have shown that the power to set limits does not only exist where it is expressly granted. Wherever ordinary law is referred to as a limit, then a power to enact limits has been created. [...] when such provisions refer to ordinary law, they can be called 'implied reservation clauses'." ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 189.

⁵⁷ "Art. 5º, inciso XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;" [...].BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, dia 12.10.2018. (grifo nosso)

⁵⁸ "Art. 5º, inciso XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;" [...].BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, dia 12.10.2018. (grifo nosso)

⁵⁹ Para Canotilho existem (1) uma norma de garantia, por que reconhece e garante um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental; e, (2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 617.

se garante determinado direito, portanto a constituição assegura e restringe ao mesmo tempo um direito fundamental.

Como exemplo, têm-se o art. 5º, inciso VIII⁶⁰, ao abordar os direitos de liberdade de expressão religiosa, o art. 5º, inciso XVI⁶¹, que trata do direito à reunião, e por derradeiro temos o art. 5º, inciso IV⁶², que fala do direito à livre manifestação do pensamento, todos prevendo direitos e já apresentando limitações na própria CF/88.

Segundo Canotilho, “os limites ou restrições constitucionais imediatos são normados e formulados pelas próprias normas constitucionais, garantidoras de direitos”⁶³.

1.3.3.3. Restrições implícitas

A ideia de autorização para restrições implícitas traz junto a si a ideia de que um direito fundamental somente pode ser restringido com fundamento em outro valor constitucional, devendo estar ancorado em princípios de direitos fundamentais (de terceiros) ou outros princípios constitucionais referentes a bens/interesses coletivos fundamentais⁶⁴.

⁶⁰ “Art. 5º, inciso VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;” [...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, dia 12.10.2018.

⁶¹ “Art. 5º, inciso XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;” [...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, dia 12.10.2018.

⁶² “Art. 5º, inciso IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;” [...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, dia 12.10.2018.

⁶³ “Estas normas são, ao mesmo tempo, normas de garantia de direitos e normas limitativas de direitos: (1) são normas de garantia porque garantem, constituem ou reconhecem um âmbito de protecção a determinado direito; [...] (2) são normas restritivas porque estabelecem imediatamente limites ao âmbito de protecção [...]. Estes limites ou restrições imediatamente criados pelas normas constitucionais conectionam-se intrinsecamente com a norma de garantia, pois é da sua articulação (norma de garantia/norma restritiva) que se deduz o âmbito de protecção concretamente garantido pelos preceitos constitucional.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, pp. 616-617.

⁶⁴ ALEX, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 189.

Funda-se, tal possibilidade, na logicidade do princípio da unidade da constituição, segundo o qual nenhuma norma de direito fundamental deve ser examinada de forma isolada, e na adoção da teoria dos princípios, da qual decorre o fenômeno das interconexões recíprocas e complementares dos direitos fundamentais, demandando sua correta acomodação através de sopesamento⁶⁵.

Nada obstante, esclarece Alexy, no campo de restrições de direitos fundamentais de ordem principiológica, o fato de haver um peso preponderante de um dos princípios constitucionais colidentes, por si só, não se converte em autorização suficiente para restrições, de modo que, *“the executive must still base its action on a constitutionally mediate limit such as a statute, even if countervailing constitutional principles functioning as immediate limits justify action within the protected área of a right as a matter of substance”*⁶⁶.

Tal conclusão advém do fato de que das normas de direitos fundamentais emanam não só posições materiais, mas, igualmente, formais, segundo as quais se mostra imperiosa a observância à “ordenação constitucional de competências, a autorização por meio de uma norma suficientemente determinada e o cumprimento de preceitos constitucionais”⁶⁷.

Com isso temos a seguinte perspectiva, nas restrições diretamente constitucionais explícitas o poder legitimado a concretizar tais restrições é o poder constituinte originário ou o poder constituinte reformador; tratando-se de restrições indiretamente constitucionais, onde os direitos fundamentais são submetidos a reserva de lei, o poder legitimado para operar tais reservas é o poder legislativo derivado; já nas restrições diretamente constitucionais implícitas ou restrições tácitas constitucionais, onde não há uma norma expressa referindo-se a tal restrição, tanto o poder legislativo derivado por meio de leis, quanto o poder judiciário por meio de suas

⁶⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 42-43.

⁶⁶ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 189.

⁶⁷ Ibid, p. 188.

decisões, estão autorizados a efetuar tais restrições, conforme bem observa Edilson Pereira de Farias⁶⁸.

1.3.4. Restrições às restrições de direitos fundamentais

Parece não restar dúvidas sobre a necessidade de se acomodar direitos fundamentais conflitantes, quer seja quando o conflito ocorre em nível de direitos fundamentais, quer seja quando ocorre entre estes e interesses coletivos de igual envergadura.

Todavia, as limitações a direitos fundamentais não podem adquirir envergadura capaz de aniquilá-los, sendo necessário o estabelecimento, de acordo com uma compreensão global do referente utilizado, de restrições às restrições e a restringibilidade de direitos fundamentais.

1.3.4.1. Princípio da legalidade

Partindo-se dessas premissas, verifica-se que toda e qualquer restrição de direito fundamental emana – direta ou indiretamente – da Constituição, sendo a lei, entendida em sua acepção ampla, o único meio capaz de, constitucionalmente, autorizar limitações a direitos fundamentais, consoante bem apontado por Aharon Barak⁶⁹.

⁶⁸ “Admite-se que a Constituição autoriza tacitamente tanto o legislativo como o judiciário a impor restrições aos direitos fundamentais com o escopo de resolver ou evitar, no plano da eficácia social, os casos de colisão entre os próprios direitos fundamentais ou o conflito destes com valores comunitários constitucionalmente protegidos (segurança pública, saúde pública, etc.). Por exemplo: sucede com frequência, na vida social, colisão da liberdade de expressão e informação (CF, art. 5º, IX) com o direito à privacidade (CF, art. 5º, X).⁹ Para solucionar tal colisão, através da harmonização ou acomodação dos direitos colidentes, bem como prevenir futuros choques entre eles, a Constituição não obsta que o Congresso Nacional elabore lei que acabe por restringir os direitos colidentes em determinadas circunstâncias. Tampouco o Judiciário, quando invocado para dirimir a referida colisão, estará impedido constitucionalmente de restringir quaisquer dos direitos colidentes através das técnicas da concordância prática ou ponderação de valores no exame do caso sub judice.” (FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional**. 2001. 272f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. pp. 29-30)

⁶⁹ “In a constitutional democracy, a constitutional right cannot be limited unless such a limitation is authorized by law. This is the principle of legality. From here stems the requirement – which can be found in modern constitutions’ limitation clauses, as well as in other international documents – that any limitation on a right be “prescribed by law”. At the basis of this requirement stands the principle of the rule of law. Every provision limiting a constitutional right must derive from a legal norm whose authority can be traced back – either directly or indirectly – to the constitution itself”. BARAK, Aharon. **Proportionality – Constitutional Rights and Their Limitations**. New York: Cambridge University

No Brasil tal determinação pode ser extraída⁷⁰ dos princípios fundamentais do Estado, notadamente do artigo 1º, *caput*, da CF/88, que estabelece se tratar de Estado Democrático de Direito, bem como do capítulo Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos do mesmo documento legislativo, especialmente do artigo 5º, inciso II, pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Dessa forma, quando da operacionalização de qualquer limitação a direito fundamental, o Estado deverá embasá-la naquilo que Aharon Barak chamou de *The Authorization Chain*⁷¹, referindo-se ao substrato constitucional necessário para o exercício de tais atos.

É dizer, não importa qual é a caracterização do ato restritivo praticado pelo Estado, se um estatuto legislativo, uma regulamentação administrativa ou decisão judicial, todos devem retirar seu substrato de legitimação e validade do texto constitucional, de forma explícita ou implícita, de acordo com a estrutura da cadeia hierárquica do ordenamento legal, sob pena de violar não só o texto constitucional, mas também o próprio direito fundamental.⁷²

Aqui não é demais lembrar que, como bem acentuado por Alexy, não poderá o poder executivo realizar limitação de direito fundamental com base em autorização implícita, sendo necessário embasar seus atos em lei restritiva devidamente elaborada pelo parlamento⁷³.

Tal princípio apresenta uma dupla garantia, numa mão, de ordem material, decorrente da vinculação dos poderes constituídos às normas definidoras de direitos

Press, 2012, p. 107.

⁷⁰ Não se busca aqui uma abordagem exaustiva das teses que investigam as origens do princípio da legalidade no texto constitucional da CF/88, mas tão somente fornecer substrato concreto da existência e adoção desse princípio em nossa ordem constitucional vigente.

⁷¹ “The basic requirement in every constitutional democracy is that every limitation on a constitutional right be traced back to a valid legal norm, a valid legal norm means a norm that is part of the hierarchical structure of the legal system. In other words, it should be based on a chain of authority starting with the constitution itself.” BARAK, Aharon. *Proportionality – Constitutional Rights and Their Limitations*. New York: Cambridge University Press, 2012, pp. 108-109.

⁷² Ibid, p. 109.

⁷³ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 189.

fundamentais, e na outra mão, de ordem formal, oriunda das regras de distribuição de competência e de exigências do devido processo legislativo e legal⁷⁴.

É desse aspecto material, que orienta a aplicação do princípio da legalidade, decorrente da força normativa vinculante das normas de direitos fundamentais, que se pode extrair o próximo limite às restrições de direitos fundamentais, qual seja, a necessidade de observância da metarregra da proporcionalidade.

1.3.4.2. Metarregra da Proporcionalidade

A adoção, por Alexy, da teoria dos princípios no campo dos direitos fundamentais, mediante um modelo híbrido de regras e princípios, conferindo-lhes posições jurídicas *prima facie*, com o âmbito de proteção ampliado, acarreta, todavia, um alargamento exponencial no número de colisões quando da concretização desses direitos, os quais, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, devem ser acomodados de maneira a lhes conferir máxima efetividade.

É da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais que surge a metarregra da proporcionalidade ⁷⁵, como elemento integrante da argumentação jusfundamental apto a conferir lógica e afastar a discricionariedade na operacionalização de tal tarefa.

Dessa forma, em última instância, qualquer limitação a direito fundamental deverá ser determinada de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, aquelas traduzidas pela adequação e necessidade da medida e essas pelo

⁷⁴ "Here we can distinguish between formal and substantive aspects. The formal aspect concerns the power to set limits, its form and procedure. Here we are only interested in the substantive aspect, and that only in so far as it concerns the power of the legislature. This is controlled not only by the conditions set out in qualified reservation clauses and by the inalienable core of the right in question (assuming one accepts the doctrine of absolute inalienable core), **but also by the principle of proportionality and thus the requirement to balance interests**". ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 190. (highlighted)

⁷⁵ "The principle of proportionality is not a principle in the sense defined here. Suitability, necessity and proportionality in the narrow sense (balance) are not balanced against other things. They do not take precedence in one situation and not in another. Rather, the question is whether the sub-principles are satisfied or not, and their non-satisfaction leads to illegality. Thus the three sub-principles are actually rules." ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, pp. 66-67 (footnote).

correto sopesamento entre as posições jurídicas que se contrapõe, mediante uma adequada argumentação jurídica.

As possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto se traduzem, portanto, na metarregra da proporcionalidade com suas três subdivisões, a saber, metarregra da adequação, metarregra da necessidade, e, por fim, metarregra do sopesamento ou proporcionalidade *stricto sensu*.

Pela metarregra da adequação se analisa, no espectro fático, se a medida restritiva proposta se mostra hábil a atingir ou fomentar os fins a que se pretende⁷⁶.

À metarregra da necessidade cabe analisar se o objetivo da medida restritiva proposta pode ser atingindo por outra forma que onere menos a posição do direito fundamental a ser mitigado, ou seja, entre duas ou mais possibilidades de realização de determinado objetivo, dever-se-á utilizar a que apresentar menor grau de intervenção no direito fundamental de menor peso⁷⁷.

Por fim, cabe à metarregra do sopesamento ou proporcionalidade *stricto sensu* avaliar dentre as prováveis medidas, necessárias e adequadas, qual a que confere possibilidade jurídica para realização da norma no caso concreto, de modo a conferir máxima efetividade aos princípios colidentes, sem que nenhum deles seja aniquilado⁷⁸.

Nesse ponto, a solução proposta por Alexy demanda a aplicação da Lei de Colisão, ou seja, o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes⁷⁹, onde, dadas as peculiaridades do caso concreto, um

⁷⁶ Ibid, p. 68-69.

⁷⁷ Ibid, p. 68.

⁷⁸ "The principle of proportionality in its narrow sense, that is, the requirement of balancing, derives from its relation to the legally possible. If a constitutional rights norm which is a principle competes with another principle, then the legal possibilities for realizing that norm depend on the competing principle. To reach a decision, one needs to engage in a balancing exercise as required by the Law of Competing Principles. Since the application of valid principles, if indeed they are applicable, is required, and since their application in a case of competing principles requires a balancing exercise, the character of constitutional rights norms as principles implies that when they compete with other principles, a balancing exercise becomes necessary". ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 67.

⁷⁹ "The circumstances under which one principle takes precedence over another constitute the conditions of a rule which has the same legal consequences as the principle taking precedence. This law, which we can call the Law of Competing Principles, is one of the foundations of the theory of principles being established here. It reflects the character of principles as optimization requirements

deles deverá receber precedência em relação aos demais, de acordo com o peso que lhes for atribuído⁸⁰, mediante adequada argumentação jurídica.

Estabelece, para tanto, o autor alemão, que da lei de sopesamento material poder-se-ia extrair a chamada fórmula do peso⁸¹, segundo a qual os diversos princípios materiais oriundos de direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente protegidos seriam sopesados a fim de se atingir a melhor solução para o caso concreto.

Nessa ótica, qualquer medida que não satisfaça a metarregra da proporcionalidade, com suas três subregras, mostra-se afrontosa aos direitos fundamentais e, portanto, não permitida, revelando-se desproporcional e inconstitucional.

Diante do exposto, constata-se que a metarregra da proporcionalidade serviria de guia de validade na concretização dos direitos fundamentais. No poder legislativo quando do exercício das regras de competência para editar leis restritivas; no poder executivo na elaboração de atos e regulamentações administrativas; e, no poder judiciário no exercício da competência para dirimir conflitos decorrentes da elaboração ou aplicação de leis⁸².

between which there is, first, no relation of absolute precedence, and which concern, secondly, acts and situations which are not quantifiable. ALEX, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 54.

⁸⁰ Ibid, pp. 52-53.

⁸¹ Fórmula do peso será especificada no item 1.4.

⁸² 'The rules of proportionality are uniform. They apply to each of the three branches of government. They do not change in accordance with the branch of government that operates within them. The rules of proportionality that apply to the legislative and executive branches – branches that operate at the sub-constitutional level and limit constitutional rights – are the same rules of proportionality that apply to the judicial branch, which operates at the sub-constitutional level and creates new law, or exercises judicial review over the creation of new law by other branches'. BARAK, Aharon. **Proportionality – Constitutional Rights and Their Limitations**. New York: Cambridge University Press, 2012, pp. 380-381.

1.3.5. Tipo fundamental abstrato e suas restrições

Nesse ponto, passa-se a tratar da delimitação da extensão do tipo abstrato da norma de direito fundamental, notadamente no que toca às normas de direitos fundamentais permissivas e às que garantem direitos de defesa⁸³.

Dentro dessa perspectiva, os conceitos de tipo abstrato de direito fundamental e de âmbito de proteção, apesar de possuírem definições distintas, a depender da espécie de norma de direito fundamental que se trate, possuem um ponto em comum, podem ser entendidos como a faceta positiva dos direitos fundamentais, porquanto revelam aquilo que é garantido *prima facie* pelas normas jusfundamentais, sem que sejam levadas em conta as restrições que porventura possam ocorrer⁸⁴.

Há, quanto ao tema, duas teorias prevalentes que objetivam explicar a relação entre três elementos: bem protegido⁸⁵, intervenção⁸⁶ e restrição.

A primeira delas é a teoria ampla do tipo abstrato, a qual, como o próprio nome sugere, amplia ao máximo o âmbito de proteção da norma de direito fundamental, compondo-o pelo bem protegido, a cláusula de intervenção e a cláusula de restrição⁸⁷.

No âmbito dessa teoria, a fim de explicar a relação entre os três elementos acima citados, Alexy apresenta dois enunciados denominados de “leis de proteção”, segundo as quais:

⁸³ São os direitos a ações negativas, os quais foram divididos em direitos ao não-embaraço de ações do titular do direito fundamental (por exemplo: ao não-embaraço da escolha de uma profissão), direitos à não afetação de características e situações (por exemplo, a não-afetação da esfera provada física) e direitos a não eliminação de posições jurídicas de direito ordinário (por exemplo, à não eliminação de determinadas posições como proprietário). ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 196.

⁸⁴ Ibid, p. 196.

⁸⁵ Traduz ações, características, ou situações, ou ainda posições de direito ordinário, que não podem ser embaraçadas, afetadas ou eliminadas. Ibid, p. 197.

⁸⁶ O conceito de intervenção constitui o supraconceito para os conceitos de embaraço, afetação e eliminação. Ibid, p. 197.

⁸⁷ Ibid, pp. 198-200.

(1) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental são *prima facie* proibidas pelo direito fundamental;⁸⁸

(2) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental, e que não sejam justificadas por uma restrição, são definitivamente proibidas pelo direito fundamental.⁸⁹

Já para segunda, a teoria restritiva do tipo abstrato, o tipo abstrato de direito fundamental seria composto apenas pelo bem protegido e pela cláusula de intervenção, deixando de fora os fatores que compõem a cláusula de restrição.

Para Alexy, a debilidade da teoria restritiva decorre da “não fundamentação da exclusão definitiva da proteção do direito fundamental como um jogo de razões e contrarrazões, ou seja, como o resultado de um sopesamento entre princípios⁹⁰ [...]” para então arrematar que seriam resultado da aplicação de critérios outros de sopesamento.

Portanto, a teoria ampla do tipo abstrato de direito fundamental, com Alexy, seria preferível, porquanto inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental não somente os casos duvidosos e polêmicos, que exigem forte argumentação constitucional, mas também aqueles de fácil resolução, não importando o grau de clareza em que determinado princípio possa ser superado por princípios colidentes⁹¹.

É dizer, ainda que se esteja diante de uma situação de clara não-proteção jusfundamental, caso haja um fator indicando sua possível inclusão no âmbito de proteção, tal operação deverá ser feita, para só então, diante de um juízo de ponderação, ainda que extremamente simples, ou seja, sem o recurso a argumentação constitucional, se realizar a sua exclusão definitiva do tipo de direito fundamental.

⁸⁸ Ibid, p. 199.

⁸⁹ Ibid, p. 199.

⁹⁰ Ibid p. 210 (tradução livre).

⁹¹ Ibid, p. 210.

Alexy conclui, portanto, que “com isso, o ordenamento jurídico assume o caráter de um sistema abrangente de soluções para colisões de direitos fundamentais”⁹².

1.4. SOPESAMENTO, DISCRICIONARIEDADE E PRINCÍPIOS FORMAIS

No âmbito das restrições a direitos fundamentais é importante ficar devidamente esclarecido qual o papel desempenhado por cada um dos Poderes constitutivos do Estado Democrático de Direito a fim de se delimitar o legítimo alcance de seus atos no âmbito dos direitos fundamentais.

É nesse contexto que se apresentam, com maior importância, os princípios formais, os quais possuem como objeto de otimização decisões jurídicas, diferentemente dos princípios materiais que possuam determinados conteúdos (i.e. vida, saúde, segurança, etc.)⁹³.

Os princípios formais se referem à dimensão real e fática dos direitos fundamentais, ou seja, aos processos de decisão adotados pelas pessoas ou entes competentes, de acordo com o quadro constitucional de repartição de poderes e competências, determinando que sejam otimizados diante das possibilidades fáticas e jurídicas de determinada situação⁹⁴.

Como exemplos de princípios formais se pode citar o princípio democrático⁹⁵, o princípio da separação de poderes, o princípio da segurança jurídica, o princípio da repartição de competências para tomadas de decisão e etc.

⁹² Ibid, pp. 214-15

⁹³ ALEXY Robert. **Formal principles: Some replies to critics**, in International Journal of Constitutional Law, Volume 12, Issue 3, 1 July 2014, Pages 511-524. Disponível em <https://academic.oup.com/icon/article/12/3/511/763784>, acessado no dia 11.12.2018.

⁹⁴ Ibid, p. 515.

⁹⁵ “Democracy, however, is not just one decision-procedure among others. It is the most rational and legitimate procedure of lawmaking. For this reason, the principle of democracy lends not only special weight to the decisions of parliament. It requires, over and above this, that “the democratically legitimated legislature should take as many important decisions for society as possible.” (ALEXY Robert. **Formal principles: Some replies to critics**, in International Journal of Constitutional Law, Volume 12, Issue 3, 1 July 2014, Pg. 516 Disponível em <https://academic.oup.com/icon/article/12/3/511/763784>, acessado no dia 11.12.2018.

Assim, inicialmente, ao poder executivo, como o próprio nome indica, cabe, em regra⁹⁶, a tarefa de executar leis⁹⁷ editadas pelo poder legislativo, podendo, para tanto, regulamentá-las, consoante normativa do artigo 84, inciso IV, da CF/88.

Dessa forma, o poder executivo não possui competência para operar atos restritivos de direitos fundamentais sem que estejam autorizados por lei ou por uma cláusula restritiva constitucional suficientemente clara e precisa (uma regra, portanto).

Ao poder executivo, em conclusão, não cabe restringir normas de direitos fundamentais mediante sopesamento de princípios constitucionais como solução de conflitos, deverá, necessariamente, e de acordo com a cadeia de autoridade citada em Barak⁹⁸, reportar-se a uma norma infraconstitucional (restrição constitucional indireta) que o conceda tal possibilidade⁹⁹.

Ao poder judiciário, como garantidor dos direitos fundamentais e protetor da ordem constitucional, cabe dirimir conflitos fáticos e/ou normativos e, nesse escopo, implementar restrições de direitos fundamentais ao interpretar e aplicar a Constituição e demais atos normativos (art. 59, CF/88).

A primeira hipótese – interpretação e aplicação da Constituição – não traz grandes questionamentos porquanto decorre diretamente de normas constitucionais, através de aplicação da máxima da proporcionalidade, com a devida carga argumentativa, ou, cláusulas restritivas de direitos fundamentais escritas.

⁹⁶ Em regra, pois, de acordo com a Teoria da Separação dos Poderes em Montesquieu e desenvolvida na elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América de 1776, cada poder do Estado exerce, além de suas funções típicas, funções primordialmente atribuídas a outro poder, como forma de se manter o equilíbrio no exercício do Poder estatal. BARON DE MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **The Spirits of Laws**. Trans. by Thomas Nugent. New York: The Colonial Press, 1899, p. 151; e, HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Penguin Publishing Group, 1999. Kindle Edition, pp. 317-318.

⁹⁷ A referência a “leis” é realizada no sentido amplo da palavra a fim de englobar atos normativos emanados pelo poder Legislativo em geral, consoante artigo 59 da CF/88.

⁹⁸ “The basic requirement in every constitutional democracy is that every limitation on a constitutional right be traced back to a valid legal norm, a valid legal norm means a norm that is part of the hierarchical structure of the legal system. In other words, it should be based on a chain of authority starting with the constitution itself.” BARAK, Aharon. **Proportionality – Constitutional Rights and Their Limitations**. New York: Cambridge University Press, 2012, pp. 108-109.

⁹⁹ “So, for example, the executive must still base its action on a constitutionally mediate limit such as a statute, even if countervailing constitutional principles functioning as immediate limits justify action within the protected area of a right as a matter of substance.” ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010. P. 189.

Já na segunda hipótese – outros atos normativos (art. 59, CF) – a tarefa não é tão simples, porquanto às normas de direitos fundamentais são atribuídas posições materiais e posições formais, estas determinam a observância das condições formais de atuação dos três poderes no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto aquelas a observância da unidade da Constituição e a ordem de valores por ela protegida¹⁰⁰.

Nesse ponto, estaria o poder judiciário, inicialmente, adstrito às disposições legais (regras) elaboradas pelo legislador ordinário, devendo respeitar o aspecto modal de afetação do direito fundamental em questão¹⁰¹.

Isso não impede, a toda evidência, que o poder judiciário, no âmbito dos direitos fundamentais, supere atos normativos emanados do poder legislativo, todavia, para tanto, deverá sopesar não só direitos fundamentais e outros valores constitucionais colidentes, mas também os denominados princípios formais ¹⁰² (princípio democrático, princípio da separação dos poderes, princípio da repartição de competência, etc.), os quais também possuem carga valorativa na elaboração da lei de colisão.

Nada obstante, o protagonismo no âmbito dos direitos fundamentais e suas restrições é (deveria ser) do poder legislativo. Primeiramente com o poder legislativo

¹⁰⁰ “[...] since constitutional rights provisions give rise not only to substantive positions but also to formal/procedural ones. This distinction corresponds to that of Schwabe between substantive and modal aspects of constitutional protection. The modal aspect relates to ‘the manner of affecting a protected interest’. By ‘manner’ Schwabe means the formal condition for the activity of the three powers in the field of constitutional rights. These include, among other things, the maintenance of the constitutional division of jurisdiction, executive empowerment by way of sufficiently precise norms, and the observance of procedural requirements”. Ibid, p. 188

¹⁰¹ “Procedural constitutional rights position, which are most significant in connection with statutory reservations to constitutional rights, mean that more weighty countervailing constitutional principle do not automatically justify every state action within the protected area of a right”. Idem, p. 189.

¹⁰² “*A statute is not automatically overruled when a competing substantive principle has greater weight than its own underlying substantive principle on the facts of the case. A contra legem decision, such as the incorporation of an exemption into the statute in deciding a particular case, requires that the competing substantive principle have a greater weight than the substantive principle underlying the statute together with formal principles like the principles of legal certainty, democracy, and the separation of powers, which all require that what is authoritatively issued be respected.*” ALEXY Robert. **Formal principles: Some replies to critics**, in International Journal of Constitutional Law, Volume 12, Issue 3, 1 July 2014, Pages 511-524. Pg. 517-18 Disponível em <https://academic.oup.com/icon/article/12/3/511/763784>, acessado no dia 11.12.2018. No mesmo sentido, conferir ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 58.

originário¹⁰³ ao elaborar as normas constitucionais, como a definição do rol de direitos fundamentais (Título II da CF/88), inserção de cláusulas restritivas escritas (art. 5º, incisos IV e XI, da CF/88, por exemplo) e erigindo determinados direitos e valores ao patamar constitucional (arts. 196, 205 e 225 da CF/88, por exemplo).

E, em momento posterior, com o poder legislativo derivado através da elaboração de leis restritivas de direitos fundamentais com base em autorizações constitucionais (restrições indiretamente constitucionais).

Nessa função (poder legislativo derivado), há que se ter em mente a correta delimitação para o exercício de tal competência, com o devido respeito às normas procedimentais (devido processo legislativo formal – Título IV, seção VIII, da CF/88) e ao devido sopesamento com as demais normas constitucionais em colidência através da máxima da proporcionalidade.

No ponto, Alexy trata da questão da discricionariedade epistêmica¹⁰⁴, a qual surge quando incerto o conhecimento daquilo que é determinado, proibido ou facultado pelos direitos fundamentais. Essa discricionariedade¹⁰⁵ pode ser, ainda, dividida em (1) discricionariedade epistêmica empírica e (2) discricionariedade

¹⁰³ “O Poder constituinte originário é inicial, autônomo, ilimitado juridicamente, incondicionado, soberano na tomada de suas decisões, um poder de fato e político, permanente.” LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199.

¹⁰⁴ “What is common to all discretion is that the legislature is free to decide within the scope of its discretion, and that the limits of discretion are set precisely by what the legislature is prohibited from doing and commanded to do. Now epistemic discretion is a discretion which arises from the fact that the knowledge of what is prohibited, commanded, and left free by constitutional rights is uncertain. Granting the legislature an epistemic discretion therefore means giving it competence to a certain extent, namely the precise extent of knowledge-related discretion, to determine what constitutional rights command, prohibit, and leave free”. ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 420.

¹⁰⁵ Essa discricionariedade epistêmica (normativa) em nada se parece com a discricionariedade estrutural (para sopesar) citada por Alexy em sua obra. A primeira fornece campo decisório ao legislador/magistrado para operar o resultado final da máxima da proporcionalidade (o sopesamento em si), dentro do campo permitido pelos direitos fundamentais, consoante abordado no texto. Já a segunda, refere-se a momento anterior, quando é ponderado sobre a necessidade de sopesar direitos fundamentais, ou seja, se há colisão ou não de direitos fundamentais. São dois momentos distintos em que há certa discricionariedade – o primeiro para determinar que há colisão e entre quais direitos/valores e o segundo para determinar efetivamente qual o resultado do sopesamento – evidentemente, em ambos os momentos, o campo de liberdade é extremamente pequeno em razão da vinculação aos direitos fundamentais e valores constitucionais. ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010. Pp. 413-414. No mesmo sentido: DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, pp. 76-77.

epistêmica normativa do legislador, a fim de determinar o limite em que as decisões adotadas pelo parlamento, ainda que outras fossem perfeitamente possíveis, devam ser entendidas como corretas ou aceitáveis.

A discricionariedade epistêmica empírica diz respeito a conhecimentos relevantes (premissas) para a tomada de decisões sobre aquilo que é proibido ou determinado pelos direitos fundamentais. Exerce um papel especial na aplicação das metarregras da adequação e da necessidade, as quais se referem as possibilidades fáticas de otimização em determinada situação¹⁰⁶.

Do outro lado, a discricionariedade epistêmica normativa ocorre quando existe incerteza sobre qual direito fundamental deva ser melhor quantificado, deixando ao legislador certa liberdade para decidir com base em suas próprias valorações¹⁰⁷. Tem lugar de destaque na aplicação da metarregra da proporcionalidade em sentido estrito, a qual se refere às possibilidades jurídicas de otimização em determinada situação.

Nessa quadra, Alexy propõe, a fim de evitar que o sopesamento de um princípio formal em favor de determinado princípio material legitime eventual tomada de decisão inconstitucional¹⁰⁸, a ideia de ponderação de segunda ordem, a qual determina que, na formula do peso, deve ser inserida a questão da certeza epistêmica (empírica e normativa).

Assim, ao sopesar princípios materiais colidentes, em observância a lei da ponderação material, deve-se, da mesma forma, sopesar os princípios formais, conforme a lei da ponderação epistêmica, sob as seguintes premissas:

(a) Lei da ponderação material (1º grau): quanto maior for a intensidade de interferência em um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Ibid, p. 414.

¹⁰⁷ Ibid, p. 415.

¹⁰⁸ ALEXY Robert. **Formal principles: Some replies to critics**, in International Journal of Constitutional Law, Volume 12, Issue 3, 1 July 2014, Pp. 518-19 Disponível em <https://academic.oup.com/icon/article/12/3/511/763784>, acessado no dia 11.12.2018.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010. p.

(b) Lei da ponderação epistêmica (2º grau): quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia¹¹⁰.

A fórmula do peso proposta na ponderação de 1º grau deve ser, portanto, aprimorada quando da realização de ponderação de 2º grau adotando a seguinte forma:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_{ei} \cdot R_{ni} (P_i)^{111}}{I_j \cdot W_j \cdot R_{ej} \cdot R_{nj} (P_j)}$$

Para o preenchimento da mencionada fórmula, Alexy atribui valores para os pesos abstratos, para os graus de interferência e para a certeza epistêmica (empírica e normativa) através da adoção de uma gradação numérica tripartite: para as variáveis materiais em leve, média e grave, mediante representação pelos números 2º, 2¹ e 2², ou seja, 1, 2 e 4; já para as variáveis epistêmicas, classifica-as em certo, plausível e não evidentemente falso, mediante representação pelos números 2º, 2⁻¹ e 2⁻², ou seja, 1, ½ e ¼.¹¹²

Dessa forma, ao realizar o preenchimento da referida fórmula com valores numéricos diante do fato concreto a fim de sopesar princípios, caso o resultado encontrado seja maior que 1, o princípio P_i deverá prevalecer, de outro lado, caso o resultado encontrado seja menor que 1, o princípio P_j é que prevalecerá, e, por fim, sendo encontrado o resultado 1, tem-se o reconhecimento da discricionariedade do legislador para definir qual princípio deverá prevalecer.

401.

¹¹⁰ Ibid, p. 419.

¹¹¹ Assim, com base nos ensinamentos de Alexy, tem-se que W_{i,j} representa o peso concreto de P_i, ou seja, o peso concreto de P_i quando ele, em um caso concreto, colide com P_j; W_i representa o peso abstrato do princípio P_i, I_i representa a intensidade da interferência no princípio P_i e R_{ei} representa a certeza das suposições epistêmicas empíricas do princípio P_i e R_{ni} representa a certeza das suposições empíricas normativas relacionadas a P_i. O mesmo raciocínio é aplicado ao princípio P_j, contudo I_j representa a importância de satisfação do princípio P_j. ALEXY Robert. **Formal principles: Some replies to critics**, in International Journal of Constitutional Law, Volume 12, Issue 3, 1 July 2014, p. 514. Disponível em <https://academic.oup.com/icon/article/12/3/511/763784>, acessado no dia 11.12.2018.

¹¹² Ibid, 515.

Apesar dessa alegada discricionariedade no âmbito das normas de direitos fundamentais, cabe ao poder legislativo ou judiciário, quando da concretização das referidas normas, ficar atento aos princípios da unidade da constituição¹¹³, segundo o qual nenhuma norma de direito fundamental deve ser examinada de forma isolada, e da vinculação aos direitos fundamentais, os quais canalizam esse espectro de liberdade à otimização de posições *jusfundamentais*.

É possível constatar, dessa forma, diante do amplo espectro de possibilidades de colisões (direito individuais, direitos de terceiros, direitos coletivos, valores constitucionais) que Constituições que garantem direitos fundamentais são, na verdade, tentativas de organizar ações coletivas e assegurar direitos individuais de forma mais harmônica possível.

Na Constituição brasileira, em especial, essa tentativa de organizar e assegurar de forma harmônica os interesses coletivos e individuais possui como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, em decorrência da observância sistemática dos vários dispositivos constantes dos Princípios Fundamentais (Título I, da CF/88) e do rol de Direitos e Garantias Fundamentais adotados na carta política.

1.5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.5.1. Evolução histórica e conceitual¹¹⁴

O estudo da dignidade da pessoa humana se mostra extremamente profícuo diante da problemática tratada no presente relatório de pesquisa a fim de contextualizar a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy com a matriz

¹¹³ Segundo Hesse: A Constituição, portanto, não é uma ordem da totalidade da colaboração sócio-territorial e essa atividade não é, de forma alguma, mera execução da Constituição”. Tampouco ela é uma unidade já concluída – lógico-axiomática ou hierárquica de valores – sistemática. Seus elementos, todavia, dependem um do outro e repercutem um sobre o outro e somente o concerto de todos produz o todo da configuração concreta da coletividade pela Constituição. Isso não significa que esse concerto seja livre de tensões e contradições, porém, sim, que a Constituição somente pode ser completamente compreendida e exatamente interpretada se ela for entendida nesse sentido como *unidade* e que Direito Constitucional está dirigido muito mais para ordenação de conjunto do que para demarcação e exclusão. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1998, pp. 38-9.

¹¹⁴ Necessário esclarecer que no presente tópico não se pretende realizar minuciosa descrição da trajetória da ideia de dignidade da pessoa humana ao longo dos tempos, mas, tão somente, trazer a lume, ou pelo menos tentar, alguns momentos/conceitos identificados como relevantes e constantemente apontados quando da tratativa do tema.

jurídico-legal brasileira, funcionando como limite às restrições eventualmente operadas através da metarregra da proporcionalidade.

A contextualização histórica, ainda que breve, visa a trazer ao estudo a noção de importância no tratamento do ser humano, demonstrando a evolução conquistada ao longo dos anos na percepção de que como tal jamais poderá ser tratado simplesmente como meio ou objeto para outros interesses, devendo sempre ser entendido como um fim em si mesmo, por sua simples condição de ser.

No ponto, a historicidade da noção de dignidade da pessoa humana possui três concepções em seu âmago, a saber, a filosófica, a teológica e a constitucional, está sendo a mais recente, reportando-se a meados do século XX, precisamente após as atrocidades verificadas na segunda guerra mundial. Por isso, teólogos como São Tomas de Aquino e filósofos como Immanuel Kant não a examinaram como valor constitucional.¹¹⁵

Diante do limitado escopo do presente tópico nessa pesquisa, adotar-se-á o pensamento estoico como ponto de partida, segundo o qual a dignidade humana decorreria da qualidade nata do homem como ser racional, exercida através da capacidade de pensar e criar seus próprios conceitos, sendo sensível a questões morais e éticas, com habilidade de falar e se expressar, tornando-o livre e responsável por seus atos e destino.¹¹⁶

Já na Roma antiga, Marco Tulio Cícero, na esteira do estoicismo, trata a dignidade humana como fruto da própria natureza da condição humana do homem, sendo capaz de entender a relação de causa e efeito como resultado de suas ações e se orientar sob conceito morais. Todavia, agrega uma faceta sociopolítica ao entender que, enquanto os animais servem aos homens, os homens devem servir uns aos outros, vinculando a noção de dignidade a pretensão de respeito e consideração aos demais, com a finalidade de incrementar a sociedade.¹¹⁷

¹¹⁵ BARAK, Aharon. Human Dignity – **The Constitutional Value and the Constitutional Right**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 3.

¹¹⁶ Ibid, p. 16.

¹¹⁷ Ibid, p. 17.

Na concepção teológica da dignidade humana, merece destaque o judaísmo, para a qual o homem possuiria dignidade por ter sido criado por Deus a sua imagem e semelhança. Tal significado pode ser extraído da expressão “*k’vod ha’dam*”, muito utilizada na referida religião.¹¹⁸

No cristianismo, por sua vez, há também a referência ao homem como imagem de Deus (*imago dei*), sendo central para o desenvolvimento da noção de dignidade humana os ensinamentos de São Tomas de Aquino para quem o homem, como imagem de Deus, é um ser racional com capacidade e liberdade de determinar seus próprios objetivos, sendo um fim em si mesmo.¹¹⁹

Dessa forma, do ponto de vista religioso, todos os homens seriam iguais em dignidade e liberdade de autodeterminação.

Do ponto de vista filosófico, adotar-se-á como ponto de partida o movimento conhecido como renascimento (sécs. XIV e XVII), marcado pelo início do distanciamento entre religião e humanismo através do pensamento jusnaturalista, com a noção de dignidade humana concentrada na racionalidade do homem sem abdicar da igualdade em dignidade e liberdade como um de seus pilares.

Os escritos de Finicio (1433-1499) e Pico della Mirandola (1463-1494) revelam o pensamento da época, segundo o qual Deus criou os homens e os deu liberdade para decidir o próprio destino segundo a própria vontade, e, dessa liberdade e capacidade decisória, racional, portanto, resultaria a ideia de dignidade humana.¹²⁰

No iluminismo (segunda metade do séc. XVII e séc. XVIII) é que ocorre a completa dissociação do pensamento religioso, marcada pela unificação do homem e da sociedade em sua volta. A ênfase deixou de ser o homem como criação a imagem de Deus e passou a ser o homem como ser social e, portanto, no papel que desempenhava em sociedade.¹²¹

¹¹⁸ Ibid, p. 19.

¹¹⁹ Ibid, p. 21.

¹²⁰ Ibid, p. 24.

¹²¹ Ibid, p. 25.

Tem-se como expoentes dessa época os pensamentos de John Locke, Samuel Pufendorf e dos *founding fathers* da revolução americana, entre vários outros, todos, basicamente, acreditando na razão humana e no poder de decisão do homem sobre o próprio destino, sendo ponto central a ideia de igualdade entre os homens em sociedade.¹²²

O reconhecimento de direitos humanos nesse período culminou com confecção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França - 1789) e da inclusão na constituição dos Estados Unidos da América da *Bill of Rights* (1791).

Apesar da clara evolução, a concepção moderna de dignidade humana é profundamente afetada pelo pensamento de Immanuel Kant, para quem aquela decorreria da capacidade do homem agir de forma ética, como um ser racional e de acordo com sua vontade, com liberdade e independência, ao desempenhar necessidades para si e para outros.

Essa capacidade é o que diferencia o homem de um objeto, transformando-o em um fim em si mesmo e o prevenindo de ser utilizado como instrumento na vontade de outros, trazendo, consigo, a ideia de igualdade entre os homens.¹²³

Até o presente momento, os pensadores que trataram da dignidade humana o fizeram como valor social¹²⁴, não fazendo parte do discurso legal/constitucional, apesar da menção em alguns documentos constitucionais (*English Bill of Rights* e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), todavia, sem o significado ora tratado¹²⁵.

É no século XX, notadamente com a primeira e a segunda guerras mundiais, que o conceito de dignidade humana passa a ser integrado ao texto

¹²² Ibid, pp. 25-26.

¹²³ Ibid, p. 27.

¹²⁴ "Human dignity as a **social value** reflects human dignity's place among the values of a given society at a given time. [...] It is expressed in religious and philosophical texts, in literature and in the poetry of nations and societies." BARAK, Aharon. **Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 12.

¹²⁵ Ibid, p. 49.

constitucional de vários países, com papel central na inclusão dos direitos humanos aos referidos textos, determinando-a como direito e valor constitucional.

Nesse período, exerceram grande influência na conceituação constitucional da dignidade humana o preambulo da Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e a dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), mas, certamente, pode-se afirmar, com Erin Daly¹²⁶, que a essência de todos esses documentos (constitucionais e internacionais) adveio do espírito das revoluções Francesa e Americana e do desenvolvimento sobre o tema no direito constitucional alemão¹²⁷.

Somente após esse período, de inclusão constitucional e legal, é que o conceito de dignidade humana passou a ser tratado pela comunidade jurídica como valor¹²⁸ e direito¹²⁹ constitucionais, sempre partindo da premissa de que o homem, em decorrência de sua condição humana e independentemente de qualquer outro fator, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por todos e pelo Estado, destacando-se o pensamento de Ronald Dworkin.

Para Ronald Dworkin, resumidamente, o reconhecimento da dignidade humana, como atributo inerente do ser humano, levaria ao reconhecimento da liberdade individual, porquanto necessária à autodeterminação de cada pessoa (*principle of authenticity*¹³⁰). Desse atributo inerente a cada ser humano e do seu senso

¹²⁶DALY, Erin. **Dignity in the Service of Democracy**, in Widener Law School Legal Studies Research, paper n. 11-07, p. 5.

¹²⁷ BARAK, Aharon. **Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 51.

¹²⁸ “This **value** focuses upon the aspect of human dignity as a social value that has been expressed – explicitly or implicitly – in the constitution of the state. By its very nature, the scope of the constitutional value is narrower than the scope of the social value. The reason for this is that only those aspects of the social value of human dignity that are (explicitly or implicitly) expressed in the constitution, and comport with its language and structure, are included within the constitutional value of human dignity.” BARAK, Aharon. **Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 12.

¹²⁹ “The **right** to human dignity stands beside the (social and constitutional) value of human dignity. Of course, the constitutional right to human dignity is based upon the constitutional value of human dignity. However, the two are not necessarily identical. In a number of constitutions, the constitutional value of human dignity is recognized, without the constitutional right to human dignity also being recognized.” Ibid, p. 13.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, MA: Harvard University Press, p. 209.

de responsabilidade para consigo e para com cada pessoa¹³¹ do corpo social (*principle of self-respect*¹³²) é que decorre a ideia de dignidade humana.

Pode-se concluir que, para o filósofo americano, já na era constitucional, dignidade humana funcionaria como valor, com caráter interpretativo, a fim de promover a integração dos princípios do respeito próprio (*self-respect*) e da autenticidade (*autenticity*), oferecendo suporte mutuo para aspectos morais e éticos, ao determinar o conteúdo material daquela¹³³.

Assim, diante do escopo da presente pesquisa, mostra-se de especial relevância a visão de Ronald Dworkin ao realizar uma leitura da dignidade humana, incorporando valores pontuados por Immanuel Kant¹³⁴, como cânone interpretativo, de forma a integrar valores morais e éticos sob o manto de um mesmo conceito.

Dessa forma é que se pretende analisar o conceito de dignidade humana, partindo-se da premissa de que a constituição brasileira adotou tal conceito não só como direito, princípio, portanto, mas também como valor, cânone interpretativo por excelência, objetivando a contextualização da teoria dos direitos fundamentais de Alexy com o ordenamento jurídico brasileiro.

1.5.2. Dignidade humana como vetor hermenêutico

O estudo do presente tópico tem como finalidade demonstrar que o princípio da dignidade da pessoa humana, de envergadura constitucional, funciona, na contextualização da teoria de Alexy com o ordenamento jurídico brasileiro, como um vetor hermenêutico a direcionar toda carga argumentativa necessária a solução da colisão entre princípios, sempre objetivando a proteção do ser humano com um fim em si mesmo, impedindo sua “objetificação”, por maior que seja o peso do princípio prevalente.

¹³¹ Ibid., p. 255.

¹³² Ibid., pp. 204-208.

¹³³ Ibid., p. 204.

¹³⁴ Ibid., pp. 264-67.

A dignidade humana sob o rótulo de valor constitucional, traz ao universo estatal elementos de moralidade e eticidade, ao fornecer unicidade e objetivo aos direitos humanos positivados na constituição.

Para Aharon Barak a ideia de dignidade humana como valor constitucional possui tripla função: (1) serve de base normativa aos direitos humanos positivados na constituição; (2) funciona como princípio interpretativo para determinar a finalidade dos direitos fundamentais previstos na constituição; (3) exerce importante papel ao se avaliar a proporcionalidade de determinada limitação a direito fundamental.¹³⁵

Na função hermenêutica, cabe à dignidade humana operar como um guia axiológico-interpretativo-concretizador às normas do ordenamento jurídico. A dignidade humana como valor constitucional espraia sua força sob todo o arcabouço normativo estatal, determinando que as normas produzidas sejam interpretadas sob a luz de tal valor.

Nesse sentido, pode-se afirmar que as normas que compõem o sistema constitucional (constituição e normas infraconstitucionais) devem ser interpretadas e aplicadas de acordo com suas respectivas finalidades, dentre as quais sempre estará o valor da dignidade humana¹³⁶.

Apesar de não ser o único valor a ser considerado na interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, a dignidade humana possui destacada posição no trabalho do exegeta, irradiando seu valor e servindo como norte regulatório, organizador, integrativo e de compreensão por todo sistema legal.¹³⁷

Nesse espectro, funciona como valor fundamental do sistema constitucional, fornecendo coerência e harmonia, revelando a função e a razão que estão subjacentes aos direitos fundamentais.

Dignidade humana como valor constitucional indica que os direitos fundamentais não são concebidos pelo Estado e que dessa forma não poderão por

¹³⁵ BARAK, Aharon. **Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 103.

¹³⁶ Ibid. p. 105.

¹³⁷ Ibid. p. 107.

ele ser retirados. Ao contrário, a dignidade humana é que fornece as bases para existência do estado democrático¹³⁸, nas precisas palavras de Ronald Dworkin *because we honor dignity, we demand democracy*¹³⁹.

A dignidade humana como valor constitucional e vetor hermenêutico tem sido utilizada por cortes supremas de vários países, como exemplo, a Suprema Corte da África do Sul e a Suprema Corte do Canadá, ao analisarem o conteúdo do direito à igualdade e vedação à discriminação, fizeram-no sob a ótica da dignidade humana, ao afirmarem, em resumo, que diferenciações entre pessoas seriam discriminatórias se violassem a dignidade humana¹⁴⁰.

No exame sobre a constitucionalidade da pena de morte nos Estados Unidos da América realizado na Suprema Corte Norte-Americana, Justice *Brennan*¹⁴¹, em posição minoritária, sustentou que o valor dignidade humana levava à conclusão de que dita pena seria punição cruel e não-usual, porquanto negaria ao cidadão valor intrínseco aos seres humanos, sendo, portanto, inconstitucional. Todavia, a maioria dos juízes daquela corte entendeu não se tratar de punição cruel e desumana, desde que executada de forma humana, revelando, por via transversa, orientação também no sentido de privilegiar o referido valor como vetor hermenêutico.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 há expressa previsão da dignidade humana, como princípio, e, portanto, inicialmente, como valor, como um dos fundamentos do Estado brasileiro, no artigo 1º, inciso IV, devendo orientar toda a criação, produção e interpretação do Direito e das ações e inações estatais.

¹³⁸ Ibid. p. 108.

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. **Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom**. New York: Vintage Books, 1994. p. 239.

¹⁴⁰ Ibid. p. 109.

¹⁴¹ "I emphasize only that foremost among the "moral concepts" recognized in our cases and inherent in the Clause is the primary moral principle that the State, even as it punishes, must treat its citizens in a manner consistent with their intrinsic worth as human beings -- a punishment must not be so severe as to be degrading **to human dignity**. A judicial determination whether the punishment of death comports with human dignity is therefore not only permitted, but compelled, by the Clause". (grifo nosso) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte - **408 U.S. at 270. Gregg v. Georgia, 428 US 153, 229 (1976)** (Brennan J). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/428/153#writing-USSC CR 0428 0153 ZD>, acessado em 27.12.2018.

É de se notar que a nomenclatura adotada pelo legislador constituinte originário (princípio) e a localização de tal provisão no texto constitucional (apartado dos demais direitos individuais) revelam a intenção de tratar a dignidade humana com status não só de direito fundamental, admitindo-se tal classificação como decorrência lógica do extenso rol de direitos e garantias individuais constantes do artigo 5º da Carta Política brasileira, mas também de princípio interpretativo da ordem constitucional, orientando as decisões políticas e o dever estatal de respeito e proteção aos direitos fundamentais.

Assim, ao se analisar a possibilidade de utilização judicial de prova ilícita produzida por agente infiltrado em organização criminosa, dever-se-á orientar a carga argumentativa de matriz jusfundamental necessária à solução da colisão de direitos fundamentais envolvidos na equação sob a ótica da dignidade da pessoa humana, a fim de que se impeça a “objetificação” de quaisquer das partes, seja autor seja vítima.

1.6. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De há muito já se vem discutindo acerca da evolução na tratativa dos direitos fundamentais e seus destinatários, não sendo mais possível conceber aqueles meramente como direitos de defesa do cidadão frente ao todo poderoso e maligno Estado (absolutista), visão que reporta aos séculos XVII e XVIII, com John Locke¹⁴² e Montesquieu¹⁴³, caracterizando-os com *status negativus*.

Uma visão mais adequada com o estado contemporâneo sobre o tema, especialmente interessante ao presente trabalho, é aquela que enxerga nos direitos

¹⁴² “For all power given with trust for the attaining an end being limited by that end, whenever that end is manifestly neglected or opposed, the trust must necessarily be forfeited, and the power devolve into the hands of those that gave it, who may place it anew where they shall think best for their safety and security. And thus the community perpetually retains a supreme power of saving themselves from the attempts and designs of anybody, even of their legislators, whenever they shall be so foolish or so wicked as to lay and carry on designs against the liberties and properties of the subject. For no man or society of men having a power to deliver up their preservation, or consequently the means of it, to the absolute will and arbitrary dominion of another, whenever anyone shall go about to bring them into such a slavish condition, they will always have a right to preserve what they have not a power to part with, and to rid themselves of those who invade this fundamental, sacred, and unalterable law of self-preservation for which they entered into society.” LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. London: 1823, pp. 169-70 (item 149).

¹⁴³ BARON DE MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **The Spirits of Laws**. Trans. by Thomas Nugent. New York: The Colonial Press, 1899, pp. 151-52.

fundamentais um aspecto objetivo, o qual determina, não mais a inação do Estado, mas ao contrário, uma obrigação de ação com o objetivo de tutelá-los e fomentá-los.

No plano internacional, sob a referência dos direitos humanos, é possível a constatação dessa visão nos Comentários Gerais, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, sobre a Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, notadamente no comentário n. 31, item 6, no qual são expressamente previstas as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos humanos constantes naquele tratado.¹⁴⁴

Os direitos fundamentais sociais foram a fonte propulsora dessa nova ótica, exigindo posição mais interventiva e atuante do Estado a fim de que preste serviços de forma positiva, ou crie condições para que sejam prestados, possibilitando a concretização daqueles. Todavia, há que se reconhecer que o crescente interesse na objetivação dos direitos fundamentais na atualidade decorre também dos perigos apresentados aos cidadãos por atores estranhos ao Estado, com amplo poder organizacional e com objetivos (muitas vezes ilícitos) que são difíceis de serem arrostados de forma individual e não articulada¹⁴⁵.

Dessa forma, além da feição subjetivista, os direitos fundamentais são entendidos, também, como valores constitucionais objetivos, delimitando e ordenando a ordem jurídica, a formação e o exercício do poder estatal através dos três poderes¹⁴⁶.

Nesse sentido, a Corte Constitucional Federal da Alemanha, ao enfrentar a questão no *leading case* Lüth (BVerfGE 7, 198 (1958)¹⁴⁷), esclareceu que os direitos fundamentais seriam a expressão legal de valores que a sociedade entende como

¹⁴⁴ “6. The legal obligation under article 2, paragraph 1, is both **negative and positive in nature**. States Parties must refrain from violation of the rights recognized by the Covenant, and any restrictions on any of those rights must be permissible under the relevant provisions of the Covenant. Where such restrictions are made, **States must demonstrate their necessity and only take such measures as are proportionate to the pursuance of legitimate aims in order to ensure continuous and effective protection of Covenant rights**. In no case may the restrictions be applied or invoked in a manner that would impair the essence of a Covenant right”. ONU, **Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966**, acesso: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, em 24 de março de 2019. (highlighted)

¹⁴⁵ BARAK, Aharon. **Proportionality – Constitutional Rights and Their Limitations**. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 425

¹⁴⁶ Ibid. p. 427.

¹⁴⁷ Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html> acesso em 11 de fevereiro de 2020.

importantes para a ordem política e social e, como tanto, princípios objetivos da mais alta posição, que permeiam toda a ordem legal, não sendo aplicados apenas na relação cidadão-estado¹⁴⁸.

Da objetivação do conteúdo dos direitos fundamentais é possível extrair vários efeitos, notadamente na ordem normativa, sendo vasta a classificação terminológica a respeito do tema. Dessa forma, apenas para fins de referência, é possível especificar os seguintes efeitos: (a) proibição de piora; (b) irradiação sobre a aplicação do direito e interpretação infraconstitucional; (c) efeito perante terceiros; (d) dever de proteção jurídico-fundamental; (e) critérios para a colisão entre direitos fundamentais; (f) direitos de participação por organização e procedimento; (g) direitos a prestações ou direitos a serviços públicos¹⁴⁹.

1.6.1. Deveres fundamentais

À noção de deveres fundamentais, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pode-se fazer remitência aos primórdios da relação política estabelecida entre Estado e sociedade, na tradição contratualista (Rousseau, Locke e Hobbes), com o estabelecimento de um modelo racional de deveres recíprocos entre cidadãos e governantes, com esteio na conexão imbricada entre a origem e função do poder estatal e o papel dos cidadãos na vida em sociedade.¹⁵⁰

Sob essa ótica, ao Estado, como ente de concentração de parcela de poder de cada cidadão em sociedade, cabe a ordenação da vida em comunidade com o propósito primordial de garantir a segurança de todos que nela se encontram. A finalidade do homem de abrir mão de parcela de sua liberdade e se unir em sociedade

¹⁴⁸ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. In, I.CON (2015), Vol. 13 No. 1, p. 21.

¹⁴⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51. Para Virgílio Afonso da Silva “a superação de uma concepção de liberdades públicas que garantam apenas uma abstenção estatal em face da autonomia dos indivíduos deu lugar, sobretudo, a três novas formas de efeitos jurídicos para essas liberdades: (1) os chamados efeitos horizontais, que são os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; (2) os direitos de proteção; (3) os direitos a organização e procedimentos”. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia**. 2ª ed. 4ª tir., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 236.

¹⁵⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “**Los deberes fundamentales**”. Doxa. N. 04 (1987). ISSN 0214-8876, p. 337. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10915>, acesso em 01.08.2019.

seria basicamente de proteção, possibilitando, em última análise, uma melhor fruição de seus direitos (se comparado ao estado natural descrito em Hobbes¹⁵¹).¹⁵²

Dessa arquitetura, em um estado democrático de direito, como o brasileiro, pode-se extrair que a finalidade do poder político organizado (Estado) será procurar salvaguardar a segurança, a liberdade e a igualdade dos cidadãos em sociedade, ao passo que o dever dos cidadãos, em uma sociedade assim constituída, e onde há a possibilidade de participação na elaboração desses fins, será o de obedecer às leis (Constituição e demais atos normativos emanados pelo Estado).

A todo direito fundamental, em princípio e a grosso modo, existe um dever fundamental correspondente de igual titularidade, ou seja, aquele que é titular do direito fundamental à vida é, igualmente, titular do dever fundamental de respeito à vida dos demais cidadãos. Nada obstante, há também deveres fundamentais que decorrem de direitos de que são titulares a coletividade e não apenas o sujeito individual, como, por exemplo, o dever de respeito às leis, de respeito aos animais, de pagar tributos, de participação no processo eleitoral através do voto, de educação.¹⁵³

Ainda, há deveres que se fundam em uma ausência de liberdade para se fazer algo, por exemplo, proibição do uso da força, tendo em vista o monopólio estatal, donde se pode extrair a existência de um dever de abstenção por parte do cidadão.

¹⁵⁴

¹⁵¹ Men naturally love liberty, and dominion over others; so what is the final cause or end or design they have in mind when they introduce the restraint upon themselves under which we see them live in commonwealths? It is the prospect of their own preservation and, through that, of a more contented life; i.e. of getting themselves out of the miserable condition of war which (as I have shown) necessarily flows from the natural passions of men when there is no visible power to keep them in awe and tie them by fear of punishment to keep their covenants and to obey the laws of nature set down in my chapters 14 and 15. For the laws of nature—enjoining justice, fairness, modesty, mercy, and (in short) treating others as we want them to treat us—are in themselves contrary to our natural passions, unless some power frightens us into observing them. In the absence of such a power, our natural passions carry us to partiality, pride, revenge, and the like. HOBBS, Thomas. **Leviathan**, part 2, chapter 17, p. 77. Disponível em: <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/hobbes1651part2.pdf>, acesso em 01.08.2019

¹⁵² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “**Los deberes fundamentales**”. Doxa. N. 04 (1987). ISSN 0214-8876, p. 337. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10915>, acesso em 01.08.2019.

¹⁵³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “**Los deberes fundamentales**”. Doxa. N. 04 (1987). ISSN 0214-8876, p. 336. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10915>, acesso em 01.08.2019.

¹⁵⁴ Characteristically, rules so obviously essential as those which restrict the free use of violence are

A ideia de deveres fundamentais atribui aos titulares de direitos fundamentais, num patamar de igualdade, dever de respeito recíproco como decorrente dos princípios da fraternidade e solidariedade, que devem governar de forma harmônica as relações humanas em sociedade, com o objetivo de estabelecer um parâmetro ético no exercício dos direitos fundamentais entre os cidadãos.¹⁵⁵

Em Hart, pode-se extrair três características comuns às regras de obrigação, que fundamentam a existência de um dever de comportamento legalmente exigível, são elas (1) há uma demanda geral de observância pela regra e uma forte pressão em cima daqueles que delas se desviam ou não as cumprem; (2) as regras suportadas por esta forte pressão social são importantes porque se acredita que elas são necessárias para a vida em sociedade ou alguma relação de especial importância para a comunidade; (3) a conduta demandada por essas regras, apesar de beneficiar terceiros, muitas vezes, é oposta à vontade da pessoa que é destinatária de sua execução.¹⁵⁶

Por fim, para Hart, ao representar a obrigação jurídica decorrente de uma norma legal, em uma extremidade da corrente se encontra a pressão social, amarrando o destinatário da obrigação jurídica de modo que ele não se encontra livre para fazer o que quer, e na outra extremidade, por vezes, um grupo ou seus

thought of in terms of obligation. HART. H. L. A. **The concept of law**. New York: Oxford University Press, 1961, p. 85.

¹⁵⁵ [...] deberes fundamentales como aquellos deberes jurídicos que se refieren a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia, a la satisfacción de necesidades básicas o que afectan a sectores especialmente importantes para la organización y el funcionamiento de las Instituciones públicas, o al ejercicio de derechos fundamentales, generalmente en el ámbito constitucional. El ejercicio de un deber fundamental no reporta beneficios exclusivamente al titular del derecho subjetivo correlativo, cuando existe, sino que alcanza una dimensión de utilidad general, beneficiando al conjunto de los ciudadanos y a su representación jurídica, el Estado. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “**Los deberes fundamentales**”. Doxa. N. 04 (1987). ISSN 0214-8876, p. 336. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10915>, acesso em 01.08.2019.

¹⁵⁶ Nas precisas palavras de H.L.A. Hart: Rules are conceived and spoken of as imposing obligations when the general demand for conformity is insistent and the social pressure brought to bear upon those who deviate or threaten to deviate is great. [...] Two other characteristics of obligation go naturally together with this primary one. The rules supported by this serious pressure are thought important because they are believed to be necessary to the maintenance of social life or some highly prized feature of it. [...] Secondly, it is generally recognized that the conduct required by these rules may, while benefiting others, conflict with what the person who owes the duty may wish to do. Hence obligations and duties are thought of as characteristically involving sacrifice or renunciation, and the standing possibility of conflict between obligation or duty and interest is, in all societies, among the truism of both the lawyer and the moralist. HART. H. L. A. **The concept of law**. New York: Oxford University Press, 1961, pp. 84-85.

representantes oficiais (poder estatal), que insiste na realização do comportamento ou aplica penalidades pelo seu não cumprimento (direito penal, por exemplo); e outras, o grupo confere a indivíduo particular a liberdade de escolha entre insistir ou não no comportamento ou o equivalente em valor (direito civil, por exemplo).¹⁵⁷

Dessa forma, desrespeitado o dever fundamental por parte do destinatário da norma¹⁵⁸, como por exemplo ao participar de organização criminosa para tráfico de drogas, nasce para o seu titular, quer seja diretamente (pessoa natural ou jurídica nos interesses eminentemente patrimoniais, por exemplo) quer seja indiretamente (representados pelo Estado na defesa daqueles interesses indisponíveis ou de maior relevância para a sociedade como um todo), o direito de se servir dos mecanismos legais, coercitivos e/ou sancionatórios, através do Estado, detentor do monopólio da força, para buscar a tutela do interesse violado.¹⁵⁹

1.6.2. Permeabilidade dos direitos fundamentais

De acordo com exposto em alguns itens acima, é possível compreender que os direitos fundamentais como direitos de defesa, portanto de ordem eminentemente subjetiva, são voltados primordialmente ao passado, após a realização de eventual ato, no intuito de manutenção do *status quo*, preservando o direito agredido e garantindo sua futura observância.¹⁶⁰

Na dimensão objetiva, por sua vez, os direitos fundamentais são voltados ao futuro, determinando que as normas sejam elaboradas e interpretadas de forma prospectiva, definindo elementos que deverão ser levados em consideração, ao fixar objetivos a serem perseguidos pelo Estado. Apresentam-se permeáveis ao

¹⁵⁷ The first situation typifies the duties or obligations of criminal law and the second those of civil law where we think of private individuals having rights correlatives with obligations. HART, H. L. A. **The concept of law**. New York: Oxford University Press, 1961, p. 85.

¹⁵⁸ Desse dever fundamental de respeito mútuo, André Ramos Tavares entende que “os direitos humanos consagrados e assegurados: 1o) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2o) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3o) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4o) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material.” TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 392.

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª ed. São Paulo: 2018, p. 260.

¹⁶⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51.

desenvolvimento da sociedade, às mudanças de situação e às diferentes fontes de informação¹⁶¹.

O objetivo dessa permeabilidade dos direitos fundamentais é lhes dar a máxima efetividade possível diante das constantes modificações nas condições em que são exercidos. A conformação e interpretação dos direitos fundamentais deve ser realizada com observância da realidade e aberta às mudanças do tecido social, sob pena de serem inócuas e/ou destituídas de efetividade¹⁶².

1.6.3. Dever de proteção

Desse *status positivus* dos direitos fundamentais, grosso modo, derivam duas características essenciais: (1) o Estado deve proativamente garantir aos cidadãos condições adequadas para que estes exercitem os seus direitos fundamentais; bem como, (2) deve prevenir que terceiros (indivíduos ou entidades) limitem os direitos fundamentais de forma indevida¹⁶³.

Nessa feição, os direitos fundamentais conferem ao seu titular direitos a prestações do Estado¹⁶⁴, sendo possível dividi-los em (a) direito a ações fáticas e (b) direito a ações normativas, o primeiro representa as ações prestacionais (direito material) que o Estado tem o dever de realizar, sendo indiferente a forma como ele ocorre, o segundo se refere a direito a atos estatais de criação de normas, dirigindo a vontade do Estado e sociedade¹⁶⁵.

É possível constatar que o Estado, no conjunto de suas funções ou poderes, é o destinatário do dever de proteção jurídico fundamental, recaindo com especial peso sob o poder legislativo¹⁶⁶, ao qual cabe fornecer o cabedal legal

¹⁶¹ GRIMM, Dieter. **The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany.** In, I.CON (2015), Vol. 13 No. 1, 9-29. p. 27.

¹⁶² Idem, p. 28

¹⁶³ BARAK, Aharon. **Proportionality – Constitutional Rights and Their Limitations.** New York: Cambridge University Press, 2012, pp. 422-23. No mesmo sentido, GRIMM, Dieter. **The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany.** In, I.CON (2015), Vol. 13 No. 1, 9-29. p. 24

¹⁶⁴ O *leading case* para o reconhecimento dessa função aos direitos fundamentais foi determinado na Corte Constitucional Federal da Alemanha ao apreciar o caso “*numerus clausus*”(BVerfGE 33, 303 (1972)). Ibid.,p. 23.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights.** New York: Oxford University Press, 2010. pp. 126-7.

¹⁶⁶ [...] legislative inactivity became the main target of the duty to protect. The concept is applied when

apropriado para que os poderes executivo e judiciário possam atuar eficazmente frente aos perigos e atentados aos direitos fundamentais, materializando, em forma de lei, o alto grau de abstração de proteção encontrado na Constituição¹⁶⁷.

Assim, com Alexy, verifica-se que à ideia de dever estatal de proteção deve corresponder um direito à proteção (dever relacional¹⁶⁸), decorrente do caráter dúplice e da natureza principiológica dos direitos fundamentais. Pode-se falar, dessa forma, em um direito fundamental à proteção contra terceiros.¹⁶⁹

Ainda com Alexy, não há que se confundir direito de defesa com direito à proteção, pois aquele é um direito a que o Estado se abstenha de intervir, enquanto que este é um direito a que o Estado aja positivamente para proteger direitos fundamentais da intervenção de terceiros. O simples fato de se poder constatar um caráter defensivo no direito à proteção possibilita, no máximo, a sua compreensão sob a ótica liberal tradicional, todavia, em nenhum caso autoriza a sua inserção na classe dos direitos de defesa.¹⁷⁰

O direito de proteção tem como escopo principal a demarcação da esfera de liberdade dos sujeitos de direito no mesmo plano hierárquico, sua exigibilidade e realização.¹⁷¹

the legislature does not provide sufficient protection against threats to a fundamental right, which emanate from private actors. GRIMM, Dieter. **The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany**. In, I.CON (2015), Vol. 13 No. 1, 9-29. p. 25. No mesmo sentido: “predomina o entendimento de que o legislador, como titular principal do dever de proteção, é dotado de um amplo espaço para conformação e complementação dos deveres de proteção. Isso ocorre em decorrência dos seguintes motivos: a) geralmente, a concretização do dever de proteção constitui uma questão de alta complexidade, que admite várias soluções efetivas; b) deve ser respeitado o princípio da divisão dos poderes que confere primordialmente ao parlamento, democraticamente eleito a prioridade para dar solução a questões dessa ordem que contem um inegável componente político; c) deve ser deixado espaço para a devida atenção e debate dos interesses públicos e privados em colisão; d) ao legislador é dado o campo para os elementos de experiência e a adequação no controle de perigos; e) a Constituição determinou aqui apenas um objetivo a ser alcançado, mas não os meios para fazê-lo, de modo que a determinação da adequação meio-fim é tarefa do legislador ordinário”. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63.

¹⁶⁷ Ibid., p. 63.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 134/301.

¹⁶⁹ Ibid., pp. 302-303.

¹⁷⁰ Ibid., p. 304.

¹⁷¹ Ibid., p. 300.

Essa demarcação de liberdade, como regra, leva a um aumento do número de restrições a direitos fundamentais, porquanto os perigos para as liberdades protegidas que emanam de atores privados decorrem, basicamente, de condutas que são, em si mesmas, igualmente protegidas¹⁷².

O dever de proteção por parte do Estado, como ocorre com todos os direitos baseados em princípios, exige a proteção mais ampla possível, a depender das condições fáticas e jurídicas existentes¹⁷³, sendo praticamente inevitável a colisão com outros princípios constitucionais. Para a Corte Constitucional Federal da Alemanha, ao analisar o caso *Schleyer*, a Lei Fundamental alemã determina “um dever de proteção não apenas em face do indivíduo, mas também em face da totalidade dos cidadãos (*BVerfGE* 46, 160 (165))”¹⁷⁴.

Dessa forma, o conteúdo do dever de proteção pode ser preenchido das mais variadas formas pelo Estado¹⁷⁵, possuindo estrutura diversa daquela exigida pelos direitos de defesa. Esses, ao exigirem uma abstenção do Estado, proíbem toda e qualquer ação estatal que represente destruição ou afetação negativa a determinado direito. Já aqueles, ao exigirem uma proteção ou fomento por parte do Estado, possibilitam a adoção de qualquer ação que efetivamente produza uma proteção ou fomento ao direito, havendo, nesse sentido, ampla discricionariedade¹⁷⁶ ao destinatário da norma.¹⁷⁷

Todavia, essa discricionariedade é livremente exercida apenas em situações em que haja mais de uma possibilidade para realizar ou fomentar

¹⁷² GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. In, *I.CON* (2015), Vol. 13 No. 1, 9-29. p. 26.

¹⁷³ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 303.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 309.

¹⁷⁵ “No âmbito de proteção dos direitos de proteção estão todas as ações estatais que teriam efeito na proteção dos bens jurídicos contra perigos derivados de particulares ou governos estrangeiros. São admitidas, então, medidas preventivas ou repressivas, de ordem administrativa ou legal, nos campos penal, administrativo, processual ou civil, como foi o caso, na Alemanha, do procedimento administrativo para autorização de instalação de centrais nucleares.” BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 66-7.

¹⁷⁶ Trata-se de uma discricionariedade do tipo estrutural, a qual pode ser classificada em três pontos (1) discricionariedade para definir objetivos; (2) discricionariedade para escolher meios e (3) discricionariedade para sopesar. ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 395.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 308-309.

determinada finalidade e, igualmente, não houver, ou for praticamente inexistente, efeito negativo em outras finalidades ou princípios. De forma diversa, havendo, nas possibilidades, graus distintos de proteção ou fomento de determinada finalidade ou sendo incerto em que grau elas atuam ou, ainda, se produzirem efeitos negativos em diferentes gradações em outras finalidades ou princípios, ou sendo incerto em que grau isso ocorrerá, a decisão dependerá de sopesamentos e da possibilidade de se visualizar, prospectivamente, os graus de fomento e de prejuízo a outras finalidades e princípios¹⁷⁸.

1.6.4. Mandamento de atualidade

Nessa atividade prospectiva de avaliação dos graus de fomento e de prejuízo na concretização dos direitos fundamentais, pode-se falar da existência de dois deveres estatais¹⁷⁹ (1) dever de buscar informação; (2) dever de observação e melhora.

Esses deveres determinam que, no processo de concretização do dever de proteção, seja realizada uma investigação prévia dos fatos a fim de coletar elementos de evidência aptos a subsidiar a valoração acerca da existência, dimensão e intensidade do fomento e do perigo a determinado bem jurídico fundamental, sendo impensável a adoção de medida protetiva adequada sem o conhecimento das relações sociais em questão e da eficácia empírica das medidas que se apresentam como viáveis¹⁸⁰.

Não é por acaso que a CF/88 prevê em seu artigo 58¹⁸¹ a necessidade de que os projetos de lei tramitem, primeiramente, em comissões temáticas, designadas

¹⁷⁸ Ibid., p. 396.

¹⁷⁹ Estes deveres estão intimamente relacionados com a questão da discricionariedade epistêmica empírica e normativa tratadas no item 1.4, para o qual se remete o leitor a fim de se evitar tautologia.

¹⁸⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 67-8.

¹⁸¹ “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa. § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa; II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições; IV - receber petições, reclamações, representações ou

de acordo com o principal objeto de regulação em discussão, possibilitando um melhor conhecimento acerca do assunto e porosidade às relações sociais afetadas.

Da mesma forma ocorre no poder judiciário, em especial no Supremo Tribunal Federal, quando realiza audiências públicas convocando os mais diversos segmentos da sociedade para que externem seu ponto de vista sobre questões de alta relevância constitucional, notadamente de cunho *jusfundamental*.

Mas não é só na elaboração da decisão (política ou jurídica) que o dever de informação se impõe. Diante da dinamicidade com que ocorrem as relações sociais, com apresentação de fatos novos e acesso a novas fontes de informação a serem avaliadas, há, ainda, a obrigação estatal de se manter informado, com o objetivo de melhorar a implementação do dever de proteção, promovendo medidas adequadas e necessárias à proteção dos direitos fundamentais diante de novos desafios¹⁸².

Esse dever de atualização permanente decorre da permeabilidade que os direitos fundamentais possuem, determinando constante evolução legislativa e interpretativa das normas do ordenamento jurídico a fim de promover respostas adequadas à proteção e ao fomento daqueles, podendo-se falar na existência de uma proibição de proteção insuficiente¹⁸³ dirigida ao Estado.

Dois exemplos de clara evolução legislativa, demonstrando a permeabilidade e dever de informação acima abordados, são as tratativas legais relacionadas com organizações criminosas e em matéria probatória, ambas

queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas; V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão; VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer". BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 22.3.2019.

¹⁸² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 67-8.

¹⁸³ These words are reminiscent of the proportionality principle. In fact, in addition to the proportionality principle, which prohibits an overaction by the state, there is now a principle against (under-action' by the state, regarding the fulfillment of duties to protect. A statute is not only unconstitutional when it goes too far in infringing a fundamental right, but also when it does too little in order to protect a fundamental right. GRIMM, Dieter. **The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany**. In, I.CON (2015), Vol. 13 No. 1, 9-29. p. 25.

apresentando grandes transformações nas últimas décadas, consoante será visto a seguir.

CAPÍTULO 2

ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E PROVA NO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

2.1.1. Criminalização e direitos fundamentais

A visão acerca da existência de mandamentos de criminalização decorrentes de direitos humanos, como forma de protegê-los, já é bastante difundida no âmbito internacional e pode ser extraída da constante preocupação na persecução e punição de agentes autores de graves violações a referidos direitos.¹⁸⁴

Pode-se estabelecer como marco inicial desse movimento o implementação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, através da Carta de Londres¹⁸⁵, em 1945, bem com a aprovação, na 1ª Sessão da Assembleia Geral da ONU, da Resolução n. 3, referente a “Extradição e Punição de Criminosos de Guerra”¹⁸⁶, e Resolução n. 95, a qual tratou da “Afirmação como Princípios de Direito Internacional daqueles Reconhecidos pela Carta do Tribunal de Nuremberg”¹⁸⁷, ambas em 1946.

Posteriormente, a questão continuou em evolução com o estabelecimento de “Princípios de Cooperação Internacional para Detecção, Prisão, Extradição e Punição de Pessoas Culpadas de Crimes de Guerra e Crimes contra Humanidade”,

¹⁸⁴ SEIBERT-FOHR, Anja. **Prosecuting Serious Human Rights Violations**. New York: OUP Oxford. Kindle edition, 2009, posição, 876.

¹⁸⁵ Também conhecido como Carta de Nuremberg, referia-se ao acordo para persecução e punição criminal dos principais criminosos do eixo europeu, acessado em: http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, em 22 de março, de 2019.

¹⁸⁶ ONU, **Resolução n. 3**, acesso: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3\(I\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3(I)), em 22 de março de 2019.

¹⁸⁷ ONU, **Resolução n. 95**, acesso: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/95\(I\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/95(I)), em 22 de março de 2019.

através da Resolução n. 3.074¹⁸⁸, na 28ª Sessão da Assembleia Geral da ONU em 1973.

A consagração dessa nova ótica ocorreu na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Vienna (1993), com estabelecimento da Declaração e Programa de Ação de Vienna, a qual, especificou em seu item 60 que “os estados devem abrogar leis que acarretem impunidade àqueles responsáveis por graves violações de direitos humanos, como tortura, e processar criminalmente tais violações, promovendo base firme para o Estado de Direito”¹⁸⁹.

Nesse contexto, merece destaque a “Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos”¹⁹⁰ (1966), internalizada, no Brasil, através do Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992¹⁹¹, especialmente o disciplinado em seu artigo 2º, o qual estabelece o dever de cada Estado-Parte adotar medidas para garantir os direitos nela previstos a todos os cidadãos, incluindo a investigação, responsabilização e punição daqueles agentes, públicos ou privados, autores de graves violações aos direitos nela assegurados, consoante estabelecido pelo Comitê de Direitos Humanos do Alto Comissariado da ONU, no Comentário Geral n. 31, item 8¹⁹², 29 de março de 2014.

¹⁸⁸ ONU, **Resolução n. 3.074**, acesso: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3074\(XXVIII\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3074(XXVIII)&Lang=E&Area=RESOLUTION), em 22 de março de 2019.

¹⁸⁹ ONU, **Declaração e Programa de Ação de Vienna**, acesso: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>, em 22 de março de 2019. (tradução livre)

¹⁹⁰ ONU, **Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966**, acesso: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, em 24 de março de 2019.

¹⁹¹ BRASIL, **Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992**, acesso: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm, em 24 de março de 2019.

¹⁹² 8. The article 2, paragraph 1, obligations are binding on States [Parties] and do not, as such, have direct horizontal effect as a matter of international law. The Covenant cannot be viewed as a substitute for domestic criminal or civil law. **However the positive obligations on States Parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenant rights in so far as they are amenable to application between private persons or entities.** There may be circumstances in which a failure to ensure Covenant rights as required by article 2 would give rise to violations by States Parties of those rights, as a result of States Parties' permitting or failing to take appropriate measures or to exercise due diligence to **prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities.** States are reminded of the interrelationship between the positive obligations imposed under article 2 and the need to provide effective remedies in the event of breach under article 2, paragraph 3. **The Covenant itself envisages in some articles certain areas where there are positive obligations on States Parties to address the activities of private persons or entities.** For example, the privacy-related guarantees of article 17 must be protected by law. It is also implicit in article 7 that States Parties

Por fim, no âmbito internacional, pode-se notar do referido comentário que há, por parte do Comitê de Direitos Humanos do Alto Comissariado da ONU, uma crescente preocupação em estabelecer a responsabilidade dos Estados-parte em combater eficazmente violações de direitos humanos realizadas por agentes privados, pessoas físicas ou jurídicas, impondo-lhes obrigação de ação protetiva, incluindo a adequada investigação, responsabilização e punição no âmbito penal.

A proteção jurídico-penal dos direitos humanos, raciocínio igualmente aplicável aos direitos fundamentais, vem no intuito de lhes garantir efeito emancipatório, universal e de promoção da igualdade, reforçando e implementando o valor intrínseco do ser humano a fim de lhe garantir condições de vida digna, coibindo a propagação e repetição de violações inaceitáveis e funcionando como vetor de tolerância e respeito, porquanto, via de regra, protege direitos das pessoas em condições sociais mais vulneráveis^{193, 194}.

Na ordem interna, os mandamentos de criminalização decorrentes de direitos fundamentais acompanham a mesma lógica, podendo-se dizer que compreendem ordem constitucional ao legislador para que especifique e classifique como infrações penais, utilizando-se, portanto, do direito penal, ramo mais gravoso do ordenamento jurídico, ações que representem lesão ou perigo de lesão a direitos fundamentais e bens jurídicos essenciais ao gozo, desenvolvimento e proteção daqueles.

Tal fenômeno também se manifesta no âmbito processual penal exigindo a constante evolução e aperfeiçoamento das normas procedimentais e das ações

have to take positive measures to ensure that private persons or entities do not inflict torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on others within their power. ONU, **Comentários Gerais sobre a Convenção Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Acesso: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsjYoiCfMKoiRv2FVaVzRkMjTnjRO%2bfud3cPVrcM9YR0iW6Txaxgp3f9kUFpWq%2fhW%2fTpKi2tPhZsbEJw%2fGeZRASjdFuuJQRnbJEaUhby31WiQPI2mLFDe6ZSwMMvmQGVHA%3d%3d>, em 24 de março de 2019. (grifo nosso)

¹⁹³ Como exemplo podemos citar as organizações criminosas que exploram o tráfico de drogas, tráfico de pessoas, exploração sexual, tráfico de animais silvestres, redes de corrupção e desvio de dinheiro público, etc. em todas essas modalidades a camada social mais afetada é aquela que apresenta alto grau de vulnerabilidade social.

¹⁹⁴ SEIBERT-FOHR, Anja. **Prosecuting Serious Human Rights Violations**. New York: OUP Oxford. Kindle edition, 2009, posições 922-946.

perpetradas por servidores públicos encarregados da persecução penal a fim de garantir a efetiva aplicação da lei penal, sem descuidar das garantias fundamentais.

Nessa ótica é que se apresentam o conjunto de normas que tratam da criminalização de condutas que se enquadram na definição de organizações criminosas, fornecendo não só a devida especificação daquilo que é criminalizado, mas também meios hábeis ao efetivo combate e responsabilização de atores envolvidos com tais práticas.

Dessa forma, é possível verificar que, no âmbito do sistema de direitos fundamentais, a Lei n. 12.850, de 12 de agosto de 2013, preenche a dimensão de defesa ao especificar com clareza e objetividade atos que podem ensejar a privação de liberdade do indivíduo, bem como os meios postos a disposição do Estado para a coleta de provas. Na mesma linha, contempla o dever de proteção do Estado ao direcionar o aparato estatal a fim de coibir e reprimir a prática de atos especialmente gravosos aos direitos fundamentais.

2.1.2. Política criminal

Inicialmente, necessário pontuar que a política criminal é o ramo da política que se encarrega da escolha, por determinado Estado, das opções científicas apresentadas pelos criminólogos acerca da criminalização de comportamentos, de forma a escolher aqueles que, em dado momento histórico, se apresentam de forma inaceitável, traçando normas e estratégias a fim de combatê-los e arrostar a criminalidade, preservando bens e direitos fundamentais.¹⁹⁵

A criminologia estuda de forma empírica o fenômeno criminal, fornecendo base científica para o sistema de normas penais¹⁹⁶, materializado através das opções de política criminal realizadas de acordo com o tipo de sociedade e o contexto histórico vivenciado.

¹⁹⁵ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia – Introdução a seus fundamentos teóricos**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 126.

¹⁹⁶ Por sistema de normas penais se quer referir àquelas destinadas à tratativa do fato criminoso, seja de ordem processual, material ou administrativa.

Fica evidente, portanto, que as conclusões de ordem criminológica, as posições política e filosófica do intérprete exercem grande peso na tomada de decisão em sede de normas constitucionais, especialmente as decorrentes de direitos fundamentais e bens jurídicos especialmente protegidos.

Dessa forma, um adequado enfrentamento do crime organizado passa, necessariamente, por uma opção de política criminal que, ao mesmo tempo, garanta o devido respeito aos direitos fundamentais sem abrir mão da efetividade na persecução criminal, cabendo ao legislador, num primeiro momento, tal tarefa, mas também ao poder judiciário e executivo, posteriormente, sendo estes também destinatários do dever de proteção.¹⁹⁷

Dentro do escopo do presente trabalho, ainda que de forma bastante simplificada e simplista, impõe-se abordar os rumos da ciência penal no Brasil, especificamente no que concerne ao enfrentamento das organizações criminosas, sob as lentes de três proeminentes posições político-filosóficas sobre o sistema penal, a saber, (1) Sistema Penal Liberal; (2) Direito Penal de Duas Velocidades; (3) Funcionalismo Penal.

(1) Sistema Penal Liberal: esse sistema traz para o direito penal as feições do Estado Liberal, de cunho eminentemente individualista, em que o Estado era visto como a maior ameaça, pregando uma intervenção estatal mínima a fim de se garantir ao máximo o exercício da liberdade individual.

Nesse contexto nasceram as chamadas liberdades negativas, onde se promulgava ser permitido tudo aquilo que não estivesse proibido. Os direitos do cidadão (fundamentais), nessa ótica, possuiriam somente a feição negativa, já mencionada no início do item 2.2.1, funcionando como instrumento de defesa frente ao Estado absolutista, tão presente nos séculos XVII e XVIII.

O direito penal e processual penal, portanto, assumiriam feição de garantia do indivíduo e limitação do exercício do poder punitivo pelo Estado. Tal orientação político-filosófica encontra eco na denominada Escola de Frankfurt, que adota a

¹⁹⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 85.

bandeira do minimalismo penal, não sendo função do sistema penal o controle da criminalidade, a qual, possuiria causas e soluções diversas.¹⁹⁸

Por essa razão, condena movimentos tendentes a legitimar a antecipação da incriminação, o incremento das tipificações de condutas caracterizadas como crimes de perigo abstrato, o inchaço na tábua de crimes, com a inserção de novos bens jurídicos, e o consequente aparelhamento do processo penal com a finalidade prática de controle social.¹⁹⁹

As normas do sistema penal seriam elaboradas sem um conhecimento adequado sobre as feições do problema que se pretende resolver, sem monitoramento acerca dos efeitos produzidos com sua aplicação e a possibilidade de constante adequação, funcionando como único recurso para a tratativa de problemas de origem nas mais variadas causas, traduzindo-se em inaceitável expansionismo penal.²⁰⁰

A tentativa de endereçar novas realidades criminais, decorrentes, principalmente, da utilização de mecanismos tecnológicos e da globalização, com foco em bens de titularidade difusa, a exemplo do meio ambiente, ordem econômica, administração pública, de forma organizada e concertada, a grosso modo, reverteria em mais punitivismo para a classe tradicionalmente atingida pelo sistema penal, sem apresentar grande efetividade no controle de tal fenômeno, sendo, portanto, inaceitável.²⁰¹

(2) Direito Penal de Duas Velocidades: tal expressão, segundo Jesús María Silva Sanches no livro *La Expansion del Derecho Penal*, é decorrente do carácter expansionista que o direito penal vem recebendo na atualidade, enveredando-se por terrenos estranhos àqueles tradicionalmente abordados, como, por exemplo, organizações criminosas, meio ambiente, crimes cibernéticos, e da necessidade de

¹⁹⁸ Ibid. p. 86.

¹⁹⁹ Ibid. p. 86.

²⁰⁰ Ibid. p. 87.

²⁰¹ Ibid. p. 87.

se promover adequada resposta estatal para os novos tipos penais, sem, entretanto, colocá-los sob o mesmo tratamento da antiga criminalidade.²⁰²

Nesse sentido, Silva Sanches propõe a aplicação de um direito penal que operasse em duas velocidades, a primeira velocidade destinada para a criminalidade tradicional e a segunda velocidade direcionada para o combate a nova criminalidade de caráter transnacional e organizada, caso contrário todo o sistema seria dominado pela nova sistemática, sendo desproporcional a utilização de determinados instrumentos investigativos e processuais no combate à tradicional criminalidade.²⁰³

(3) Funcionalismo Penal: como o próprio nome revela, esse sistema penal se volta a perquirir a finalidade do direito penal, a função desempenhada pelos institutos, a sua atividade, a razão de ser dentro do sistema, muito mais preocupado com a função do que com a substância. Trata-se de um sistema de índole finalística, com foco na normal penal e sua atividade-fim.²⁰⁴

Cabe apontar as duas grandes correntes no funcionalismo penal na atualidade.

A primeira delas denominada de funcionalismo sistêmico ou radical, cujo autor e maior expoente é o professor Günther Jakobs, prega que o sistema penal não estaria aberto a questões empíricas e aos influxos de ordem constitucional, apresentando-se de forma fechada e independente (*autopoiética*²⁰⁵), explica o sistema de modo puramente dogmático, não havendo lugar para influências de ordem político-criminal.²⁰⁶

²⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La Expansion del Derecho Penal**. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B de f, pp. 8-15.

²⁰³ Ibid. pp. 95-109.

²⁰⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 88.

²⁰⁵ “Daí a conclusão necessária no sentido do *funcionalismo* do Direito penal: são funções somente aquelas prestações que, juntamente com outras, mantêm um sistema. [...] a prevenção geral positiva seria não a consequência psicológica ou social da intervenção penal, senão o núcleo de seu fundamento. Ao tomar a pena como *autocomprovação*, Jakobs propõe um sistema eminentemente normativista e fechado (*autopoiético*) que resta ileso a críticas de natureza empírica.” SCHIMIDT, Andrei Zencker. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional-normativista. In WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal**. Porto Alegre: 2008, p. 97.

²⁰⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 88.

A função do direito penal seria preservar o império da lei, o respeito pela norma, o próprio sistema penal, como instrumento de perpetuação de determinada identidade social²⁰⁷, não havendo que se falar na proteção de bens jurídicos como seu principal objetivo, os quais já se encontrariam lesionados quando da ocorrência do fato delituoso.

Nesse contexto é que surge o denominado direito penal do inimigo, também de autoria de Jakobs, para quem o autor de fatos criminosos gravíssimos, por exemplo crimes econômicos, terrorismo e crime organizado, por desconsiderar as normas penais por completo, deveria ser visto como um inimigo do sistema e como tal ser combatido, com restrição ao usufruto de determinados direitos garantidos ao cidadão. No lado oposto, estaria o direito penal do cidadão, aquele que, mesmo cometendo delito, deveria ser tratado com todas as garantias.²⁰⁸

Por fim, a segunda corrente funcionalista é aquela capitaneada por Claus Roxin, denominada de funcionalismo racional ou final, a qual enxerga o sistema penal segundo os fins almejados, negando a aceitação de modelos baseados no ser, com objetos previamente determinados.²⁰⁹

O sistema penal deve se adequar às transformações por que passa a sociedade a fim de combater eficazmente a criminalidade que com ela também evolui. O direito penal não pode mais ser visto apenas sob a ótica liberal, como um instrumento de proteção do cidadão contra o Estado (a bíblia do criminoso), mas também, e principalmente, como um meio através do qual é exercida a tutela de direitos fundamentais através do Estado contra a criminalidade.²¹⁰

Essa dimensão, evolucionista e de utilização do direito penal para proteção de direitos fundamentais, pode ser bem visualizada no julgamento da Ação direta de

²⁰⁷ SCHMIDT, Andrei Zencker. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional-normativista. In WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal**. Porto Alegre: 2008, p. 97.

²⁰⁸ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 23.

²⁰⁹ SCHMIDT, Andrei Zencker. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional-normativista. In WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal**. Porto Alegre: 2008, p. 102.

²¹⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 88-89.

Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e no Mandado de Injunção n. 4733, no Supremo Tribunal Federal, em que se discutiu a criminalização da homofobia.²¹¹

Deve, assim, ser o sistema penal permeável à realidade social em que está inserido, sem se esquecer de sua trajetória de evolução, com a finalidade precípua de combater a criminalidade, promovendo a defesa do cidadão, através da necessária observância dos direitos fundamentais e da ordem constitucional, que o limitam e o adequam a fim de evitar o punitivismo ou um descontrolado eficientismo.²¹²

A função do sistema penal seria, sob essa ótica, a proteção de bens jurídicos essenciais à proteção e ao usufruto de direitos fundamentais do cidadão.

O principal ponto a ser combatido seria o dogmatismo, que prega o sistema penal como finalidade em si próprio sem se atentar às novas realidades fáticas e jurídicas. Não se mostra adequada a solução que, embora dogmaticamente perfeita, apresente resultados concretos indesejados. É necessária a síntese entre uma política criminal de ordem pragmática e a crítica construtiva resultante da dogmática penal, com a produção de um sistema penal voltado aos desafios da atualidade com extrema observância dos direitos fundamentais.²¹³

É sob esse viés que se apresenta o combate à criminalidade organizada no Brasil, e também no plano internacional, com a constante preocupação de evolução

²¹¹ “O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir **o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT**; [...] d) **dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89**, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão;” [...]. (grifo nosso) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF**, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13.6.2019.

²¹² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95.

²¹³ Ibid., pp. 89-96.

dos institutos jurídicos necessários para tanto, com aprimoramento de conceitos (alteração da legislação do crime organizado ao longo dos anos), criação e aperfeiçoamento de técnicas investigativas (delação premiada e agente infiltrado), intensificação de troca de informações, cooperação entre órgãos nacionais e internacionais de investigação e combate ao crime organizado, criminalização de novas condutas que propiciam o desenvolvimento e operacionalização (abertura do crime de lavagem de dinheiro) das organizações criminosas, etc.

2.1.3. Evolução conceitual²¹⁴

A característica do homem de se organizar coletivamente para operacionalizar e atingir objetivos comuns não é nenhuma novidade e também pode ser observada na seara “delitiva”, com relativa segurança e já sob a roupagem organizacional, pode-se afirmar que os fenômenos precursores do que hoje se entende como organização criminosa, surgem no século XVII, de maneira difusa e independente, em diferentes regiões do mundo.²¹⁵

No continente asiático, apesar da reconhecida presença de tribos e clãs nômades que sobreviviam e se mantinham através de meios violentos, saqueando cidades e assaltando viajantes (Uzbequistão, Cazaquistão etc.), de grupos de criminosos “parasitas” que sobreviviam de saques e roubos a indivíduos e comércios na sociedade em que habitavam (Índia) e de grupos conhecidos como JAGOS (no território das Índias Orientais Holandesas, atualmente Indonésia) que possuíam como principal atividade o fornecimento de proteção a pessoas e a comércios através do pagamento de uma taxa, a atenção da literatura se voltou, basicamente, aos grupos hierarquicamente organizados no Japão e China.²¹⁶

²¹⁴ Não se pretende aqui, até mesmo por que fugiria do escopo do presente trabalho, apresentar descrição minudente da evolução do conceito de organização criminosa, mas apenas apresentar um amplo panorama de como esse fenômeno se desenvolveu de forma relativamente semelhante em diferentes regiões do planeta até o advento do período conhecido como globalização quando as características passaram a ser fortemente uniformes, demandando atenção especial dos países não só no plano interno mas também no transnacional.

²¹⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 98-99.

²¹⁶ FIJNAUT, Cyrille. Searching for Organized Crime in History. In PAOLI, Letizia (Edited by). **The Oxford Handbook of ORGANIZED CRIME**. New York: 2014, pp. 53-55.

No Japão, no século XVII, grupos criminosos se estabeleceram através da exploração de jogos de azar, com organização semelhante, e que explica, àquela posteriormente utilizada pela famosa Yakuza, misturando-se com os Japoneses Nacionalistas na discussão política daquele país, objetivando ascensão ao poder. Envolveram-se, igualmente, ao longo dos anos, com a organização ilegal de trabalhadores na construção e nos portos japoneses expandindo gradualmente até os conhecidos sindicatos da atualidade.²¹⁷

Na China, os grupos organizados, conhecidos como *Triads*, surgiram das sociedades secretas/fraternais do século XVII, que floresceram na camada menos favorecida da população com o objetivo de proteção e mútua assistência aos seus membros, diante da ineficiência do estado chinês em fornecer suporte frente aos constantes desastres que ocorriam. Nada obstante, com o passar do tempo, no decorrer do século XVIII, os interesses desses grupos foram se transmudando passando a promover conflitos e acordos na seara política, cometendo roubos e extorsão, mantendo-se, basicamente, do cometimento de crimes, sendo também indicados como os precursores das organizações criminosas da atual China.²¹⁸

Na Europa, os grupos criminosos, durante os séculos XVII e XVIII, com conhecida atuação nas regiões de língua alemã, nos países baixos e no sul da Itália, possuíam estrutura de organização fluída, com um núcleo permanente de criminosos mais experiente e uma vasta rede de conexão de ajudantes e informantes, os quais, eventualmente participavam de ações específicas em delitos de maior magnitude. A maior vantagem desse tipo de organização era a dificuldade de reconhecimento e captura pelas autoridades.

Esses grupos atuavam de forma independente nas diferentes camadas da sociedade europeia, alguns com área de influência local, inseridos na vida comunitária, enquanto outros possuíam maior mobilidade, exercendo suas atividades de forma regional e inter-regional. Como exemplo, pode-se citar o grupo *Grote Nederlandse Bende* (1790-1799), com área inicial de atuação local e regional

²¹⁷ Ibid., p. 56.

²¹⁸ Ibid., p. 57.

(Flanders - Bélgica), mas que, com o passar do tempo, foi expandida para todo o noroeste da Europa (Holanda, Alemanha, Bélgica e norte da França).²¹⁹

Os crimes cometidos pelos grupos de criminosos na Europa variavam de atos contra a propriedade a atos de violência contra pessoa, através de furtos, diferentes tipos de fraudes, extorsão, roubos, assaltos a mão armada, sequestros e cárcere privado, incêndios, tortura e perseguição de pessoas com destaque na sociedade, os últimos sendo praticados pelos grupos mais profissionais, com maior precisão e através da utilização da força, com forte intimidação da população local.²²⁰

A organização dos grupos era fortemente hierarquizada, com o líder carregando um pé-de-cabra, como símbolo de poder, seguido pelos membros mais experientes e, por fim, os novos integrantes, sem contar nos eventuais informantes e auxiliares. Possuíam sua própria subcultura com linguajar próprio, sanções internas para condutas desviadas e cerimônias especiais para iniciação de novos membros.²²¹

O surgimento e desenvolvimento desses grupos é acreditado, principalmente, a três fatores comuns e preponderantes, a saber, (1) condições de grave pobreza; (2) constantes guerras que assolaram o território europeu, com remanescência de soldados no território onde as batalhas foram travadas, situação que favoreceu a formação de alianças para promover a sua própria proteção; (3) exclusão social, em especial dos milhares de judeus e ciganos que foram expulsos do oeste e sul da Europa e que se fixaram no noroeste do velho mundo.²²²

Nada obstante, no final do século XVIII, especificamente no noroeste da Europa, as autoridades públicas travaram verdadeira guerra contra os grupos criminosos. Entre os anos de 1741 e 1778, aproximadamente 600 criminosos foram capturados e processados criminalmente, sendo mais da metade condenada a pena de morte, por enforcamento. A cruzada contra os referidos grupos foi intensificada com o passar do tempo, através da utilização de exércitos e milícias civis, com o

²¹⁹ Ibid. p. 63.

²²⁰ Ibid. p. 63.

²²¹ Ibid. p. 63-64.

²²² Ibid. p. 64.

recrudescimento das punições, impossibilitando os grupos de se recompor, situação que levou ao seu desaparecimento no início do século XIX.²²³

De outro espectro, durante o século XIX e início do século XX, os grupos criminosos floresceram e se desenvolveram de forma espantosa no sul da Itália, com especial atenção à máfia siciliana, descendente de grupos armados formados por proprietários de terras com o objetivo de defesa das propriedades, e que se voltaram ao crime com o final do feudalismo, aprovado pelo parlamento da Sicília, em 1812.²²⁴

Dois fatores foram preponderantes no surgimento da versão italiana dos grupos criminosos já experimentados no noroeste da Europa, a saber, (1) vácuo no poder político na Sicília no final da era francesa, com a incapacidade da Casa Real de Bourbon de estabelecer um efetivo governo na ilha o poder se manteve concentrado nas mãos das tradicionais elites econômicas, administrativas e sociais; (2) incapacidade de estabelecer órgãos de repressão e de justiça capazes de garantir a ordem pública e a segurança da população. Em muitas ocasiões, os grupos criminosos firmavam alianças com as autoridades locais, que os apoiavam em troca de proteção, funcionando como prenúncio do surgimento das *coscas* ou famílias mafiosas que operaram na Itália do início do século XX.²²⁵

A revolução de 1848 e a unificação da Itália em 1860 não foram capazes de formar um governo poderoso o suficiente ao ponto de retirar o monopólio da violência das mãos da Máfia. Com o passar dos anos, várias foram as famílias mafiosas que surgiram na Sicília, sempre com a mesma característica de extorquir dinheiro em troca de proteção, maximizando o lucro através da utilização da violência.²²⁶

Somente em 1924, sob o comando de Mussolini, é que o governo italiano decide retomar controle efetivo sob a Sicília e implementa forte política de perseguição penal contra os mafiosos, à semelhança daquela adotada no combate aos grupos criminosos no noroeste da Europa, com o estabelecimento de uma força tarefa na ilha,

²²³ Ibid. p. 65.

²²⁴ Ibid. p. 68.

²²⁵ Ibid. p. 68.

²²⁶ Ibid. p. 69.

utilização de rede de informantes e prisões de suspeitos, buscas em locais utilizados como esconderijos, julgamentos que intimidavam a população, sentenças com longos períodos de prisão, entre outras medidas de igual impacto, a fim de recobrir controle estatal sobre o uso da violência na ilha.²²⁷

Diante da dura política de combate à máfia estabelecida na ilha, muitos mafiosos fugiram para os Estados Unidos da América em busca de abrigo e uma nova oportunidade de vida, situação que favoreceu o estabelecimento da máfia italiana como um dos principais grupos criminosos do século XX naquele país.

Nos Estados Unidos da América, na primeira metade do século XX, a máfia ítalo-americana é apontada com o principal grupo criminoso em operação no país, através do avanço da *La Cosa Nostra*, com indicações nos jornais da utilização de técnicas de extorsão e intimidação idênticas àquelas utilizadas pela máfia siciliana e napolitana (Camorra). Contudo, não é possível se afirmar que qualquer das duas máfias italianas tenha deliberadamente formado *La Cosa Nostra* como um braço das operações realizadas na Itália.²²⁸

A despeito da proeminência da máfia ítalo-americana, outros grupos criminosos se faziam operantes em território americano, explorando prostituição, jogos de azar e tráfico de drogas, sem qualquer ligação com *La Cosa Nostra*, a exemplo de grupos de criminosos chineses, que operavam junto aos *chinatowns* que se desenvolviam ao redor dos locais de fixação de imigrantes chineses, gangues de judeus, estabelecidas principalmente nas cidades de Nova Iorque, Cleveland e Detroit e que exploravam a prostituição de mulheres judias (que preferiam a venda do corpo às condições desumanas das fábricas da época) e as gangues de irlandeses, que se formaram com a onda de imigração na segunda metade do século XIX, todas perpetrando toda sorte de crimes.

Com a emenda n. XVIII²²⁹ à Constituição do Estados Unidos da América, em 1919, e o *National Prohibition Act*, em 1920, o crime organizado teve significativo

²²⁷ Ibid. p. 70.

²²⁸ Ibid. p. 71.

²²⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – **US Constitution. Amendment n. XVIII** - Section 1 - 1: After one year from the ratification of this article the manufacture, sale, or transportation of intoxicating liquors within, the importation thereof into, or the exportation thereof from the United States and all

impulso, com o desenvolvimento e estabelecimento de grandes “sindicatos” do crime em determinadas cidades, como Chicago na era Torrio-Capone, ativos não só no comércio e transporte de bebidas alcoólicas, mas também na extorsão de comerciantes e empresários do setor têxtil, de construção e de fornecimento de comida, especialmente naquela cidade e na cidade de Nova Iorque.²³⁰

Como na Ásia e Europa, também nos EUA o desenvolvimento do crime organizado ocorreu diante de uma conjuntura social, econômica e política que favoreceu as gangues a consolidarem suas posições em negócios legais e ilegais. Todavia, ponto de extrema relevância a ser mencionado é que tal avanço somente foi possível com a leniência e apoio das autoridades das mais variadas formas e nos vários níveis da administração pública.²³¹

Influente políticos, e também os partidos aos quais eram filiados, mantinham estreita relação com grupos criminosos a fim de aumentarem a arrecadação de dinheiro para si próprios e para os partidos políticos através de meios ilegais, bem como com a intenção de alavancar os números de votos. Do outro lado, poderosos criminosos exerciam influência nos políticos quando do tratamento de matérias que lhes poderiam afetar, mas principalmente na condução da coisa pública, como por exemplo, concessão de autorizações, permissões e licenças.²³²

O aclamado criminologista americano Edwin Sutherland, no livro *Principles of Criminology*, publicado em 1934, já abordava o tema ao afirmar que *Large and Strong organizations cannot develop if the government is strongly organized. The disorganization of the present American governments, however, is different from the early types of governmental disorganization.*²³³

Preciso em sua avaliação, Sutherland apontou a origem do problema como sendo *modern law enforcement agencies cooperate with criminal organizations*

territory subject to the jurisdiction thereof for beverage purposes is hereby prohibited. US Constitution, Amendment n. XVIII, disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm, acesso em 06.06.2019.

²³⁰ FIJNAUT, Cyrille. Searching for Organized Crime in History. In PAOLI, Letizia (Edited by). **The Oxford Handbook of ORGANIZED CRIME**. New York: 2014, p. 72-73.

²³¹ Ibid. p. 74.

²³² Ibid. p. 71.

²³³ SUTHERLAND, Edwin. **Principles of Criminology**. Chicago: J.B. Lippencott, 1934, p. 188.

*because they are under control of politicians who are either criminals [...] or have sympathetic relations because of common membership in the underworld.*²³⁴

A corrupção de agentes das forças policiais, do sistema de justiça e das municipalidades é ponto chave no sucesso do desempenho do crime organizado, garantindo estrada livre para que grupos criminosos consolidassem sua atuação e domínio por muitos e muitos anos.

Mesmo após a caída do *National Prohibition Act* nos anos 1932-1933, os sindicatos do crime permaneceram ativos através da exploração ilegal da prostituição, comércio de escravos brancos e, principalmente, de jogos de azar, com forte influência em estabelecimentos comerciais que realizavam apostas e serviam como fachada “legal” para as operações clandestinas. Os criminosos, em grande escala, utilizavam os valores obtidos através do jogo ilegal para investir em negócios legítimos e adquirir participação e influência nas comunidades locais.²³⁵

Nos anos que se seguiram e com a elevada onda de violência promovida pela guerra entre organizações rivais, as autoridades públicas, em sua grande maioria, firmaram consenso na necessidade de adoção de medidas efetivas na luta contra o crime organizado, situação cristalizada, por exemplo, no relatório elaborado no âmbito da Comissão Kefauver²³⁶, comandada pelo senador Estes Kefauver, no início dos anos da década de 1950, instalada no senado americano para investigar o crime organizado no comércio interestadual, bem como vários relatórios emitidos por subsequentes comissões no senado americano sob a liderança do senador John McClellan, no início da década de 1960, que investigaram o envolvimento do crime organizado com esquemas ilegais nos sindicatos e no tráfico ilegal de drogas.²³⁷

²³⁴ Ibid., p.188.

²³⁵ FIJNAUT, Cyrille. Searching for Organized Crime in History. In PAOLI, Letizia (Edited by). **The Oxford Handbook of ORGANIZED CRIME**. New York: 2014, p. 76.

²³⁶ O relatório centralizou a questão do crime organizado nos Estados Unidos da América entorno da máfia italiana, *La Cosa Nostra*, adotando a **teoria da conspiração alienígena**, que objetivava tomar o controle do estado americano de dentro do seu próprio território, sendo amplamente controverso em razão de se ter baseado em declarações policiais, artigos de jornais e relatórios de diferentes comissões de investigação do crime, sem ter adotado uma sistemática investigação no seu próprio âmbito de atuação. Ibid. p. 78. (grifo nosso)

²³⁷ Ibid. p. 78.

Após a publicação do relatório da Comissão Presidencial para Aplicação da Lei e Administração da Justiça (*President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*) comandada pelo advogado-geral Nicholas Katzenbach, em 1968, intitulado *The Challenge of Crime in a Free Society*, conclamando a adoção de uma estratégia nacional para o combate ao crime organizado, várias leis foram editadas, a exemplo do *Organized Crime Control Act* (OCCA) e do *The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* (RICO) conferindo aos agentes públicos envolvidos na persecução criminal amplos poderes de investigação, como táticas de vigilância eletrônica, programa de proteção a testemunhas, métodos especiais contra esquemas ilegais de negócios, formação de unidades especiais de investigação sob a supervisão direta do Departamento de Justiça americano (DOJ) e intensificação na cooperação entre órgãos de inteligência das polícias a nível federal, estadual e municipal.²³⁸

A implementação dessas medidas pelas autoridades levou, na década de 1980, ao desmantelamento do maior expoente do crime organizado em solo americano, conhecido como *La Cosa Nostra*. Todavia, novo relatório da Comissão Presidencial para Aplicação da Lei e Administração da Justiça (*President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*), dessa vez comandada pelo magistrado Irving Kaufman, em 1986, demonstrou que o crime organizado nos Estados Unidos da América não estava circunscrito a máfia ítalo-americana, atraindo atenção ao crime organizado chinês, às gangues de motoqueiros, a máfia japonesa Yakuza, bem como ao crime organizado Colombiano e Irlandês.²³⁹

Nas décadas finais do século XX, o fenômeno do crime organizado, que era visto de forma concentrada nos EUA e na Itália, com algumas manifestações no Japão, China, Rússia e Colômbia, diante do fenômeno da globalização determinado pelo capitalismo de mercado e baseado fortemente no tráfico internacional de drogas e no mercado ilegal de imigração de pessoas para os países ricos, passou a ser encarado como um fator de risco mundial, com manifestação nos cinco continentes e

²³⁸ Ibid. p. 79.

²³⁹ Ibid. p. 80.

atuação em países até então desconhecidos ou onde o crime organizado já havia sido praticamente extinto, a exemplo do noroeste europeu e países africanos.²⁴⁰

Diante da agora transnacionalidade do crime organizado, fenômeno que desconhece as barreiras territoriais dos países, chegou-se a um consenso na comunidade internacional sobre a necessidade de se abordar o problema de maneira globalmente uniforme, culminando com a adoção de um parâmetro a fim de guiar a atuação dos países no combate ao crime organizado através da assinatura da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, na cidade italiana de Palermo, em dezembro de 2000.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, em seu artigo 2º, delimitou aquilo que se pode entender como organização criminosa, sendo aquela formada por um “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.”²⁴¹

A Convenção acima mencionada conta com, aproximadamente, 192 países signatários e/ou aderentes, Brasil sendo um deles, imbuídos no firme propósito de fornecer tratamento jurídico uniforme a fim de otimizar o combate às organizações criminosas, finalidade, aliás, preconizada pela ONU, no Plano de Ação Global Contra o Crime Organizado Transnacional, ao dispor que “A comunidade internacional deve adotar um conceito de crime organizado aceito por todos como base para uma maior compatibilidade das respostas nacionais e uma maior efetividade da cooperação internacional”²⁴².

²⁴⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103.

²⁴¹ ONU. **Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional**, Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>, acesso em 08.06.2019. (tradução livre)

²⁴² ONU. **Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção e Justiça Criminal**. p. 216. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf, acesso em 08.06.2019.

2.1.4. Modalidades organizacionais

Consoante acima observado, a maior concentração de informações históricas acerca do crime organizado gira em torno das manifestações encontradas na Itália, primeiramente, e, após, nos Estado Unidos da América, situação que fez enraizar no conceito internacional de crime organizado o arquétipo mafioso ou tradicional, relegando a segundo plano outras manifestações de orientação mais moderna e eficiente.²⁴³

Nada obstante, a atenção internacional que o tema recebeu, através da elaboração da Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional da ONU, permitiu o dispêndio de recursos, financeiro e humano, na investigação das causas e modalidades de manifestação desse fenômeno, desvelando formas até então não estudadas e que se interconectam de forma recíproca, buscando uma maior funcionalidade e eficiência na prática de crimes, com o objetivo final de perpetuação da organização entorno do lucro e poder.

Diante de uma pluralidade de arquétipos de organizações criminosas²⁴⁴ importa pontuar que a evolução desse fenômeno, como característico do mundo da criminalidade, é exponencialmente mais veloz do que a capacidade do Estado em percebê-lo, analisá-lo e produzir instrumentos legais aptos a fornecer resposta à mesma altura. De modo que o Estado sempre se encontra em posição anterior à ocupada pelo crime organizado em uma escala evolucionista, remediando os deletérios efeitos de sua ocorrência.²⁴⁵

Com isso, a par das classificações que serão apresentadas, é certamente possível que com o passar do tempo novas manifestações desse fenômeno sejam

²⁴³ FIJNAUT, Cyrille. Searching for Organized Crime in History. In PAOLI, Letizia (Edited by). **The Oxford Handbook of ORGANIZED CRIME**. New York: 2014, p. 68.

²⁴⁴ The point to keep in mind is that organized crime is actually one type of several categories of organized criminal behavior, which are called 'organizational', 'corporate', 'political' and 'white-collar' crimes. Crimes by corporation during the course of business, or crimes by politicians or government agencies, can also be considered part of 'organized' crime. For example, official misconduct by a government official, obstruction of justice, and commercial bribery are all types of organized criminal behavior. ALBANESE, Jay S. **Organized crimes: in our times**. 6. ed. Anderson Publishing, Burlington-MA EUA, 2011, p. 5.

²⁴⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 29.

percebidas e igualmente classificadas como crime organizado, sendo característica indelével deste a sua fluidez diante da velocidade com que a alta criminalidade se movimenta.²⁴⁶

2.1.4.1. Modalidade tradicional ou mafiosa (*alien conspiracy model*)

A teoria da conspiração alienígena, de origem norte-americana, não foi desenvolvida segundo observação de cientistas com base em elementos empíricos aferíveis de acordo com modelos científicos, mas, ao contrário, decorreu de uma manifestação política, com amplo envolvimento da opinião pública, em meados do século XX, nos Estados Unidos da América.

Após grande debate político e forte envolvimento da opinião pública, cristalizou-se, através do relatório emitido pela Comissão Kefauver, no âmbito do senado americano, a conclusão acerca da presença em solo americano de uma organização criminosa, conhecida como a Máfia, com fortes ligações com a ilha de Sicília na Itália, operando através dos sindicatos conhecidos como *The Black Hand* e *The Unione Siciliano*, explorando a distribuição de narcóticos, jogos ilegais, prostituição e extorsão mediante violência.²⁴⁷

Segundo o arquétipo mafioso, a organização criminosa é estruturada de forma hierarquizada, sendo dirigida por uma cúpula, usualmente com a figura de um patriarca comandante, com ingresso através de rituais de iniciação e exigência de

²⁴⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 29.

²⁴⁷ There is a sinister criminal organization known as the Mafia operating throughout the country with ties to other nations in the opinion of the committee. The Mafia is the direct descendant of a criminal organization of the same name originating in the island of Sicily. In this country, the Mafia has also been known as The Black Hand and the Unione Siciliano. The membership of the Mafia today is not confined to persons of Sicilian origin. The Mafia is a loose-knit organization specializing in the sale and distribution of narcotics, the conduct of various gambling enterprises, prostitution and other rackets based on extortion and violence. The Mafia is the binder which ties together two major criminal syndicates as well as numerous other criminal groups throughout the country. The power of the Mafia is based on a ruthless enforcement of its edicts and its own law of vengeance, to which have been creditably attributed hundreds of murders throughout the country. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA US Senate. **The Kefauver Committee report on organized crime**. P. 175. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.49015002580752&view=1up&seq=179>, acesso em 19.07.2019.

lealdade, ancorada em forte domínio territorial, distribuição e comercialização de produtos ilegais e integrada por estrangeiros.²⁴⁸

O arquétipo tradicional também é conhecido como modelo hierárquico, piramidais ou mafioso, possuindo como manifestação, além da *La Cosa Nostra* nos EUA, a Máfia siciliana, a Camorra napolitana, a *N'drangheta*²⁴⁹ calabresa e a *Sacra Corona Unita de Puglia*.

Podem, igualmente, ser citadas como manifestação desse modelo os cartéis de drogas colombiano e mexicano, as *triades* chinesas, a Yakuza japonesa e as chamadas máfias étnicas como a nigeriana e russa, entre outras. Ponto comum a todas é a forma hierarquizada com que são estruturadas, objetivando sempre o lucro, com distribuição de funções aos componentes como símbolo de ascendência social, fortemente ancorado no sentimento de ajuda recíproca e pertencimento a um grupo social estruturado com base em valores familiares, de irmandade e lealdade.²⁵⁰

No Brasil, pode-se citar como exemplos do modelo tradicional as organizações criminosas PCC (primeiro comando da capital) e CV (comando vermelho), a primeira com origem no estado de São Paulo e a segunda no estado do Rio de Janeiro, ambas sedimentadas fortemente sob as características acima mencionadas, representando possibilidade de inclusão e ascendência social a agentes socialmente segregados e com pouca possibilidade de ascensão na sociedade convencional.²⁵¹

Altera-se, de certo modo, o caráter xenofóbico, baseado na teoria da conspiração alienígena, para um elemento relativo à classe social, limitando o crime organizado a congregações como o PCC e o CV, não sendo vistos como integrantes

²⁴⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103.

²⁴⁹ O italiano Nicola Assisi foi detido na Operação Barão Invisível nesta segunda-feira junto com o filho dele. Ambos são suspeitos de trabalhar para **Ndrangheta**, grupo criminoso italiano que controla 40% do envio global de cocaína. JUCA, Beatriz. **Preso no Brasil o 'fantasma de Calábria', um dos principais traficantes de cocaína do mundo**. EL PAIS ONLINE. Notícia de 8 de julho de 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/08/politica/1562616543_793987.html, acesso em 19.07.2019. (grifo no original)

²⁵⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104.

²⁵¹ Ibid., p. 105.

desse modelo os autores de crimes de colarinho branco, ainda que organizacionalmente estruturados, e os servidores públicos corruptos.²⁵²

2.1.4.2. Modalidade de rede (*network*)

O paradigma de rede traz a ideia de cooperação entre grupos e criminosos, com a existência de relações mais fluidas que permitem a transição destes e daqueles através de uma rede, que se origina diante de oportunidades em cada setor e localidade, formada basicamente através de indicações e contatos, com vários desmembramentos criminosos, sem que haja entre os integrantes ocasionalmente reunidos qualquer compromisso de vinculação outra que não o objetivo para que estão organizados.²⁵³

Entre suas características, pode-se pontuar a sua fluidez, através da formação de grupos de *experts*, sem que possuam base territorial fixa de atuação, agindo em determinado espaço territorial somente enquanto favorável ao desempenho de sua atividade, portanto provisória, com ausência de vínculos entre si, rituais de iniciação ou estruturação hierárquica, diluindo-se após certo período de tempo, dando origem a novas formações em outros locais a depender das oportunidades.²⁵⁴

²⁵² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 105.

²⁵³ Desirable illicit activities, made desirable due to public demand, the local market, or other opportunity factors, appear to dictate how and what type of criminal group will emerge to exploit the opportunity. ALBANESE, Jay S. **Organized crimes: in our times**. 6. ed. Anderson Publishing, Burlington-MA EUA, 2011, p. 13.

²⁵⁴ Offenders get in touch with criminal networks through social relations, and—as they go along—their dependency on other people's resources (such as money, knowledge, and contacts) gradually declines. Subsequently, they choose their own ways: They generate new criminal groups by attracting people from their own social environment and the story begins all over again. The nature of criminal networks also explains resilience. In networks, nobody is really irreplaceable; even important persons, such as investors, organizers, and facilitators, can be substituted by others. Perhaps this is the main reason why criminal networks often seem to suffer little damage from arrests or seizures: links may be lost, but the chain is easily repaired. KLEEMANS, Edward. Theoretical Perspectives on Organized Crime. In PAOLI, Letizia (Edited by). **The Oxford Handbook of ORGANIZED CRIME**. New York: 2014, p. 40.

Nesse modelo, o pertencimento ao grupo não representa ponto de grande relevo, é valorizada, como o próprio nome sugere, a rede de contatos do criminoso, suas habilidades e capacidade de aproveitamento de oportunidades.²⁵⁵

Os indivíduos envolvidos nessa espécie de organização estão em patamar de igualdade, podendo-se caracterizá-la de forma horizontal, são “criminosos profissionais” dedicando-se em tempo integral ao cometimento de crimes e estabelecimento de contatos com novas formações, revelando alta capacidade de adequação às relações sociais modernas, decorrentes do mundo globalizado.²⁵⁶

2.1.4.3. Modalidade empresarial (*illegal enterprise theory*)

Na teoria da empresa ilegal há uma mistura de estrutura legalmente formada, com objetivo, em tese, de desempenho de atividade lícita, mas que é utilizada também para o cometimento de crimes por seus proprietários, tirando proveito de sua estrutura hierárquica e da facilidade de trânsito decorrente da mobilidade social que possui.²⁵⁷

Nesse modelo, os criminosos são vistos como pessoas normais, como empresários voltados a obtenção de lucro através de atividades que, apesar de ilícitas, são governadas pelas mesmas leis de oferta e procura que orientam o comércio regularmente exercido.²⁵⁸

O fator ilegalidade representa vários entraves ao empresário criminoso como, por exemplo, os contratos não são escritos e não são contemplas obrigações executáveis na justiça, as atividades têm que ocorrer de forma não aberta, pessoas podem ser presas e investimentos e bens podem ser alvo de busca e apreensão a

²⁵⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 29.

²⁵⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 105.

²⁵⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 30.

²⁵⁸ KLEEMANS, Edward. Theoretical Perspectives on Organized Crime. In PAOLI, Letizia (Edited by). **The Oxford Handbook of ORGANIZED CRIME**. New York: 2014, p. 40.

qualquer tempo. Em razão disso, há uma tendência de que a empresa criminosa seja de pequeno porte a fim de minimizar prejuízos.²⁵⁹

Há na empresa criminosa uma fluidez das barreiras entre as atividades lícitamente desempenhadas e aquelas realizadas ao arrepio da lei, apresentando-se, muitas das vezes, de forma interconectada, sem que se possa demarcar o liame entre o legal e o ilegal, com mistura entre atuação formalmente legal mas com investimentos ilegalmente produzidos, sempre objetivando o maior lucro e a “legalização” do produto do crime.^{260 261}

Insta pontuar que a junção da criminalidade organizada com a criminalidade empresarial, representando uma evolução do modelo tradicional, originou-se como fruto da necessidade de obtenção de *status* social ao criminoso, não mais contente com a ascensão social no âmbito do grupo criminoso, proporcionando, com isso, um aumento no seu grau de imunidade ao sistema penal. Quanto mais enraizado na sociedade “de bem”, quanto mais articulado na sociedade lícitamente estabelecida, maior será a sua capacidade de resistência aos meios de combate ao crime.²⁶²

As características indeléveis das organizações criminosas permanecem intocadas, quais sejam, a organização e a busca pelo lucro, aliadas à utilização mesclada de instrumentos e técnicas comerciais lícitas e ilícitas, situação que dificulta sobremaneira a determinação da autoria dos delitos no seio dela praticados, bem como a produção probatória, duas consequências que precisam sempre ser objeto de novas soluções penais e processuais penais. Não é à toa que nos últimos 10 anos

²⁵⁹ KLEEMANS, Edward. Theoretical Perspectives on Organized Crime. In PAOLI, Letizia (Edited by). **The Oxford Handbook of ORGANIZED CRIME**. New York: 2014, p. 40.

²⁶⁰ “Art. 31, 2. Em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, os Estados Partes procurarão reduzir, através de medidas legislativas, administrativas ou outras que sejam adequadas, **as possibilidades atuais ou futuras de participação de grupos criminosos organizados em negócios lícitos utilizando o produto do crime**”. ONU Convenção Contra o Crime Organizado Transacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm, acesso em 19.07.2019. (grifo nosso)

²⁶¹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 11-112.

²⁶² Ibid., p. 113.

houve um considerável incremento nas modalidades investigativas postas a disposição dos órgãos de repressão ao crime organizado no Brasil.²⁶³

2.1.4.4. Modalidade endógena

Nesse tipo de organização criminosa o movimento é inverso ao que geralmente ocorre nas demais modalidades mencionadas, o crime nasce de dentro da própria administração pública oriundo de criminosos que se enraízam nas mais diversas funções estatais, lançando mão da posição que ocupam para obtenção de vantagens ilegais por longos períodos de tempo.²⁶⁴

O Estado, e, portanto, as três esferas de governo, é tomado de dentro para fora pela organização criminosa e dela permanece refém diante da perpetuação dos criminosos nos cargos ocupados.

No modelo endógeno, chamado na doutrina alemã de *Kriminalität der Mächtigen* – “Criminalidade dos Poderosos”, o Estado é mero instrumento de atuação da organização criminosa, que se vale do próprio desvio no exercício de parcela do poder estatal titularizado por seus integrantes para o cometimento de crimes e garantia de impunidade.²⁶⁵

Isso demonstra, igualmente, que a relação entre poder público e criminalidade não ocorre somente em uma única direção, com servidores públicos sendo alvo de corrupção ativa e investidas por partes das organizações criminosas, mas também, ao reverso, formam suas próprias agremiações de dentro do Estado e fazem do crime sua rotina laboral.²⁶⁶

Esse modelo, à similaridade do modelo empresarial, representa uma superação da teoria da conspiração alienígena, demonstrando que o crime organizado não se põe mais às margens do poder estatal com integrantes socialmente marginalizados, mas, ao contrário, vem de movimento inverso, que nasce do próprio

²⁶³ Ibid., p. 114.

²⁶⁴ Ibid., p. 114.

²⁶⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 30.

²⁶⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 114.

Estado para dele e com ele se locupletar, com alto sentimento de pertencimento às mais altas classes sociais.

Fato é que as organizações criminosas, nos mais diversos matizes, gravitam sempre envolta de dois postos-chaves – lucro e poder – em uma relação simbiótica de retroalimentação. Mas não é somente entorno desses postos-chaves que o crime organizado vem se modernizando, a preocupação com a manutenção das atividades também se apresenta com igual importância, sendo fundamental dificultar ou obstar ao máximo a atuação dos órgãos estatais encarregados de combate ao crime (poder Judiciário, Ministério Público, polícias, fiscais tributários, UIF, etc.), inclusive com aproveitamento de lacunas legais e manipulação do processo legislativo para benefício próprio.²⁶⁷

Cabe ao Estado, portanto, através de seus órgãos competentes, “buscar soluções legais contra essa espécie de criminalidade, sem abrir mão da observância aos direitos e garantias individuais. Será quase sempre sensível o ponto exato, estreita a linha divisória”²⁶⁸, com vitórias e derrotas, mas a busca incansável pela Justiça, através do aprimoramento dos meios investigativos e de aplicação das normas legais, deve sempre prevalecer com foco nos objetivos fundamentais²⁶⁹ do estado brasileiro.

2.1.5. Legislação brasileira e definição conceitual

A delimitação conceitual doutrinária acerca do que deve ser caracterizado como organização criminosa ou crime organizado tem sido uma das mais difíceis tarefas dos aplicadores do direito na atualidade, notadamente diante da fluidez com que esses grupos são estruturados e da abrangência transnacional de suas atividades e/ou resultados.

²⁶⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 30.

²⁶⁸ Ibid., p. 33.

²⁶⁹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 20.07.2019.

No Brasil, a tipificação penal sobre grupos criminosos, inicialmente, ficava a cargo do vetusto Código Penal de 1940 que, na redação original, em seu artigo 288 dispunha que “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes” ²⁷⁰, seria conduta penalmente sancionada, todavia, patentemente insuficiente para o adequado tratamento exigido para o novo fenômeno da criminalidade organizada.

O início do debate acerca do tratamento legal destinado a organizações criminosas deu-se com a edição da Lei n. 9.034/1995²⁷¹, destinada a dispor “*sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas*”, sem, contudo, estabelecer a concreta caracterização daquilo que seria entendido por organização criminosa.

Em seu artigo 1º, inicialmente, especificava que: “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.”

Posteriormente, já no ano de 2001, referido artigo foi modificado pela Lei n. 10.217/01²⁷², passando a ostentar a seguinte redação: “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.”

O vácuo conceitual permaneceu aberto até a incorporação, quase 10 anos após, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional²⁷³ ao ordenamento pátrio, por meio do Decreto Legislativo n. 231/2003 e do Decreto Presidencial n. 5.015/2004²⁷⁴.

²⁷⁰ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em 8.6.2019.

²⁷¹ BRASIL. **Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htmimpressão.htm, acesso em 8.6.2019.

²⁷² BRASIL, **Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10217.htm, acesso em 8.6.2019.

²⁷³ Referida a partir desse momento apenas como Convenção de Palermo.

²⁷⁴ BRASIL. **Decreto n. 5015 de 12 de março de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm, acesso em 8.6.2019.

Surgiram, na época, diante das incertezas sobre a utilização dos meios operacionais previstos na citada legislação e de sua aceitabilidade como provas lícitas nos processos criminais, duas correntes objetivando fornecer substrato legal para a caracterização de crime organizado. A primeira se reportava aos conceitos já delineados no Código Penal (art. 288) ou na Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas); a segunda, por seu turno, fazia remissão ao conceito de organização criminosa previsto pela Convenção de Palermo, tendo em vista sua incorporação à ordem legal interna (arts. 21, inciso I, 84, inciso VIII, e 49, inciso I, todos da CF/88), passando a possuir caráter força de lei.²⁷⁵

Chamado ao debate, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de adotar a designação fornecida pela Convenção de Palermo a fim de legitimar a adoção dos instrumentos investigativos típicos da legislação já mencionada, principalmente por apenas trazer conceituação do sujeito ativo de delitos já minudenciados em legislação específica.²⁷⁶

Tal posição, contudo, foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 96.007²⁷⁷, sob o entendimento de que a conduta não encontraria definição legal no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto a incorporação da Convenção de Palermo no direito interno decorreria de simples decreto não sendo instrumento hábil a fornecer a definição legal de organização criminosa, sob pena de violação do disposto no artigo 5º, inciso XXXIX²⁷⁸, da CF/88.

²⁷⁵ SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial**: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 19.

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 162.957/MG**, Rel. Min. OG FERNANDES, sexta turma, j. 4/12/2012; **RHC n. 29.126/MS**, Rel. Min. ALDERITA RAMA DE OLIVEIRA (Desembargadora convocada do TJ/PE), sexta turma, j. 18/12/2012; **HC n. 171.912/SP**, Rel. Min. GILSON DIPP, quinta turma, j. 13/9/2011. Disponíveis em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>, acesso em 3.6.2019.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 96.007**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.06.2012. Ementa: TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de **organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria**. (grifo nosso) Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornet/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3390584>, acesso em 18.7.2019.

²⁷⁸ Artigo 5º, inciso XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em

Diante de tamanha controvérsia acerca das delimitações fornecidas pela Convenção de Palermo, no ano de 2012 foi promulgada a Lei n. 12.694/2012, a qual em seu artigo 2º²⁷⁹ trouxe a primeira delimitação legal do conceito de organização criminosa, basicamente incorporando aquilo preceituado pela mencionada convenção.

Nova discussão se instalou sobre a possibilidade de aplicação do conceito trazido pela nova legislação às medidas investigativas constante da Lei n. 9.034/95, tendo em vista que a Lei n. 12.694/2012 tinha como escopo “o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas”, tendo o Superior Tribunal de Justiça²⁸⁰, mais uma vez, se posicionado afirmativamente.²⁸¹

No intuito de extirpar qualquer celeuma entorno do conceito legal de organização criminosa e da possibilidade de utilização de determinados métodos investigativos, veio a lume, no ano de 2013, a Lei n. 12.850, prevendo em seu artigo 1º o seu escopo de atuação nos seguintes termos: “Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado”²⁸².

Modificando o panorama legal já estabelecido pela Convenção de Palermo e a Lei n. 12.694/2012, a nova legislação, no § 1º²⁸³ do artigo 1º, trouxe conceito

18.7.2019.

²⁷⁹ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional. BRASIL, **Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm, acesso em 3/6/2019.

²⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 175.693/AL**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, j. em 26/02/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1211827&num_registro=201001052986&data=20130304&formato=PDF, acesso em 8.6.2019.

²⁸¹ SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial**: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 26.

²⁸² BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 8.6.2019.

²⁸³ Ibid. Art. 1º, § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-

restritivo de organização criminosa ao elevar para quatro o número necessário de integrantes e fixar infrações penais com pena máxima superior a quatro anos.

O novel diploma legislativo fixou as características essenciais para o preenchimento do tipo legal de organização criminosa da seguinte forma: (a) multiplicidade de agentes; (b) estruturação e planejamento; (c) distribuição de tarefas; (d) finalidade de obtenção de vantagem de qualquer natureza; (e) cometimento de infrações penais graves (com pena máxima superior a 4 anos ou de caráter transnacional).²⁸⁴

Já no seu Capítulo II, a Lei n. 12.850/2013 destinou atenção específica à investigação e aos meios de obtenção de prova no combate às organizações criminosas, dispondo em seu artigo 3º acerca da permissão de utilização, como meio de obtenção de prova, de vários institutos legais destinados a reparar a defasagem de meios probatórios decorrente das vetustas disposições constante no Título VII do Código de Processo Penal, concebido de acordo com o estágio de desenvolvimento social e econômico da época, claramente insuficiente para a apuração de delitos multifacetados, dentre eles o de organização criminosa, perpetrados através e com o auxílio de tecnologias nem sequer pensadas na década de 40 do século passado.

A disposição dos meios de obtenção de prova enumerados nos oito incisos do artigo 3º da Lei n. 12.850/2013 revela mudança no paradigma investigatório criminal, transmudando-se de atos basicamente reativos, em que se busca provas deixadas após o cometimento de um delito (ex.: testemunhas, documentos, vestígios, etc.), para atos preponderantemente proativos, com a adoção de meios capazes de produzir provas não só acerca de delitos passados, mas também sobre aqueles que ainda estão em curso e, principalmente, evitar a ocorrência de novas condutas (ex.: captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; infiltração policial, etc.)²⁸⁵.

2014/2013/lei/12850.htm, acesso em 8.6.2019.

²⁸⁴ SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 28.

²⁸⁵ KRUISBERGEN, Edwin William. **Combating Organized Crime – A Study on Undercover Policing and The Follow-The-Money Strategy**. The Hague: WODC, Vrije Universiteit Amsterdam, 2017, p. 33. Disponível em: https://www.wodc.nl/binaries/Kruisbergen_dissertation_full%20text_tcm28-237785.pdf, acesso em

Essa mudança no paradigma investigativo brasileiro não é isolada, muito pelo contrário, vem na esteira daquilo que vem sendo adotado em vários países (Reino Unido²⁸⁶, Bélgica²⁸⁷, Alemanha²⁸⁸, Holanda²⁸⁹ e EUA²⁹⁰) do mundo no final do século XX e início do século XXI, num esforço conjunto no combate ao crime organizado e às organizações terroristas, diante da alta especialidade e sofisticação com que atuam no mundo amplamente globalizado.²⁹¹

Dentro do cabedal de meios de obtenção de prova disposto na Lei n. 12.850 para o combate às organizações criminosas, insta trazer à baila, diante do escopo do presente trabalho, o instituto da infiltração de agentes, constante do inciso VII do artigo 3º e disciplinado nos artigos 10 a 14 da referida legislação.

-
- 9.6.2019.
- ²⁸⁶ REINO UNIDO. **Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA)** (Lei de Regulamentação de Atos Investigatórios – tradução livre) Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/contents>, acesso em 9.6.2019.
- ²⁸⁷ BÉLGICA. **Wet Bijzondere Opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden** (BOM-Wet). (Lei dos Métodos Especiais de Investigação e outros Métodos de Investigação – tradução livre) Disponível em: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=2003010634&table_n_ame=wet, acesso em 9.6.2019.
- ²⁸⁸ ALEMANHA. **Gesetz zu Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und andere Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität** (OrgKG) (Lei de Combate ao Tráfico de Drogas e Outras Formas de Crime Organizado – tradução livre) Disponível em: https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgb192s1302.pdf%27%5D#_bgb1_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgb192s1302.pdf%27%5D__1575286846125, acesso em 13.6.2019.
- ²⁸⁹ HOLANDA. **De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden** (BOB ACT) (Lei Especial dos Poderes Investigativos – tradução livre). Disponível em: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0021581/2004-12-01>, acesso em 9.6.2019.
- ²⁹⁰ Nos EUA não há legislação específica de regência, cabendo às agências estatais a regulamentação dentro de seu âmbito de operação. Como exemplo tem-se o **ATTORNEY GENERAL'S GUIDELINES ON FBI UNDERCOVER OPERATIONS** (Guia de atuação para Operações Disfarçadas do Advogado Geral – tradução livre). O papel principal em regulamentar as infiltrações policiais em solo americano fica a cargo do Poder Judiciário através do julgamento de casos. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Bureau of Investigation - Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations**. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/ag/undercover-and-sensitive-operations-unit-attorney-generals-guidelines-fbi-undercover-operations>, acesso em 12.6.2019.
- ²⁹¹ KRUISBERGEN, E.W.; JONG, D. de; KOUWENBERG, R.F. **Opsporen Onder Dekmantel. Regulerig, Uitvoering en Resultaten van Undercovertrajecten**. The Hague: Boom Juridische uitgevers, 2010, pp. 14-15/87-124. Disponível em: https://www.wodc.nl/binaries/ob282-volledige-tekst_tcm28-68214.pdf, acesso em 09.06.2019.

2.1.6. Infiltração de agentes na Lei n. 12.850/13

Ao se inaugurar a tratativa acerca das operações policiais de infiltração de agentes, impende trazer a lume alguns esclarecimentos necessários ao correto posicionamento do instituto.

Segundo o sociólogo americano Gary Marx, as investigações policiais podem ser categorizadas de acordo com duas dimensões: (a) ocultas ou visíveis; e, (b) não enganosas ou enganosas. Com base nessas premissas as atividades investigativas podem ser divididas em quatro categorias: (1) atos investigativos visíveis e não enganosos, a exemplo, da oitiva de testemunhas, prisões e buscas em domicílio; (2) atos investigativos visíveis e enganosos, como exemplo se pode citar o uso de uma viatura não tripulada em determinado local mas que contém uma câmera que filma determinado local; (3) atos investigativos ocultos e não enganosos, servem de exemplo a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas ou telemáticas; e, por fim, (4) atos investigativos ocultos e enganosos, categoria em que se encaixa a utilização da infiltração policial²⁹², onde se estabelece uma operação policial sem o conhecimento da pessoa ou grupo a ser investigado e com a utilização de subterfúgio físico ou eletrônico, portanto enganador, com o objetivo de angariar elementos de prova.²⁹³

O procedimento investigativo de obtenção de elemento de prova denominado infiltração policial, portanto, possui marca própria que o distingue dos demais instrumentos de investigação, porquanto de natureza oculta e enganosa.

Apesar da previsão específica acerca do instituto na Lei n. 12.850/2013 nos artigos 3º, inciso VII, e, 10 e 11, além do título da Seção III – “Da Infiltração de Agentes” – não há qualquer definição legal sobre o que se compreende por infiltração de

²⁹² Outros exemplos podem ser citados, como a utilização de agente policial se fazendo passar por comprador interessado em determinado bem que fora objeto de crime patrimonial; ou, ainda, se passa por usuário de drogas a fim de realizar a prisão do traficante no momento da venda (pelo verbo núcleo do tipo penal transportar ou trazer consigo); ou, por fim, a infiltração de agentes policiais através da internet para investigação de crimes contra a dignidade sexual da criança ou do adolescente (arts. 190-A e seguintes da Lei n. 8.069/90)

²⁹³ MARX, Gary T. **Undercover: police surveillance in America**. Los Angeles: University of California Press, 1988, pp. 11-13.

agentes, deixando, mais uma vez, lacuna a ser preenchida pela doutrina e jurisprudência.

A fim de auxiliar na tarefa de delimitação conceitual acerca do referido instituto, mostra-se valioso o recurso a outros ordenamentos jurídicos.

Nessa esteira, inicialmente, tem-se a conceituação do instituto realizada no Código de Investigação Criminal da Bélgica, no art. 47^{octies}, § 1º, segundo a qual “infiltração policial é o contato permanente de um agente da polícia, identificado como infiltrado, com uma identidade fictícia, com uma ou mais pessoas, com indícios graves de que são cometidas infracções penais no âmbito de uma organização criminosa, como referido no Artigo 324bis²⁹⁴ do Código Penal, ou cometidos crimes ou ofensas como referido no artigo 90ter, §§ 2 a 4²⁹⁵”.²⁹⁶

Na legislação da Inglaterra, é possível se extrair definição do instituto no *Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA)*, artigo 26, seção 8²⁹⁷, infiltração

²⁹⁴ “Por organização criminosa entende-se qualquer associação estruturada de mais de duas pessoas ao longo do tempo, com o objetivo de cometer crimes e delitos que sejam passíveis de punição por uma sentença de três anos ou uma sentença mais grave, direta ou indiretamente.” (tradução livre) *Art. 324bis. (ingevoegd bij <W 1999-01-10/49, art. 3, Inwerkingtreding : 08-03-1999>) Met criminele organisatie wordt bedoeld iedere gestructureerde vereniging van meer dan twee personen die duurt in de tijd, met als oogmerk het in onderling overleg plegen van misdaden en wanbedrijven die strafbaar zijn met gevangenisstraf van drie jaar of een zwaardere straf, om direct of indirect vermogensvoordelen te verkrijgen, (...). <W 2005-08-10/61, art. 4, 053; Inwerkingtreding : 12-09-2005> Een organisatie waarvan het feitelijke oogmerk uitsluitend politiek, vakorganisatorisch, menslievend, levensbeschouwelijk of godsdienstig is of die uitsluitend elk ander rechtmatig oogmerk nastreeft, kan als zodanig niet beschouwd worden als een criminale organisatie zoals omschreven in het eerste lid. BELGICA. **STRAFWETBOEK.** (Código Penal). Disponível em: https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=1867060801&table_name=wet, acesso em 09.06.2019.*

²⁹⁵ Deixa-se de transcrever o contido no artigo 90ter, §§ 2º ao 4º em razão da grande extensão, todavia, disponível a consulta em: https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=1808111730&table_name=wet, acessado em 09.06.2019.

²⁹⁶ *Art. 47^{octies}.* <Ingevoegd bij W 2003-01-06/34, art. 4; Inwerkingtreding : 22-05-2003> § 1. Infiltratie in de zin van dit wetboek is het door een politieambtenaar, infiltrant genoemd, onder een fictieve identiteit, duurzaam contact onderhouden met een of meerdere personen, waarvan er ernstige aanwijzingen zijn dat zij strafbare feiten in het kader van een criminele organisatie, zoals bedoeld in artikel 324bis van het Strafwetboek, of misdaden of wanbedrijven als bedoeld in artikel 90ter, §§ 2 tot 4 plegen of zouden plegen. (tradução livre) BÉLGICA. **WETBOEK VAN STRAFVORDERING – EERSTE BOEK** Disponível em: [https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=nl&la=N&cn=1808111730&table_name=wet&&caller=list&N&fromtab=wet&tri=dd+AS+RANK&rech=1&numero=1&sql=\(text+contains+\(%27%27\)\)#Art.47novies](https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=nl&la=N&cn=1808111730&table_name=wet&&caller=list&N&fromtab=wet&tri=dd+AS+RANK&rech=1&numero=1&sql=(text+contains+(%27%27))#Art.47novies), acesso em 09.06.2019.

²⁹⁷ (8)For the purposes of this Part a person is a covert human intelligence source if (a)he establishes or maintains a personal or other relationship with a person for the covert purpose of facilitating the doing of anything falling within paragraph (b) or (c); (b)he covertly uses such a relationship to obtain

é atividade realizada por uma pessoa que estabelece ou mantém relação pessoal ou de outro tipo com outra pessoa com o propósito oculto de facilitar a obtenção de informação ou acesso a qualquer informação para outra pessoa ou divulga informação obtida ou como consequência desse relacionamento.

Nos Estados Unidos da América, apesar de não haver legislação específica de regência, cabendo às agências estatais a regulamentação dentro de seu âmbito de operação, pode-se citar como exemplo a tratativa da matéria no *Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations*, segundo o qual a operação de infiltração é uma investigação realizada por um agente infiltrado, utilizando de nome ou identidade falsa, envolvendo uma série de atividades ocultas, por um determinado período de tempo. Por “uma série de atividades ocultas” se entende mais de três contatos separados entre o agente infiltrado e o(s) indivíduo(s) sob investigação, ressalvada as atividades sensíveis ou fiscais, as quais independem do número de contatos.²⁹⁸

Por fim, a análise da legislação de regência leva à conclusão que, no Brasil, o procedimento de infiltração de agentes se trata de operação policial de ordem investigativa, amparada em autorização judicial, com alocação de agente de polícia, de forma oculta e disfarçada, nas atividades de uma organização criminosa, por determinado período de tempo, a fim de coletar elementos de prova para a adequada identificação de seus membros, do *modus operandi* e/ou dos delitos perpetrados, objetivando a respectiva responsabilização penal.

information or to provide access to any information to another person; or (c)he covertly discloses information obtained by the use of such a relationship, or as a consequence of the existence of such a relationship. (tradução livre). REINO UNIDO. **Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA)** Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/part/II>, acesso em 09.06.2019.

²⁹⁸ **A. "Undercover Activities"** means any investigative activity involving the use of an assumed name or cover identity by an employee of the FBI or another Federal, state, or local law enforcement organization working with the FBI. **B. "Undercover Operation"** means an investigation involving a series of related undercover activities over a period of time by an undercover employee. For purposes of these Guidelines, a "series of related undercover activities" generally consists of more than three separate contacts by an undercover employee with the individual(s) under investigation. However, undercover activity involving sensitive or fiscal circumstances constitutes an undercover operation regardless of the number of contacts involved. (tradução livre) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. **Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations** Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/ag/undercover-and-sensitive-operations-unit-attorney-generals-guidelines-fbi-undercover-operations>, acesso em 09.06.2019.

2.2. PROVA

2.2.1. Teorias da Verdade e Prova

A busca do homem pela verdade ao longo de sua existência encontra reflexo nos ensinamentos de notáveis pensadores²⁹⁹³⁰⁰havendo, atualmente, diversas teorias que procuram estabelecer um conceito daquilo que venha a ser considerado verdadeiro.

Contudo, parece consenso na comunidade científica que a chamada verdade absoluta se trata de utopia jamais possível de ser alcançada através do processo de determinação dos fatos.

Taruffo defende que “não se pode sustentar racionalmente que uma verdade absoluta possa ou deva ser estabelecida em qualquer domínio do conhecimento humano, tampouco no contexto judicial”, e arremata ao afirmar que tal ideia “parece pertencer somente aos domínios da religião e da metafísica”³⁰¹.

Nada obstante às considerações realizadas inicialmente, tem-se que, antes de se discutir acerca da possibilidade do estabelecimento de uma verdade absoluta,

²⁹⁹ É possível traçar a discussão nos ensinamentos de Platão, em Sofistas, seção n. 263b: “**263b - Theaetetus** Yes. **Stranger** Now what quality shall be ascribed to each of these sentences? **Theaetetus** One is false, I suppose, the other true. **Stranger** The true one states facts as they are about you. **Theaetetus** Certainly. **Stranger** And the false one states things that are other than the facts. **Theaetetus** Yes. **Stranger** In other words, it speaks of things that are not as if they were. **Theaetetus** Yes, that is pretty much what it does. **Stranger** And states with reference to you that things are which are other than things which actually are; for we said, you know, that in respect to everything there are many things that are and many that are not. **Theaetetus** To be sure.” (grifo no original). PLATO. **Plato in Twelve Volumes, Vol. 12** translated by Harold N. Fowler. Cambridge, MA, Harvard University Press; London, William Heinemann Ltd. 1921. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0172%3Atext%3DSoph.%3Asection%3D263b>, acesso em 16.6.2019.

³⁰⁰ Como da mesma forma em Aristóteles: “Nor indeed can there be any intermediate between contrary statements, but of one thing we must either assert or deny one thing, whatever it may be. **This will be plain if we first define truth and falsehood. To say that what is is not, or that what is not is, is false; but to say that what is is, and what is not is not, is true;** and therefore also he who says that a thing is or is not will say either what is true or what is false. But neither what is nor what is not is said not to be or to be.” (grifo nosso) ARISTOTLE. **Aristotle in 23 Volumes, Vols.17, 18**, translated by Hugh Tredennick. Cambridge, MA, Harvard University Press; London, William Heinemann Ltd. 1933, 1989. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0052%3Abook%3D4%3Asection%3D1011b>, acesso em 16.6.2019.

³⁰¹ TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad.: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26.

mostra-se necessário uma breve abordagem acerca daquilo que se considera verdade, de acordo com algumas teorias proeminentes nesse campo de discussão.

Isso porque, a depender da teoria que se adote, a verdade poderá ser dispensável, inclusive.

Nesse contexto, tem-se que para as teorias irracionalistas é impossível se alcançar a verdade dos fatos, quer seja no contexto judicial quer seja fora dele, rejeitando a própria noção geral de verdade. Alerta Taruffo, todavia, que caso se adotem as tendências irracionalistas “pode acontecer de [...] nem sequer podermos sustentar em termos racionais o problema da verdade, dentro ou fora do contexto judicial.”³⁰²

Aqui a prova seria uma espécie de *nonsense*³⁰³ ou algo que em realidade não existe, ou que, em todo caso, não é digno de ser tomado em consideração³⁰⁴. Serviriam elas apenas para conferir ares de racionalidade e legitimar uma construção teatral cuja função seria de encobrir a realidade irracional e injusta das decisões judiciais.³⁰⁵

Para teoria consensualista, verdade seria o consenso atingido por um conjunto de indivíduos em dado momento histórico e cultural em que determinadas crenças se mantêm. Seriam, sob essa ótica, as convenções sociais de uma

³⁰² TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad.: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 25.

³⁰³ “A tese segundo a qual a verdade deveria ter sido banida do discurso filosófico (e, portanto, de todos os discursos) foi sustentada de maneira incisiva por Richard Rorty, segundo o qual falar de verdade seria um *nonsense*; essa seria nada mais do que aquilo sobre o que um grupo de amigos racionalmente dialoga está de acordo.” TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: o Juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marciel Pons, 2016, p. 95.

³⁰⁴ “Por un lado, la prueba es vista como un nonsense en todas las concepciones para las que es epistemológica, ideológica o prácticamente imposible pensar que la verdad de los hechos es realmente establecida en el proceso de un modo racional. Sin necesidad de reproducir de nuevo aquí la panorámica trazada anteriormente, baste considerar, por ejemplo, que si se acoge una concepción irracionalista de la decisión judicial resulta imposible atribuir cualquier significado a la prueba de los hechos; [...] En resumen: las pruebas no servirían en absoluto para determinar los hechos, pero sus procedimientos (como la cross-examination) constituirían ritos, análogos a las representaciones sacras medievales, destinados a reforzar en la opinión pública el convencimiento de que el sistema procesal implementa y respeta valores positivos como la paridad de las partes, la corrección del enfrentamiento y la victoria de quien tiene razón.” TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltran. Madrid: Trotta, 2005, p. 80.

³⁰⁵ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltran. Madrid: Trotta, 2005, p. 81.

comunidade, e não o acordo explicitamente anuído por todos, que estabeleceriam os parâmetros para o que pode ser considerado verdadeiro.³⁰⁶

É possível concluir que sob esse enfoque a prova seria verdadeira quando exprimisse o consenso da comunidade acerca de determinado fato. “A verdade não é mais buscada no conteúdo da assertiva, mas na forma pela qual ela é obtida (consenso).”³⁰⁷ O conteúdo da prova nada tem a ver com a realidade dos fatos, apesar destes serem de evidente importância, mas sim com a forma com que a afirmação foi obtida.³⁰⁸

Já a teoria pragmática da verdade afirma que uma hipótese poderá ser considerada como verdade se for útil de se acreditar. Utilidade é a marca primordial da verdade. Pode-se concluir, dessa forma, que a verdade é estabelecida sempre de forma provisória e nunca definitiva, admitindo ser sempre revista diante de novas possibilidades de aplicação e resultados diversos.³⁰⁹

Aqui uma proposição seria verdadeira se ao final do processo de investigação dos fatos se mostrasse útil para o fim que se almeja, revelando, portanto, sua instabilidade e provisoriedade baseada em sua utilidade no caso concreto.

Segundo a teoria da coerência, nos dizeres de Taruffo, “a verdade de um enunciado de fato é somente a função de coerência de um enunciado específico em um contexto de vários enunciados.”³¹⁰ Nessa teoria, aponta ainda, “uma vez que a

³⁰⁶ “A moderna filosofia, sob a batuta de JÜRGEN HABERMAS, compreende que a verdade sobre um fato é um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes. A “verdade” não se descobre, mas se constrói, através da argumentação. [...] o sujeito deve interagir com os demais sujeitos, a fim de atingir um consenso sobre o que possa significar conhecer e dominar o objeto; não é mais a subjetividade que importa mas sim a intersubjetividade. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **PROVA E CONVICÇÃO**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 48-49.

³⁰⁷ Ibid., p. 51.

³⁰⁸ Ibid., p. 51.

³⁰⁹ Susan Haack, após breve apresentação das teorias pragmáticas da verdade desenvolvidas por C. S. Peirce, William James e J. Dewey resume a da seguinte forma, ao integrar as três vertentes: **“Truth is the end of inquiry, is correspondence with reality, is satisfactory to believe, is coherent with experience-verifiability, is a growing corpus and entitles to be called “knowledge”**”. HAACK, Susan. **The Pragmatist Theory of Truth**, in The British Journal for the Philosophy of Science, September 1976. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/31115330_The_Pragmatist_Theory_of_Truth_1976, acesso em 12.12.2019. (grifo nosso)

³¹⁰ TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad.: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26

veracidade ou falsidade somente pode ser prevista a partir dos enunciados, o único nível possível para a verdade é dos enunciados, ou seja, da linguagem e dos «relatos».”³¹¹

A verdade ocorreria dentro de um sistema de crenças, sempre dependendo de sua coerência com as demais crenças que compõem o conjunto. A prova, por sua vez, seria utilizada como um recurso persuasivo, podendo se filiar à concepção retórica dos elementos de prova, e não como um elemento de descoberta e investigação de fatos, com a finalidade de “simplesmente criar, na mente do juiz ou do jurado, uma crença acerca da credibilidade de um dos «relatos» prestados no curso do processo.”³¹²

Com isso, impende-se apontar “que narrativas coerentes e persuasivas podem ser falsas ou – como acontece com os romances – podem não pretender ser verdadeiras. Esse é o principal argumento para rejeitar qualquer teoria da verdade como simples coerência no contexto judicial.”³¹³

Por fim, na teoria da verdade como correspondência, partindo de uma concepção realista do mundo, a questão não se revela somente no campo dos relatos prestados ou da linguagem utilizada e da coerência com o sistema, a verdade seria estabelecida de acordo com a sua correspondência aos eventos que realmente ocorreram.³¹⁴

Sob essa perspectiva, no campo judicial, o estabelecimento dos fatos de forma clara e precisa, através dos meios de prova legalmente admitidos, seria condição para a aplicação correta das normas legais pertinentes à espécie. Com isso, as decisões judiciais dever-se-iam adequar à verdade dos fatos a fim de que sejam justas e corretas.³¹⁵

A função da prova seria a de proporcionar ao julgador, de forma racional e empírica, conhecimento sobre os fatos que estão no âmago da controvérsia judicial,

³¹¹ Ibid., p. 26.

³¹² Ibid., p. 27.

³¹³ Ibid., p. 27.

³¹⁴ Ibid., p. 27.

³¹⁵ Ibid., p. 27.

fornecendo material idôneo para a tomada de decisão na eleição da verdade com que se trabalhará.³¹⁶

Sob essa ótica – da teoria da correspondência – é que se poderia falar em verdade relativa no sentido de que as provas jamais poderiam reconstruir o fato exatamente como ele ocorreu. A verdade aqui funcionaria “como uma espécie de ideal regulador, ou seja, como um ponto de referencia teórico que se deve seguir a fim de orientar a empresa do conhecimento na experiência real do mundo.”³¹⁷

Essa teoria – de verdade como correspondência –, segundo Taruffo, no âmbito judicial, seria o único esquema em que o fenômeno da prova não seria imediatamente dissolvido em um caldeirão sem saída em que tudo se reduziria a uma indeterminada persuasão.³¹⁸

Em sentido semelhante, tem-se a lição de Dallagnol para quem “de fato, consensualismo e pragmatismo podem levar a que se confira um peso maior a uma dada proposição, ou aos efeitos de tal proposição [...], do que à evidência que existe referente à mesma proposição.” E complementa aduzindo que a teoria da verdade

³¹⁶ “La hipótesis de fondo es que la decisión judicial puede, y por tanto, por las razones examinadas anteriormente, debe, basarse en una reconstrucción verdadera de los hechos de la causa. Así identificado el objetivo de la determinación de los hechos, resulta evidente que con el término «prueba» se hace referencia sintetizadamente al conjunto de los elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción es elaborada, verificada y confirmada como «verdadera»²²⁶. Se recupera así, aunque en un nivel distinto de conocimiento epistemológico, el nexo instrumental entre prueba y verdad de los hechos que está en la base de la concepción jurídica tradicional de la prueba. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltran. Madri: Trotta, 2005, p. 84. No mesmo sentido são as lições de Jordi para quem “o êxito do instituto da prova jurídica ocorre quando os enunciados sobre os fatos que se declaram provados são verdadeiros, diante do que se pode sustentar que a função da prova é a determinação da verdade sobre os fatos.” BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prova e Verdade no Direito**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 76.

³¹⁷ TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad.: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26

³¹⁸ Sem fazer referência a qualquer teoria específica Taruffo tece duras críticas a relativização da verdade: “Sob outro prisma, os construtivistas radicais reduziram os resultados das pesquisas científicas à condição de meras construções mentais dos cientistas, negando com isso que tais resultados pudessem ter qualquer conexão com os fenômenos empíricos aos quais se referiam. Além disso, revisitações simplistas da teoria Khuniana da revolução científica acabaram por favorecer um ceticismo e um relativismo radicais; em função desses, se os paradigmas da ciência podem mudar, então cada paradigma equivale a outro, e nenhum deles pode ter particular pretensão de verdade. O paradoxo insito nessas abordagens é evidente: cada um tem a sua verdade pessoal, de modo que ninguém comete erros e qualquer construção do mundo é verdadeira para aqueles que nela creem. TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: o Juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marciel Pons, 2016, p. 96.

como coerência “pode apoiar uma proposição falsa que é coerente com um sistema de crenças impregnado com crenças falsas que são coerentes entre si.”³¹⁹

Defende ainda Taruffo, e agora acompanhado por Ferrajoli, que essa concepção de prova se trata de uma confirmação da ideologia definida como legal-racional da decisão judicial³²⁰, alinhando-se com os objetivos de justiça³²¹ e garantia dos direitos fundamentais das partes envolvidas no processo.³²²

O distanciamento da decisão judicial da verdade dos fatos, com eleições de proposições apartadas da realidade, levaria a um também afastamento daquilo que se tem como justo, porquanto, nos dizeres de Taruffo, existe um *nexo que vincula la verdad de los hechos y la justicia de la decisión y hace de la primera una condición necesaria de la segunda*³²³.

Com isso, a proposição de que determinada pessoa cometeu um crime será verdadeira se e somente se ela cometeu o crime.

Nada obstante, mostra-se necessário esclarecer, com Taruffo, que tal “enfoque não nega que a coerência narrativa dos enunciados possa ser em alguma

³¹⁹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 38.

³²⁰ En el centro de esta ideología hay una concepción racional y analítica de la «verdad judicial» como característica esencial de una decisión controlable, articulada y justificada: la verdad de los hechos es, en este sentido, el resultado de un procedimiento cognoscitivo complejo, que se desarrolla según directivas jurídicas y racionales y acaba en un juicio racionalmente justificado. Este juicio es un momento esencial en la estructura de la decisión judicial, del mismo modo que la justificación racional es un aspecto esencial de la justificación de la decisión globalmente entendida. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltran. Madri: Trotta, 2005, p. 69.

³²¹ En otros términos, la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria (obviamente, no suficiente) para que pueda decirse que la decisión judicial es justa. En consecuencia, hay un posible margen de **injusticia de la sentencia**, que coincide teóricamente con **la eventual desviación entre la forma concreta en que los hechos se determinen y su verdad empírica**. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltran. Madri: Trotta, 2005, p. 64. (grifo nosso)

³²² Finalmente, no faltan explícitas teorizaciones de la verdad judicial de los hechos como garantía o como base para la implementación de las garantías referidas al proceso y a la legalidad. No por casualidad, se ha dicho que veritas, non auctoritas, facit iudicium para precisar que una justicia no arbitraria debe basarse en alguna medida en la verdad, esto es, en juicios sujetos a verificación empírica; está claro, en cambio, que **una justicia «sin verdad» equivale a un sistema de arbitrariedad en el que no existen garantías sustanciales ni procesales**. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltran. Madri: Trotta, 2005, p. 69. (grifo nosso) No mesmo sentido é o ensinamento de FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 68-69.

³²³ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltran. Madri: Trotta, 2005, p. 70.

medida relevante no contexto judicial: em verdade, a coerência pode funcionar em alguns casos como um critério para eleger uma dentre diferentes reconstruções do fato baseado na mesma prova.” Para então clarificar, “o que tal enfoque nega é que a coerência narrativa dos relatos judiciais tenha que ser considerada a única dimensão relevante em que se possa conceber a verdade judicial.”³²⁴

Com esses breves apontamentos, verifica-se que no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente na seara processual penal, mostra-se de grande valia trabalhar com esta noção, possibilitando que as partes lancem mão de provas que espelhem os fatos ocorridos e subsidiem o julgador na formação de sua convicção acerca da verdade discutida, com a prolação de uma decisão justa ³²⁵.

Diante do exposto, pode-se sustentar que a obtenção, produção e aceitação judicial de elementos de prova, como meio de demonstração da ocorrência dos fatos, deve-se pautar sempre na busca da verdade, legitimando, com isso, uma decisão judicial justa acerca das consequências jurídicas³²⁶ deles advindas.

2.2.2. Conceito de prova

Após breve incursão sobre a relação entre prova e verdade, resta apontar o conceito de prova, o qual, diga-se de passagem, pode ser descrito de várias formas. Nada obstante, a delimitação a ser introduzida no presente trabalho, como não poderia ser diferente, é orientada pela visão apresentada no item anterior.

Dessa forma, segundo os ensinamentos de Jeremy Bentham³²⁷, o termo prova, na acepção mais larga da palavra, “pode ser, e parece em geral ser, entendido,

³²⁴ TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad.: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 28.

³²⁵ “En efecto, no tiene sentido invocar valores como la legalidad, la corrección y la justicia de la decisión si no se reconoce que la verdad de los hechos es condición necesaria para una correcta aplicación de la norma. Pero todo esto no tiene sentido si no se reconoce que la función propia y exclusiva de la prueba es la de ofrecer elementos para la elección racional de la versión de los hechos que puede definirse como verdadera”. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltran. Madrid: Trotta, 2005, p. 84.

³²⁶ Esa versión surge siempre que se adopta (como sucede muy a menudo) el esquema según el cual la norma jurídica tiene estructura condicional: en la medida en que prevé que una determinada consecuencia jurídica se produzca, y sea declarada por el juez, cuando ocurra el hecho previsto (aunque sea en términos generales) por la norma. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltran. Madrid: Trotta, 2005, p. 66.

³²⁷ By the term evidence, considered according to the most extended application that is ever given to it, may be, and seems in general to be, understood, any matter of fact, the effect, tendency, or design

qualquer questão de fato, cujo efeito, tendência ou desenho, quando apresentado à mente, é produzir uma convicção, negativa ou positiva, sobre a existência de alguma outra questão de fato”.

A prova, no processo, seria o instituto, à disposição das partes, através do qual se pretende demonstrar como os fatos³²⁸ ocorreram, através da reconstrução da verdade histórica (fática) mediante a utilização de fatos “probatórios” atuais, num processo de inferência indutiva de probabilidade³²⁹, ou seja, “a finalidade principal da atividade probatória é obter o conhecimento da verdade sobre os fatos ocorridos, cuja descrição será convertida em premissa do raciocínio decisório”.³³⁰

Trata-se de um meio para um fim, numa relação teleológica em que a verdade é o objetivo maior da atividade probatória, sobre determinado enunciado fático, considerado em relação de subserviência a um curso de ação no qual terceiro (juiz, cientista, examinador etc.) é chamado a se engajar, em busca de determinado objeto particular ou fim.³³¹

Nada obstante, à palavra prova, sob o ponto de vista processual penal, podem ser destinadas, segundo doutrina clássica, três acepções, a saber, (1) é o conjunto de atividades desempenhadas pelas partes na reconstituição do fato histórico que confere suporte às pretensões deduzidas no processo (ex.: a parte irá

of which, when presented to the mind, is to produce a persuasion concerning the existence of some other matter of fact—a persuasion either affirmative or disaffirmative of its existence. BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham, Vol. 6**. Publis. John Bowring 11 vols. Edinburgh: William Tait, 1838-1843. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/1923>, acesso em 19.6.2019. (posição 7836 Kindle - tradução livre)

³²⁸ Na verdade, “os fatos não podem ser provados em si mesmo. Como explica um ilustrativo exemplo de Serra Dominguez (1962, p. 359) não se pode provar uma mesa, nem um contrato, nem uma obrigação. A única coisa que se pode provar é o enunciado que afirma a existência de uma mesa em minha sala, não a própria mesa. Da mesma forma, pode-se provar o enunciado que afirma (ou nega) a existência de um contrato etc. No processo, portanto, dever-se-ão provar os enunciados formulados pelas partes sobre os fatos”. BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prova e Verdade no Direito**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 74.

³²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 44.

³³⁰ BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prova e Verdade no Direito**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59.

³³¹ Evidence is, in every case, a means to an end—a particular branch or article of knowledge, considered in respect of its subserviency towards a course of action in which a man is called upon to engage, in the pursuit of some particular object or end in view. BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham, Vol. 6**. Publis. John Bowring 11 vols. Edinburgh: William Tait, 1838-1843. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/1923>, acesso em 19.6.2019. (posição 7866, Kindle)

provar a sua alegação); (2) é o meio, o instrumento, utilizado pelas partes através do qual as informações são trazidas ao processo (ex.: perícia, documento, testemunha); e, por fim, (3) é o resultado da atividade probatória, o produto extraído dos elementos de prova ofertados pelas partes (ex.: estão provadas materialidade e autoria).³³²

Nesse ponto, pode-se concluir que a utilização do agente infiltrado em organização criminosa se enquadra como meio de prova proposto pelas partes a fim de trazer ao conhecimento do magistrado conhecimento acerca de fato criminosos que, em tese, ocorreram.

Ademais, por fim, é possível verificar que o ato de provar se desdobra em quatro momentos, a saber, (a) proposição, as partes propõem a realização de determinado ato probatório; (b) admissão, o magistrado admite tal ato; (c) produção, o ato proposto é realizado ou quando já o tiver sido é juntado aos autos pelas partes; (d) valoração, as partes e o magistrado analisam o resultado do ato probatório.

Por fim, Taruffo esclarece que o processo de formação da prova pode ser classificado como (1) procedimentos processuais, em que as provas se formam no âmbito do processo; e, (2) procedimentos extraprocessuais, em que as provas são obtidas fora do processo. O controle a ser realizado pelo magistrado pode, assim, ocorrer concomitantemente com a produção probatória, como no primeiro caso, ou, após a produção da prova, quando de sua introdução no processo, a exemplo do segundo caso.³³³

Sob essa ótica, pode-se dizer que a utilização de agente infiltrado em organização criminosa seria um misto, porquanto reunindo características de procedimento processual, uma vez que seu uso somente é autorizado mediante decisão judicial, e de procedimento extrajudicial, pois somente após a obtenção de elementos de prova pelo agente infiltrado é que o magistrado poderá analisar sua legalidade.

³³² ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 82.

³³³ Pero todo esto no tiene sentido si no se reconoce que la función propia y exclusiva de la prueba es la de ofrecer elementos para la elección racional de la versión de los hechos que puede definirse como verdadera. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltran. Madrid: Trotta, 2005, p. 86. (tradução livre)

É claro que para a correta e ordeira realização da atividade probatória, como não poderia deixar de ser, há que se delimitar o caminho a ser percorrido, estabelecendo procedimentos a serem respeitados, sempre com respeito aos direitos fundamentais, a fim de que os resultados atingidos cumpram as finalidades a que se propuseram.

2.2.3. Natureza jurídica do direito à prova

Partindo-se do pressuposto acima mencionado, de respeito aos direitos fundamentais na atividade probatória, insta trazer ao espectro de investigação do presente trabalho a questão envolvendo a natureza jurídica do direito à prova.

Sobre a natureza jurídica do direito à prova duas questões devem ser abordadas. Primeira: trata-se de direito ou garantia? Segunda: decorre do texto constitucional ou possui apenas matriz infraconstitucional?

Inicialmente, é interessante pontuar que a CF/88, rompendo com as amarras postas aos direitos humanos decorrentes da ditadura militar (1964-1985), enumerou um feixe de direitos considerados fundamentais para o regramento da vida em sociedade, com a fixação de instrumentos assecuratórios, usualmente referidos como garantias fundamentais.³³⁴

As garantias fundamentais, portanto, são direitos instrumentais que asseguram ao cidadão o exercício e o respeito por parte do Estado e da sociedade dos direitos fundamentais decorrentes da Constituição Federal de 1988.³³⁵

Uma das mais proeminentes garantias fixadas no catálogo de direitos fundamentais é a da inafastabilidade da tutela jurisdicional, decorrente do direito de

³³⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 87.

³³⁵ “Em desenvolvimento do raciocínio, as normas constitucionais definidoras de direitos – isto é, de direitos subjetivos constitucionais – investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Não cumprido espontaneamente o dever jurídico, o titular do direito lesado tem reconhecido constitucionalmente o direito de exigir do Estado que intervenha para assegurar o cumprimento da norma, com a entrega da prestação. Trata-se do direito de ação, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição, em dispositivo assim redigido: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª ed. São Paulo: 2018, p. 261.

ação (art. 5º, inciso XXXV, CF/88), do direito a ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, inciso LV, CF/88) e da garantia do juiz natural (art. 5º, inciso LIII, da CF/88), todos entrelaçados através do princípio do devido processo legal, também previsto como garantia fundamental no artigo 5º, inciso LIV, da CF/88.³³⁶

Diante dessa contextualização, estabelecido o acesso ao Poder Judiciário como garantia fundamental de defesa dos direitos fundamentais e que o exercício dessa garantia ocorre através de decisões judiciais, devidamente fundamentadas (art. 93, inciso IX, CF/88) e documentadas em um processo orientado pela busca da verdade, é possível estabelecer, como decorrência lógica, a existência de um direito à prova, entendido como o meio hábil posto à disposição das partes para influir no convencimento do magistrado acerca de determinado enunciado fático a ser utilizado como pressuposto necessário para aplicação da norma legal ao caso concreto.

Quanto mais próxima a verdade processual estiver do fato histórico sob o qual se funda a disputa, maior será a legitimidade da decisão no sentido de se ter atingindo uma prestação jurisdicional justa e adequada aos fatos articulados, com consequente aumento de sua aceitabilidade social.

O direito fundamental à prova, como ocorre com vários outros direitos fundamentais, possui dupla característica, servindo ao acusado no processo penal como garantia de que a prestação jurisdicional somente lhe será desfavorável se amparada em provas produzidas dentro dos parâmetros constitucionais (em especial, sob o contraditório e ampla defesa), mas também à sociedade e às vítimas, garantindo o adequado exercício do *jus puniendi* por parte do Estado no desempenho do direito fundamental a tutela penal, decorrente do artigo 5º, inciso LIX, da CF/88.

A interpretação teleológica do direito fundamental insculpido no artigo 5º, inciso LIX, da CF/88, revela “o reconhecimento da garantia fundamental da vítima de ter a tutela penal de seus direitos fundamentais, tanto que se, o titular da ação pena

³³⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 87.

pública não a intentar no prazo legal, conceder-se-lhe-á uma legitimação superveniente para o ajuizamento da ação”³³⁷.

É dizer, o dever estatal de tutela penal efetiva dos direitos fundamentais, exercido através do adequado aparelhamento do Estado, inclusive no campo legal e probatório, do qual é titular cada indivíduo e a sociedade como um todo, concede a vítima (individual ou coletividade) o direito fundamental à prova, como meio de garantir proteção aos direitos por si titularizados, através da capacidade de influir no convencimento do Estado (poder judiciário) acerca da aplicação de determinada norma legal no caso concreto.

Nesse âmbito, há um dever do Estado, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais ³³⁸, de constante análise e evolução ³³⁹ dos meios probatórios a fim de que a tutela penal aos direitos fundamentais não seja prejudicada com a constante evolução e transformação da macrocriminalidade, especialmente a dos poderosos³⁴⁰.

2.2.4. Objeto da prova

Por objeto da prova se deve entender as alegações acerca dos fatos que as partes pretendem demonstrar. É o *thema probandum*, ou seja, todos os fatos, principais e secundários, sob os quais as partes objetivam demonstrar a sua verdade acerca de um fato histórico ocorrido no passado.

Veja-se que o fato em si não é objeto da prova, mas sim a verdade acerca das afirmações realizadas pelas partes no processo acerca do fato. O fato, como acontecimento histórico que é, pois sempre pertencente ao passado, somente pode ser constatado no exato momento em que ocorre, deixando apenas a sua reconstrução aproximada segundo as diferentes versões apresentadas pelas partes.

³³⁷ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 89.

³³⁸ Conforme item 1.6.3. do presente trabalho.

³³⁹ Consoante tratado no item 1.6.4. do presente trabalho.

³⁴⁰ Item 2.1.2.4. desse trabalho.

Com isso, o objeto da prova será a comprovação da versão apresentada por cada parte ao interpretar o fato histórico do qual fizeram parte ou de que tomaram conhecimento.

2.2.5. Meios e fontes de prova

Os meios de prova, segundo lição de Mongenot, são os instrumentos ou atividades por meio dos quais as partes, ao introduzirem elementos de prova no processo, objetivam demonstrar ao órgão julgador a verdade dos fatos alegados, a fim de possibilitar a escorreita aplicação da norma jurídica ao caso concreto.³⁴¹

Há que se fazer a distinção entre meio de prova e fonte de prova. O depoimento prestado em juízo é o meio de prova produzido através da oitiva da vítima, testemunha, acusado, etc. esses são a fonte de prova. Na mesma senda, o local em que o crime ocorreu é fonte de prova, ao passo que o laudo pericial realizado por peritos após inspecionarem o local se traduz em meio de prova.³⁴²

Segundo esse panorama, meio de prova é o veículo através do qual chega ao conhecimento do julgador os elementos probatórios sobre determinado fato alegado. Já as fontes de prova são as pessoas ou objetos de onde se extraem as provas.

“Os meios de prova podem ser tipificados em lei ou os moralmente legítimos, sendo estes denominados provas inominadas”.³⁴³ Não há, em princípio³⁴⁴, limitação quanto aos meios de prova no processo penal brasileiro, tendo as partes o “direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código”³⁴⁵.

³⁴¹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 416.

³⁴² Ibid., p. 416.

³⁴³ Ibid., p. 416.

³⁴⁴ Há limitação a atividade probatória no que se refere ao estado das pessoas, consoante disciplinado pelo parágrafo único do artigo 155 do Código de Processo Penal.

³⁴⁵ “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.” BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Aplicável ao processo penal em decorrência do estipulado no artigo 3º do Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em 10.07.2019.

Segundo escólio de Mendroni, “nulos são os meios pelos quais as provas são produzidas”. As provas se apresentam ao mundo de forma estática enquanto os meios através dos quais são produzidas é que possuem dinamicidade. “Estes, os meios, são ações que, podendo ter assumido formas ilegais, podem – estes sim – ser ilícitas [sic] e assim passíveis de nulidade. Sendo nulos os meios, eles contaminam a utilização das provas”.³⁴⁶

E arremata o mencionado autor, “as provas servem para demonstrar a existência de algum fato, gerando juízo positivo ou negativo, para mais ou para menos, de convicção por parte do julgador”.³⁴⁷

Concluindo que, “então as “provas” não são lícitas ou ilícitas, simplesmente são eficazes ou não para demonstrar a verdade da existência de outro fato. Ilícitos são os meios através dos quais se chega àquela “prova””.³⁴⁸

2.2.6. Limites à prova

Apesar da relação entre prova e verdade, já referida no item 2.2.1., é certo que a prova processual criminal, em razão de se submeter a determinadas normas e centros de poder definidos de acordo com cada ordenamento jurídico, sofre uma série de limitações que restringem a sua possibilidade de corresponder ao fato histórico.

Dentre essas dificuldades que a atividade probatória encontra no seu caminho de produção até ser efetivamente valorada pela jurisdição, necessário mencionar quatro limitações ínsitas ao processo, (1) a valoração subjetiva do julgador, que é condicionada por circunstâncias ambientais que o cercam e pela carga da história de vida que carrega em si mesmo; (2) a impossibilidade de se discutir com outros historiadores e de se autocorrigir a pesquisa histórica levada a cabo pelas partes no processo; (3) visão deformada do magistrado que passa a ver os fatos

³⁴⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal: Estudos sobre a Valoração das Provas Penais**, 2ª ed. São Paulo: 2015, p. 161.

³⁴⁷ Ibid., p. 161.

³⁴⁸ O mencionado autor aduz, em continuação ao raciocínio acima esposado, que “Ora, se as “provas” demonstram ou não a verdade ou a existência de outro fato – é de se concluir que, em nome do Princípio Processual, “A busca da verdade real”, todas – absolutamente TODAS as provas – indistintamente deveriam, a priori, ser admitidas, independentemente do meio – lícito ou ilícito –, criminoso ou não – de como foram obtidas”. MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal: Estudos sobre a Valoração das Provas Penais**, 2ª ed. São Paulo: 2015, p. 166.

somente pela dimensão jurídica, fixando atenção naqueles que serão relevantes para a aplicação da norma ao caso concreto, desprezando os demais detalhes; (4) a produção subjetiva das provas que é realizada pelas partes com o intuito de confirmar os enunciados acerca dos fatos e não anteriormente e de forma independente destes.³⁴⁹

Não bastasse isso, a atividade probatória é limitada por um conjunto de normas materiais e processuais, as quais desempenham função garantidora dos direitos fundamentais das partes e da própria legitimação da atividade jurisdicional e, por isso, impõem restrições ao objeto da prova, às fontes e aos meios de prova através dos quais os dados probatórios adentram ao processo, além de especificar os procedimentos a serem seguidos, com eventuais sanções a exemplo da preclusão, das nulidades e a própria inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.³⁵⁰

Esses limites probatórios podem ter fundamentos processuais (lógicos, epistemológicos) ou extraprocessuais (políticos).

“No primeiro caso, excluem-se provas impertinentes ou irrelevantes”³⁵¹, bem como se restringe o modo de produção da prova (exemplo é o exame de corpo de delito, nas infrações penais não transeuntes – art. 158 do CPP, caso de morte – art. 62 do CPP, etc.).

Já o segundo caso, de especial interesse para o presente trabalho, pode-se citar a existência de privilégios (contra autoincriminação, relacionado ao segredo profissional³⁵², a relação matrimonial ou de parentesco) bem como a proibição de introdução de provas obtidas com violação de direitos fundamentais.³⁵³

³⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 46-49.

³⁵⁰ Gomes Filho, Antonio Magalhães. **Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988**. In Os 10 anos da Constituição Federal. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999, p. 251.

³⁵¹ Ibid., p. 251.

³⁵² “Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.” BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm, acesso em 18.6.2019.

³⁵³ Gomes Filho, Antonio Magalhães. **Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988**. In Os 10 anos da Constituição Federal. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999, p. 251.

2.2.7. Finalidade da prova

Parece cristalino e fora de maiores questionamentos que a finalidade da prova é provocar no magistrado a certeza necessária para a eleição racional da *story of the case*³⁵⁴ apresentada por uma das partes e adotá-la como verdadeira, aplicando as consequências jurídicas prescritas por determinada norma do ordenamento.

A imposição de limitações à atividade probatória, consoante já exposto no item anterior, serve não só para garantir o respeito aos direitos fundamentais, mas também, e em igual importância, para legitimar o exercício da jurisdição que, exercendo parcela do poder do Estado, através de decisões judiciais dentro processo, busca a pacificação social através da entrega da Justiça, objetivo fundamental do estado brasileiro ao lado da dignidade da pessoa humana (artigo 3º, incisos I e III, da CF/88).

O processo, portanto, é o instrumento utilizado pelo Estado para manifestação de parcela do seu poder, com a finalidade de entregar Justiça ao caso concreto e pacificar o corpo social através da percepção na sociedade de que os resultados encontrados foram justos, sendo correta a aplicação da norma e, por lógica, as consequências jurídicas dela advindas.³⁵⁵

A prova, nesse raciocínio, é o meio através do qual o magistrado, no exercício da jurisdição, lança mão para justificar, de modo racional e motivado, a eleição da versão dos fatos entendida como verdadeira³⁵⁶. Quanto mais próxima a verdade adotada no processo estiver do fato histórico, maior será a carga de legitimidade na aplicação da norma.

Trata-se do caráter social da prova, que funciona como justificação da certeza judicial para aplicação da norma ao fato, sendo aferida pela “sociabilidade do

³⁵⁴ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltran. Madri: Trotta, 2005, p. 82.

³⁵⁵ ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 81.

³⁵⁶ Pero todo esto no tiene sentido si no se reconoce que la función propia y exclusiva de la prueba es la de ofrecer elementos para la elección racional de la versión de los hechos que puede definirse como verdadera. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltran. Madri: Trotta, 2005, p. 86. (tradução livre)

convencimento, ou seja, o convencimento do juiz deve encontrar apoio na consciência social”, e assim, caso “os fatos submetidos à sua decisão, se submetida[sic] ao juízo desinteressado de qualquer outro cidadão razoável, produziram também os mesmos resultados”.³⁵⁷

Nesse sentido, a atividade probatória “visa preponderantemente à obtenção do consenso do grupo social em nome do qual será pronunciada a decisão.”³⁵⁸

Exerce, assim, a atividade probatória, função de pacificação do corpo social, indicando que o pronunciamento judicial, fundado em provas e, portanto, verdadeiro, é justo, funcionando como um “mecanismo de legitimação, por meio do qual a decisão deixa de ser arbitrária e passa a ser aceitável”.³⁵⁹

Em razão dessa tensão que existe nos temas relacionados à prova judiciária, especialmente no processo penal, que se mostra necessário o reconhecimento de limites à atividade probatória, sempre objetivando a adequação dos interesses em jogo com a obrigação de o Estado de sacrificar na menor medida possível os direitos fundamentais do acusado.³⁶⁰

³⁵⁷ ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 81.

³⁵⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988**. In Os 10 anos da Constituição Federal. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999, p. 250.

³⁵⁹ Ibid., p. 251.

³⁶⁰ “É que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social de direito, tanto os direitos como as suas limitações.” GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**, 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 121. (grifo nosso)

CAPÍTULO 3

AGENTE INFILTRADO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, PROVA ILÍCITA E PROPORCIONALIDADE

3.1. PROVA ILÍCITA

3.1.1. Evolução conceitual

A questão da prova ilícita, anteriormente à Constituição Federal de 1988, vinha tratada no Código de Processo Penal no artigo 233³⁶¹, o qual estabelecia a impossibilidade de admissão em juízo de cartas particulares obtidas por meios criminosos, todavia, com temperamentos pelo artigo 240, § 1º, 'f', que autorizava a apreensão de cartas, "abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato"³⁶².

Não havia qualquer previsão de tratamento de provas ilícitas nos textos constitucionais de 8 de setembro de 1946³⁶³, de 15 de março de 1967³⁶⁴ ou de 17 de outubro de 1969³⁶⁵ (emenda constitucional n. 1 que reescreveu a constituição de 1967).

³⁶¹ "Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo. Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário." BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm, acesso em 19.9.2019.

³⁶² Artigo 240, § 1º, 'f'. BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm, acesso em 19.9.2019.

³⁶³ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 8 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm, acesso 19.9.2019.

³⁶⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 15 de março de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm#art189, acesso em 19.9.2019.

³⁶⁵ BRASIL. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm, acesso em 19.9.2019.

Somente após o fim do regime ditatorial militar, com a promulgação da constituição cidadã, como é conhecida a Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, é que o tratamento das provas ilícitas, na esteira de outros países, ganhou caráter de norma constitucional, com a previsão no artigo 5, inciso LVI, sob os seguintes termos, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”³⁶⁶.

Trata-se, portanto, de inequívoca garantia fundamental de cunho constitucional que visa à proteção de direitos fundamentais do cidadão, na seara judicial, notadamente aquele acusado da prática de um crime.

Segundo escólio de Ada Pellegrini Grinover, adotado majoritariamente pela doutrina, a prova vedada no inciso LVI do artigo da CF/88 é gênero do qual fazem parte duas espécies, a saber, (1) prova ilegítima, entendida como aquela obtida com violação à norma processual e, portanto, eivada de nulidade; e, (2) prova ilícita, sendo aquela obtida com desrespeito a “normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis frequentemente para proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade”³⁶⁷.

Segundo Avolio, além da distinção sobre a natureza da norma violada, é necessário se fazer outra, de natureza temporal, quanto ao momento da ilegalidade: (a) na prova ilegítima a transgressão ocorre quando da sua produção no processo, assim o ato ilegal capaz de ensejar a inadmissibilidade da prova ocorre dentro do próprio procedimento judicial; (b) na prova ilícita a transgressão ocorre no momento da colheita da prova, previamente ou concomitante ao processo, porém sempre fora deste.³⁶⁸

Com isso, levando-se em conta as lições de Norberto Avena, a prova ilegítima seria aquela produzida com a violação de norma de ordem processual, mediante reconhecimento de sua invalidade no âmbito da teoria das nulidades

³⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, aceso em 19.9.2019.

³⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 129.

³⁶⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

processuais; de outro passo, a prova ilícita teria lugar quando a infringência houvesse ocorrido, direta ou indiretamente³⁶⁹, a normas ligadas a garantias ou a preceitos de índole constitucional.

Como exemplo de violação direta à norma ligada a garantias ou a preceitos de índole constitucional, pode-se citar (1) interceptação telefônica sem ordem judicial (art. 5º, inciso XII, da CF/88); (2) busca e apreensão domiciliar sem a presença de fundadas razões, ainda que em flagrante delito descoberto posteriormente (art. 5º, inciso XI, CF/88); (3) registros de movimentação financeira de conta bancária do suspeito sem ordem judicial³⁷⁰ (art. 5º, inciso X, CF/88).³⁷¹

Por outro lado, a violação indireta à norma ligada a garantias ou a preceitos de índole constitucional pode ocorrer, por exemplo, (a) interrogatório judicial sem a presença de advogado (art. 185 do CPP e, indiretamente, art. 5º, inciso LV, da CF/88); (b) confissão judicial sob coação (art. 186 do CPP e, por via reflexa, art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) etc., estas violações mesmo que a normas legais processuais, por interferirem indiretamente com garantias fundamentais constitucionais ensejam o reconhecimento da ilicitude e, portanto, a sua completa inadmissibilidade nos autos.³⁷²

³⁶⁹ Quanto à referência inserta ao art. 157 no sentido de que ilícitas são as provas obtidas “em violação a normas constitucionais ou legais, não está incorreta, apenas se devendo entender este último caso (“ou legais”) como hipótese de violação indireta à Magna Carta, vale dizer, ofensa a dispositivo de lei cujo conteúdo reflita em garantia constitucional.” AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 537.

³⁷⁰ Recentemente o Supremo Tribunal Federal, no julgado do RE n. 1.055.941, de relatoria do Min. Dias Toffoli, que a UIF e a Receita Federal podem compartilhar dados financeiros com o Ministério Público sem a necessidade de ordem judicial, não havendo infringência aos direitos fundamentais constantes do artigo 5º, incisos X e XII, da CF/88, em razão do interesse “na defesa da probidade, combate ao crime organizado e à corrupção” (voto vista do Ministro Alexandre de Moraes), ao fixar a seguinte tese: “O Tribunal, por maioria, aderindo à proposta formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.”, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não referendava a tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 04.12.2019’. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.055.941**, relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 4.12.2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5213056>, acesso em 09.01.2020.

³⁷¹ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 538.

³⁷² AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São

O Código de Processo Penal permaneceu indiferente à alteração constitucional até o advento da Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, ocasião em que houve alteração do artigo 157 e a inclusão três parágrafos explicativos.

Segundo a referida norma, são entendidas como provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, não fazendo qualquer diferenciação entre aquelas e as denominadas provas ilegítimas, situação que levou parte da doutrina³⁷³ a afirmar não haver mais razão para tal diferenciação, devendo serem todas consideradas ilícitas e, portanto, inadmissíveis ao processo.

Nada obstante, prevalece o entendimento de que, mais uma vez, andou mal o legislador na redação do referido artigo de lei, isso porque não se pode simplesmente tomar por ilícita, e, portanto, inadmissíveis de plano ao processo, provas que foram eventualmente produzidas sem a observância de normas processuais, as quais devem ser regidas pela teoria das nulidades processuais (artigos 563 a 573 do Código de Processo Penal).³⁷⁴

Como exemplo, vislumbra-se a tomada de depoimento de testemunha sem que o magistrado tenha se atentado ao dever de compromissá-la, havendo descumprimento do artigo 203 do Código de Processo Penal, adotando-se o entendimento de que não há diferenciação entre prova ilegítima e ilícita, dever-se-á declarar ilícito o depoimento e retirá-lo dos autos, de outro giro, adotando-se a diferenciação, o referido ato processual deverá ser analisado segundo a teoria das

Paulo: MÉTODO, 2018, p. 538.

³⁷³ “Em primeiro lugar, tomou-se como gênero a expressão *provas ilícitas*, do qual surgem as espécies: as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. Uma prova conseguida por infração à norma penal (ex.: confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual penal (ex.: laudo produzido por um só perito não oficial) constitui prova *ilícita* e deve ser desentranhada dos autos.” NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017 p. 508.

³⁷⁴ “Não parece ter sido a melhor, assim, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, que, longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O descumprimento da lei processual leva à *nulidade* do ato de formação da prova e impõe a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573, *caput*, do CPP.” GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008**. in As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. Coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008, p. 266. No mesmo sentido: AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 536.

nulidades, ou seja, não comprovado prejuízo com a sua realização deverá permanecer hígido.³⁷⁵

3.1.2. Prova ilícita por derivação

Além das divisões mencionadas, resta trazer à baila uma terceira classificação decorrente das acima tratadas, sendo as provas ilícitas por derivação, em razão da adoção no direito brasileiro da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree doctrine*), de origem norte americana.

Essa teoria foi inicialmente desenvolvida no âmbito do direito constitucional norte americano quando a Suprema Corte daquele país, ao decidir o caso *Silverthorn Lumber Co. vs US*³⁷⁶, em 1920, entendeu que documentos apreendidos em razão de busca e apreensão inconstitucional realizada em uma empresa não poderiam ser utilizados como razão para emissão de ordem de apresentação de documentos (*subpoena*) a serem utilizados em procedimento criminal contra seus responsáveis.

Na teoria dos frutos da árvore envenenada, portanto, há clara relação de causalidade entre a ilicitude do primeiro elemento de prova e a obtenção da segunda prova, ou seja, sendo a origem contaminada com a ilegalidade não poderá qualquer resultado dela advindo ser admitido como se legal fosse.³⁷⁷

A referida teoria, até o ano de 2008, encontrava respaldo no artigo 573, § 1º, do Código de Processo Penal, segundo o qual “a nulidade de um ato, uma vez

³⁷⁵ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 536.

³⁷⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte norte-americana - **Silverthorne Lumber Co. v. U S 251 U.S. 385 (1920)** Syllabus The Fourth Amendment protects a corporation and its officers from compulsory production of the corporate books and papers for use in a criminal proceeding against them when the information upon which the subpoenas were framed was derived by the Government through a previous unconstitutional search and seizure, planned and executed by its officials under color of a void writ, provided the defense of the Amendment be seasonably interposed, and not first raised as a collateral issue at the trial of the indictment. P. [251 U. S. 391](#). The rights of a corporation against unlawful search and seizure are to be protected even if it be not protected by the Fifth Amendment from compulsory production of incriminating documents. P. [251 U. S. 362](#). Reversed. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>, acesso em 20.09.2019.

³⁷⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008**. in As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. Coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008, p. 266.

declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”³⁷⁸.

Nada obstante, com o advento da Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, houve a incorporação por expresso da referida teoria no Código de Processo Penal em seu artigo 157, § 1º, que estabelece “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”³⁷⁹.

Com isso, sob a ótica da hipótese a ser investigada no presente relatório, não só as provas diretamente advindas de conduta ilegal do agente infiltrado podem ser consideradas inadmissíveis, mas também todas aquelas que delas advierem numa perspectiva lógico-temporal.

3.1.3. Sistemas de tratamento das provas ilícitas

O sistema de tratamento das provas ilícitas adentra no campo das consequências relacionadas com a obtenção e produção de provas em contradição, direta ou indireta, com preceitos constitucionais que objetivam a salvaguarda de direitos fundamentais do cidadão, compatibilizando interesses dentro do processo, sempre na busca da realização da justiça e da pacificação social.

Nos Estados Unidos da América, apesar da orientação legal anglo-saxã, notadamente liberal quanto à admissibilidade de provas ilícitas, claramente influenciada pelos ensinamentos de Jeremy Bentham, que pregava a liberdade na produção probatória, com abolição de regras a esse respeito³⁸⁰, o tratamento inicial da matéria seguiu caminho diverso.

³⁷⁸ Artigo 573, § 1º. **BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm, acesso em 20.9.2019.

³⁷⁹ Artigo 157, § 1º. **BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm, acesso em 20.9.2019.

³⁸⁰ TWINING, William. **Rethinking Evidence: Exploratory Essays.** 2a ed. New York: Cambridge University press, 2006, p. 200.

Ao que se tem notícia, até o final do século XIX, o entendimento que prevalecia em solo americano era no sentido de se admitir no processo a prova produzida com ilegalidade³⁸¹³⁸². Nada obstante, no paradigmático julgamento *Boyd v. United States*³⁸³, em 1886, a Suprema Corte norte-americana declarou inadmissíveis no processo, como prova, documentos em que se obrigou o acusado a entregar, por violação as emendas IV e V da Constituição americana.³⁸⁴

Posteriormente, já no ano de 1914, no caso *Weeks v. United States*, a Suprema Corte norte-americana, ao estabelecer que a admissão, no processo, de documentos obtidos na casa de um acusado sem mandado de busca e apreensão seria um *prejudicial error*³⁸⁵, sedimentou o entendimento de que provas obtidas de forma inconstitucional não seriam admitidas em juízo.³⁸⁶

A partir desses julgamentos paradigmáticos, deu-se início à doutrina da *Exclusionary Rule*, inicialmente admitida somente em cortes federais, mas que, posteriormente, com a aplicação da teoria da *incorporation* no julgamento do caso

³⁸¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Massachusetts Circuit Court. **United States v. La Jeune Eugenie**, 26 F. Cas. 832 (C.C.D. Mass. 1822) [...] 4. The lawfulness or unlawfulness of the mode by which evidence is obtained, does not affect its admissibility in a court of law. Disponível em: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0026.f.cas/0026.f.cas.0832.2.pdf>, acesso em 28.6.2019.

³⁸² RE, Richard M. **THE DUE PROCESS EXCLUSIONARY RULE**. Harvard Law Review, n. 7, vol. 127, May 2014. pp. 1893-1965. p. 1919. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2014/05/the-due-process-exclusionary-rule/>, acesso dia 28.6.2019.

³⁸³ "The seizure or compulsory production of a man's private papers to be used in evidence against him is equivalent to compelling him to be a witness against himself, and, in a prosecution for a crime, penalty or forfeiture, is equally within the prohibition of the Fifth Amendment. Both amendments relate to the personal security of the citizen. They nearly run into, and mutually throw light upon, each other. When the thing forbidden in the Fifth Amendment, namely, compelling a man to be a witness against himself, is the object of a search and seizure of his private papers, it is an "unreasonable search and seizure" within the Fourth Amendment." (Syllabus) US. **Boyd v. United States**, 116 U.S. 616 (1886). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>, acesso em 21.6.2019.

³⁸⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008**. in As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. Coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008, p. 263.

³⁸⁵ "Where letters and papers of the accused were taken from his premises by an official of the United States, acting under color of office but without any search warrant and in violation of the constitutional rights of accused under the Fourth Amendment, and a seasonable application for return of the letters and papers has been refused and they are used in evidence over his objection, prejudicial error is committed, and the judgment should be reversed." (syllabus) US. **Weeks v. United States**, 232 U.S. 383 (1914). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/>, acesso em 21.6.2019.

³⁸⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008**. in As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. Coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008, p. 263.

*Mapp v. Ohio*³⁸⁷, pela Suprema Corte norte-americana, foi disseminada, igualmente, nas cortes estaduais e municipais no território americano.

No direito inglês o entendimento majoritário é de que eventual ilegalidade na obtenção da prova não impede a sua admissibilidade em juízo, prevalecendo o interesse da administração da justiça na busca da verdade, não sendo tarefa dos tribunais fiscalizar como a polícia exerce suas atividades na obtenção de provas. Nada obstante, é conferida ampla discricionariedade ao magistrado para excluir do processo provas que tenham maculado a higidez do processo (*fair trial*), consoante seção 78³⁸⁸ do *PACE (Police and Criminal Evidence Act 1984)*.³⁸⁹

Em solo australiano o tema também é resolvido nos moldes do direito inglês, sendo a regra a admissibilidade de toda e qualquer prova, cabendo, entretanto, ao magistrado, no exercício de seu poder discricionário³⁹⁰, a exclusão daquelas que

³⁸⁷ All evidence obtained by searches and seizures in violation of the Federal Constitution is inadmissible in a criminal trial in a state court. *Wolf v. Colorado*, 338 U. S. 25, overruled insofar as it holds to the contrary. Pp. 643-660. 170 Ohio St. 427, 166 N.E.2d 387, reversed. US. **Mapp v. Ohio**, 367 U.S. 643 (1961). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/>, acesso em 21.6.2019.

³⁸⁸ "Sec. 78 - Exclusion of unfair evidence. (1) In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, **having regard to all the circumstances**, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it." REINO UNIDO. **Police and Criminal Evidence Act 1984**. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents>, acesso em 21.7.2019.

³⁸⁹ CHOO, Andrew L.-T., NASH, Susan. **Improperly obtained evidence in the Commonwealth: lessons for England and Wales?** In *The International Journal of Evidence & Proof*. Volume 11, issue 2, May 2007 (pp. 75-105). Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1350/ijep.2007.11.2.75>, acesso 21.6.2019.

³⁹⁰ "Section 138 (1) Evidence that was obtained: (a) improperly or in contravention of an Australian law, or (b) in consequence of an impropriety or of a contravention of an Australian law, **is not to be admitted unless the desirability of admitting the evidence outweighs the undesirability of admitting evidence that has been obtained in the way in which the evidence was obtained.** (3) **Without limiting the matters that the court may take into account under subsection (1), it is to take into account:** (a) the probative value of the evidence, and (b) the importance of the evidence in the proceeding, and (c) the nature of the relevant offence, cause of action or defence and the nature of the subject-matter of the proceeding, and (d) the gravity of the impropriety or contravention, and (e) whether the impropriety or contravention was deliberate or reckless, and (f) whether the impropriety or contravention was contrary to or inconsistent with a right of a person recognised by the International Covenant on Civil and Political Rights, and (g) whether any other proceeding (whether or not in a court) has been or is likely to be taken in relation to the impropriety or contravention, and (h) the difficulty (if any) of obtaining the evidence without impropriety or contravention of an Australian law." (grifo nosso) AUSTRÁLIA. **Evidence Act 1995**. Disponível em: http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/nsw/consol_act/ea199580/s138.html, acesso em 21.6.2019.

tenham sido obtidas ou produzidas ilegalmente ou de forma injusta (*unfair*) sopesando a sua relevância na realização da justiça.³⁹¹

Em complemento, no Canadá, país de orientação anglo-saxã, mas que mescla os sistemas de *common law* e *civil law*, tendo em vista a influência francesa em sua colonização, a regra é a admissibilidade geral das provas, cabendo ao magistrado, em seu prudente juízo discricionário, excluir provas injustas, levando em consideração a sua relevância para a resolução do caso.³⁹²

A Suprema Corte daquele país, no julgamento do caso *Hogan v. The Queen*, em 1975, fixou entendimento de que a norma constante na *Canadian Bill of Rights* seção 2(c)(ii)³⁹³ não pode ser aplicada de forma absoluta e automática a fim de excluir provas produzidas em seu desrespeito, admitindo, portanto, o uso de teste de bafômetro realizado em motorista embriagado sendo-lhe negado contato anterior com o seu advogado.³⁹⁴

³⁹¹ No julgamento paradigmático *THE QUEEN v. IRELAND* [1970] HCA 21; (1970) 126 CLR 321, ficou estabelecido na decisão unânime da High Court of Australia, lavra do Chief Justice Barwick C.J., que: “*But evidence of relevant statements or admissions obtained by conduct in breach of that rule will not for that reason become irrelevant and inadmissible. The breach of the rule will afford a ground for considering the exercise of a judicial discretion to exclude such evidence.*” Disponível em: <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1970/21.html>, acesso em 21.6.2019.

³⁹² CANADA. Supreme Court of Canada. *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272. “Criminal law—Evidence—Confession—Statement by accused ruled inadmissible—Admissibility of facts discovered as result of statement—Admissibility of part of statement—**Discretion to exclude admissible evidence**—New trial directed. There is no judicial authority in this country or in England which supports the proposition that a trial judge has a discretion to exclude admissible evidence because, in his opinion, its admission would be calculated to bring the administration of justice into disrepute. **The test of admissibility of evidence is whether the evidence is relevant to the matters in issue.**” Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2700/index.do>, acesso em 30.06.2019. (grifo nosso)

³⁹³ CANADA. *Canadian Bill of Rights*. “Sec. 2 Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the **rights or freedoms** herein recognized and declared, and in particular, **no law of Canada shall be construed or applied so as to: (c) deprive a person who has been arrested or detained: [...] (ii) of the right to retain and instruct counsel without delay, or [...].**” Disponível em: <https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-12.3/page-1.html>, acesso em 30.06.2019. (grifo nosso)

³⁹⁴ CANADA. Supreme Court of Canada. *Hogan v. R.*, [1975] 2 S.C.R. 574. Criminal Law—Motor Vehicles—Breathalyzer—Refusal of right to counsel—Admissibility of certificate of analysis—Criminal Code, ss. 235, 236, 237—Canadian Bill of Rights, s. 2(c)(ii). The result of the breathalyzer test was **the only evidence** on which the appellant could be convicted and therefore **was proof of “the main issue before the court”**. Even if this evidence had been improperly or illegally obtained, there were no grounds for excluding it at common law. The certificate was both relevant and cogent and was clearly admissible at common law. **Whatever view may be taken of the constitutional impact of the Canadian Bill of Rights it is not the case that whenever there has been a breach**

É importante notar que, anteriormente, a Suprema Corte canadense, no julgamento do caso *The Queen v. Drybones*, de 1970, havia adotado o entendimento de que, apesar da tradição da *common law*, haveria uma primazia na aplicação de normas escritas constantes do *Canadian Bill of Rights*. Todavia, isso não impediu a corte de assentar que o fato de haver violação de normas da *Canadian Bill of Rights* não justifica de forma absoluta a automática aplicação da regra de exclusão de provas.

Em países que adotam o sistema da *Civil Law*, importante mencionar o entendimento alemão acerca da matéria. Há, em solo germânico, duas principais categorias que tratam do destino de provas ilícitas. A primeira delas é composta por duas teorias constitucionais, (1) *Rechtsstaatsprinzip* (Estado de Direito – legalidade – *rule of law*): provas obtidas através de meios brutais ou enganosos tem que ser excluídas, objetivando a pureza do processo judicial; (2) *Verhältnismässigkeit* (princípio da proporcionalidade): não sendo o caso acima citado, a admissibilidade da prova deverá levar em consideração a proteção da privacidade do acusado, a importância da prova e a seriedade do crime por ele praticado.³⁹⁵

A segunda é a que compreende disposições legais (estatutárias) que determinam a exclusão de prova em casos específicos³⁹⁶, não sendo, em princípio, deixados à análise judicial. Todavia, porque essas previsões estatutárias estão

of one of the provisions of that Bill it justifies the adoption of the “absolute exclusion” rule. Disponível em: https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/5600/index.do#_ftn8, acesso em 30.06.2019.

³⁹⁵ BRADLEY, Craig M. **The Exclusionary Rule in Germany**. In Harvard Law Review. Vol. 96, 1983, pp. 1032-1066. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/956>, acesso em 21.6.2019. p. 1034.

³⁹⁶ Como exemplo, cita-se a seção 136 b do Código de Processo Penal alemão: **Section 136^a [Prohibited Methods of Examination]** (1) The accused's freedom to make up his mind and to manifest his will shall not be impaired by ill-treatment, induced fatigue, physical interference, administration of drugs, torment, deception or hypnosis. Coercion may be used only as far as this is permitted by criminal procedure law. Threatening the accused with measures not permitted under its provisions or holding out the prospect of an advantage not envisaged by statute shall be prohibited. (2) Measures which impair the accused's memory or his ability to understand shall not be permitted. (3) The prohibition under subsections (1) and (2) shall apply irrespective of the accused's consent. **Statements which were obtained in breach of this prohibition shall not be used, even if the accused consents to their use.** (grifo nosso) (tradução para o inglês original) ALEMANHA. **THE GERMAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE (StPO)**. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html, acesso em 21.6.2019.

sempre ancoradas em princípios constitucionais, em última análise, podem ser avaliadas segundo os critérios constitucionais acima referidos.³⁹⁷

Como conclusão, pode-se afirmar que no direito alemão uma prova obtida com desrespeito a normas dispostas no Código de Processo Penal, por exemplo, uma busca e apreensão sem mandado, não vai levar à aplicação incondicionada da regra de exclusão, simplesmente por este desrespeito, mas, ao contrário, deverá ser analisada de forma a melhor balancear os interesses envolvidos, de um lado os direitos constitucionais do acusado e do outro o interesse na correta aplicação da lei e da justiça.³⁹⁸

No Brasil, país de orientação *civil law*, com grande força legal às determinações constantes em leis escritas, apesar da previsão constitucional do artigo 5º, inciso LVI, da CF, datada de 5 de outubro de 1988, não se fez qualquer menção quanto ao sistema de tratamento das provas ilícitas na legislação processual criminal até o ano de 2008, deixando a matéria a serviço do poder judiciário.

O STF, em decisão representativa de seu entendimento, nos autos do RE n. 251.445/GO,³⁹⁹ de relatoria do Min. Celso de Mello, assentou a inadmissibilidade processual de provas ilícitas, “ainda que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação”, complementando ser irrelevante se a violação foi cometida por agente público ou privado.

No referido julgamento, paradigmático na tratativa da matéria, ficou também explicitado ser inaplicável o princípio da proporcionalidade, “à vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um

³⁹⁷ BRADLEY, Craig M. **The Exclusionary Rule in Germany**. In Harvard Law Review. Vol. 96, 1983, pp. 1032-1066. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/956>, acesso em 21.6.2019. p. 1034.

³⁹⁸ BRADLEY, Craig M. **The Exclusionary Rule in Germany**. In Harvard Law Review. Vol. 96, 1983, pp. 1032-1066. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/956>, acesso em 21.6.2019. p. 1035.

³⁹⁹ “No contexto do sistema constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o sentido e o alcance do art. 5º, LVI, da Carta Política, tem repudiado quaisquer elementos de informação, desautorizando-lhes o valor probante, sempre que a obtenção dos dados probatórios resultar de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), ainda que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 251.445/GO**, rel. Min. Celso de Mello, j. 21.6.2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1764552>, acesso em 21.6.2019.

sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de *lege ferenda*, enveredar por flexibilizações arriscadas”.⁴⁰⁰

Posteriormente, conforme já mencionado em tópico acima (3.1.1), no ano de 2008, através da Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, houve alteração do artigo 157 e a inclusão três parágrafos.

Pela tratativa legal constante no dispositivo acima mencionado, as provas ilícitas são inadmissíveis no processo devendo ser obstado seu ingresso nos autos pelo magistrado de pronto. Nada obstante, caso o questionamento da ilicitude da prova surja no transcurso do processo, sendo reconhecida como tanto, dever-se-á determinar o seu desentranhamento com posterior destruição (caso não sejam restituíveis às partes).⁴⁰¹

O exame dos ordenamentos jurídicos acima colacionados revela interessantes particularidades a serem mencionadas. No sistema inglês, é conferido ao magistrado discricionariedade na admissão de prova ilícita, devendo sopesar todas as circunstâncias que a envolve, a fim de que não macule a justiça do julgamento (sec. 78 PACE⁴⁰²). Verifica-se aí, ainda que de forma implícita, a necessária realização de juízo de proporcionalidade envolvendo todos os interesses apresentados em cada caso concreto.

No direito australiano, na seção 138 do *Evidence Act* 1985, também é conferida ampla carga discricionária ao magistrado na admissibilidade da prova ilícita em juízo, inclusive com a relação de oito critérios legais a serem observados para a

⁴⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 251.445/GO**, rel. Min. Celso de Mello, j. 21.6.2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1764552>, acesso em 21.6.2019.

⁴⁰¹ Art. 157. São **inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo**, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) [...] § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, **esta será inutilizada por decisão judicial**, facultado às partes acompanhar o incidente. (grifo nosso) **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm, acesso em 21.9.2019.

⁴⁰² Citado na nota 387.

tomada de decisão, dentre eles o valor e a importância da prova, a gravidade do crime em questão e a dificuldade de obter a prova sem a ilegalidade praticada⁴⁰³.

No direito alemão, consoante acima mencionado, há a clara aplicação do princípio da proporcionalidade no tratamento das provas ilícitas, não especificadas em matéria de lei, e ainda, as que estão previstas na legislação, por estarem ancoradas, em sua maioria, em preceitos constitucionais admitem questionamento que fatalmente desaguará na aplicação de um dos dois princípios reguladores do tema *Rechtsstaatsprinzip* ou *Verhältnismässigkeit*.⁴⁰⁴

Já nos ordenamentos jurídicos norte-americano e brasileiro não foi conferido ao magistrado qualquer discricionariedade na tratativa da matéria, determinando-se a imediata inadmissibilidade da prova ilícita, sendo-lhe tolhida qualquer possibilidade de conjugação dos interesses em questão no caso concreto, mediante critérios de ponderação e proporcionalidade. Curiosamente, ambos os ordenamentos jurídicos, de orientação rígida no tratamento das provas ilícitas, têm adotado doutrinas flexibilizando tal entendimento, consoante se exporá no próximo capítulo.

3.1.4. Flexibilização no tratamento das provas ilícitas pela Suprema Corte norte-americana

Ao que se tem notícia, conforme visto tópico acima, coube aos Estados Unidos da América, notadamente à Suprema corte daquele país, a primazia no desenvolvimento de um sistema de tratamento processual às provas ilícitas, entendidas naquele contexto como sendo aquelas obtidas com desrespeito a direito constitucionalmente garantido.

⁴⁰³ Citados na nota 389.

⁴⁰⁴ BRADLEY, Craig M. **The Exclusionary Rule in Germany**. In Harvard Law Review. Vol. 96, 1983, pp. 1032-1066. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/956>, acesso em 21.6.2019.

A análise dos precedentes que levaram à construção da *exclusionary rule*, notadamente os casos *Boyd v. United States*⁴⁰⁵, em 1886, *Weeks v. United States*⁴⁰⁶, de 1914, e, *Silverthorn Lumber Co. vs United States*⁴⁰⁷, em 1920, revela que, no início, o foco da Suprema corte norte-americana era na proteção de direitos constitucionais dos cidadãos, notadamente violações às emendas ns. IV e V da constituição daquele país, as quais protegem o direito à privacidade e à não autoincriminação.⁴⁰⁸

Esses julgamentos estabeleceram de forma muito clara a impossibilidade absoluta de utilização de provas obtidas com violação a direitos constitucionalmente assegurados, orientação que foi observada pela Suprema Corte em julgamentos

⁴⁰⁵ The seizure or compulsory production of a man's private papers to be used in evidence against him is equivalent to compelling him to **be a witness against himself, and, in a prosecution for a crime, penalty or forfeiture, is equally within the prohibition of the Fifth Amendment.** Both amendments relate to the personal security of the citizen. They nearly run into, and mutually throw light upon, each other. **When the thing forbidden in the Fifth Amendment, namely, compelling a man to be a witness against himself, is the object of a search and seizure of his private papers, it is an "unreasonable search and seizure" within the Fourth Amendment.** (Syllabus) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>, acesso em 28.6.2019. (grifo nosso)

⁴⁰⁶ Where letters and papers of the accused were taken from his premises by an official of the United States, acting under color of office but without any search warrant and **in violation of the constitutional rights of accused under the Fourth Amendment**, and a seasonable application for return of the letters and papers has been refused and they are used in evidence over his objection, **prejudicial error is committed, and the judgment should be reversed.** (syllabus) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/>, acesso em 28.6.2019. (grifo nosso)

⁴⁰⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Silverthorne Lumber Co. v. U S* 251 U.S. 385 (1920) Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>, acesso em 28.06.2019.

⁴⁰⁸ Os direitos advindos das emendas constitucionais IV e V "apply to all invasions on the part of the government and its employes of the sanctity of a man's home and the privacies of life. It is not the breaking of his doors, and the rummaging of his drawers, that constitutes the essence of the offence; but it is the invasion of his indefeasible right of personal security, personal liberty and private property [...] Breaking into a house and opening boxes and drawers are circumstances of aggravation; but any forcible and compulsory extortion of a man's own testimony or of his private papers to be used as evidence to convict him of crime or to forfeit his goods, is within the condemnation . . . [of those Amendments]." "[...] constitutional provisions for the security of person and property should be liberally construed. . . . It is the duty of courts to be watchful for the constitutional rights of the citizen, and against any stealthy encroachments thereon." ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>, acesso em 28.6.2019, p. 635. (grifo nosso)

posteriores, por exemplo, nos casos *Olmstead v. United States*⁴⁰⁹, de 1928, e, *McNabb v. United States*⁴¹⁰, em 1943.

Posteriormente a esses julgados, com a evolução da sociedade norte-americana e apresentação de novos desafios a serem endereçados pela Suprema Corte daquele país, nos precedentes *Elkins v. United States*⁴¹¹, de 1960, *Mapp v. Ohio*⁴¹², já em 1961, é possível perceber o início da mudança no tratamento da matéria, trazendo o efeito dissuasório no comportamento da polícia ao lado da proteção a direitos constitucionalmente garantidos como o escopo principal da mencionada regra.⁴¹³

Já em 1969, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no julgamento do caso *Alderman v. United States*⁴¹⁴, fixou o entendimento de que somente a pessoa titular do direito constitucional desrespeitado teria legitimidade para

⁴⁰⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Olmstead v. United States*, **277 U. S. 438 (1928)** The striking outcome of the *Weeks* case and those which followed it was the sweeping declaration that **the Fourth Amendment, although not referring to or limiting the use of evidence in courts, really forbade its introduction if obtained by government officers through a violation of the Amendment.** P. 462. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/>, acesso em 28.6.2019. (grifo nosso)

⁴¹⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *McNabb v. United States*, **318 U. S. 332 (1943)** [A] conviction in the federal courts, the foundation of which is evidence obtained in disregard of liberties deemed fundamental by the Constitution, cannot stand. *Boyd v. United States* . . . *Weeks v. United States*. . . . And this Court has, on Constitutional grounds, set aside convictions, both in the federal and state courts, which were based upon confessions 'secured by protracted and repeated questioning of ignorant and untutored persons, in whose minds the power of officers was greatly magnified' . . . or 'who have been unlawfully held incommunicado without advice of friends or counsel.' [...] (pp. 339-340). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/318/332/>, acesso em 28.6.2019. (grifo nosso)

⁴¹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Elkins v. United States*, **364 U.S. 206 (1960)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/364/206/>, acesso em 28.6.2019.

⁴¹² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Mapp v. Ohio*, **367 U.S. 643 (1961)**. Only last year, the Court itself recognized that the purpose of the exclusionary rule "is to deter--to compel respect for the constitutional guaranty in the only effectively available way--by removing the incentive to disregard it." *Elkins v. United States*, supra, at 217. (p. 656) Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/>, acesso em 28.6.2019. (grifo nosso)

⁴¹³ DAWSON, J.B. **The Exclusion of Unlawfully Obtained Evidence: A Comparative Study**. The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 31, No. 3 (Jul., 1982), pp. 513-549. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/759004>, acesso em 21.06.2019.

⁴¹⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Alderman v. United States*, **394 U.S. 165 (1969)**. Held: 1. Suppression of the product of a Fourth Amendment violation can be successfully urged **only by those whose rights were violated by the search itself**, and not those who are aggrieved solely by the introduction of damaging evidence. Thus, codefendants and coconspirators have no special standing, and cannot prevent the admission against them of information which has been obtained through electronic surveillance which is illegal against another. Pp. **394 U. S. 171-176**. [...] Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/165/>, acesso em 01.07.2019. (grifo nosso)

requerer a exclusão de prova ilícita decorrente daquela violação, acolhendo a exceção do *standing*, admitindo a utilização de conversas gravadas através de escuta ambiental, sem autorização judicial, entre interlocutores que não fossem os donos da residência.

Em sequência, no julgamento do caso *United States v. Calandra*⁴¹⁵, de 1974, pode-se notar o distanciamento da doutrina da proteção de direitos constitucionais e maior foco no *deterrent effect on police misconduct* (efeito dissuasório no comportamento errado de policiais) na aplicação da *exclusionary rule*, afastando, pela primeira vez, a inadmissibilidade das provas ilícitas como consequência categórica da violação daqueles direitos.⁴¹⁶

A Suprema Corte, no julgamento acima mencionado, restringiu a aplicação da *exclusionary rule* àqueles casos em que os seus objetivos forem mais efetivamente atingidos, ou seja, onde houver patente desrespeito de direitos constitucionais por parte de agentes de polícia (*law enforcement agents*), com objetivo de desencorajá-los a este tipo de comportamento.

Em adição, chegou à conclusão de que a *exclusionary rule* não derivaria diretamente dos direitos constitucionalmente protegidos pelas emendas n. IV e V, mas seria uma construção judicial desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana para salvaguardar os referidos direitos através do seu efeito dissuasório na conduta da polícia.⁴¹⁷

⁴¹⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974)** [...] (b) Despite its broad deterrent purpose, the rule does not proscribe the use of illegally seized evidence in all proceedings or against all persons, and its application has been restricted to those areas where its remedial objectives are thought most efficaciously served. [...]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/338/>, acesso em 28.6.2019.

⁴¹⁶ RE, Richard M. **THE DUE PROCESS EXCLUSIONARY RULE**. Harvard Law Review, n. 7, vol. 127, May 2014. pp. 1893-1965. p. 1898. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2014/05/the-due-process-exclusionary-rule/>, acesso dia 28.6.2019.

⁴¹⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974)** (a) The exclusionary rule, under which evidence obtained in violation of the Fourth Amendment or the fruits of such evidence cannot be used in a criminal proceeding against the victim of the illegal search and seizure, is a judicially created remedy designed to safeguard Fourth Amendment rights generally through its deterrent effect on future unlawful police conduct, rather than a personal constitutional right of the party aggrieved. [...] Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/338/>, acesso em 28.6.2019.

Admitiu, ainda, a Suprema Corte, o uso de provas ilicitamente obtidas por agentes federais, ao realizarem busca e apreensão, regularmente deferida, na casa do acusado, apreendendo papéis estranhos ao escopo original da medida, sob o argumento de que a proibição da utilização das referidas provas em plenário, pelo grande júri, representaria inadmissível interferência nas funções dos jurados e que a aplicação da *exclusionary rule* nessa fase do julgamento acarretaria em mínimo e especulativo efeito dissuasório na conduta da polícia.⁴¹⁸

No julgamento do caso *United States v. Leon*⁴¹⁹, em 1984, a Suprema Corte, fortemente orientada pela teoria do efeito dissuasório, firmou o entendimento de que prova ilícitas obtidas por policiais agindo de boa-fé não devem ser excluídas do processo (*good faith exception*), em razão da não ocorrência de comportamento substancial e deliberadamente ilícito.

Fixou-se o entendimento de que a aplicação da *exclusionary rule*, considerando seu escopo dissuasório, deveria levar em conta o sopesamento dos custos e benefícios ao impedir a utilização de provas concretas e confiáveis no processo, porquanto a aplicação indiscriminada da regra poderia gerar uma cultura de desrespeito à lei e ao sistema de justiça.

Essa operação de sopesamento de custos e benefícios já havia sido aplicada pela Suprema Corte em outros dois casos anteriores, todavia, em situações

⁴¹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States v. Calandra**, 414 U.S. 338 (1974) [...] (c) Allowing a grand jury witness to invoke the exclusionary rule would unduly interfere with the effective and expeditious discharge of the grand jury's duties, and extending the rule to grand jury proceedings would achieve only a speculative and minimal advance in deterring police misconduct at the expense of substantially impeding the grand jury's role. (d) Grand jury questions based on evidence obtained from an unlawful search and seizure involve no independent governmental invasion of privacy, but rather the usual abridgment thereof common to all grand jury questioning. Such questions are only a derivative use of the product of a past unlawful search and seizure, and work no new Fourth Amendment wrong. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/338/>, acesso em 28.6.2019.

⁴¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States v. Leon**, 468 U.S. 897 (1984) (a) An examination of the Fourth Amendment's origin and purposes makes clear that the use of fruits of a past unlawful search or seizure works no new Fourth Amendment wrong. The question whether the exclusionary sanction is appropriately imposed in a particular case as a judicially created remedy to safeguard Fourth Amendment rights through its deterrent effect, must be resolved by weighing the costs and benefits of preventing the use in the prosecution's case in chief of inherently trustworthy tangible evidence. Indiscriminate application of the exclusionary rule -- impeding the criminal justice system's truthfinding function and allowing some guilty defendants to go free -- may well generate disrespect for the law and the administration of justice. Pp. 468 U. S. 906-908. [...] Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/>, acesso em 28.6.2019.

específicas em que o acusado buscou na exclusão de provas ilícitas por violações às emendas IV e V proteção para cometer perjúrio, como bem ilustrado nos julgamentos de *Walder v. United States*⁴²⁰, em 1954, e, *Harris v. New York*⁴²¹, em 1971 (*impeachment exception*).

No julgamento do caso *Herring v. United States*⁴²², em 2009, a Suprema Corte norte-americana avançou na tese do efeito dissuasório, ao fixar que a *exclusionary rule* não se trata de um direito individual, ou seja, o cidadão não tem direito à exclusão de provas ilicitamente obtidas em razão de eventual desrespeito a direito constitucional de sua titularidade, ao contrário, a regra somente se aplica quando o peso de seu efeito dissuasório for maior que os custos de deixar um criminoso, culpado e possivelmente perigoso, livre.

Em complemento, reafirmou que o efeito dissuasório almejado pela *exclusionary rule* somente é verificado quando a conduta dos policiais (*law enforcement agents*) é suficiente e deliberadamente ilegal, devendo ser analisada de

⁴²⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Walder v. United States*, 347 U.S. 62 (1954) Because heroin had been obtained from petitioner through unlawful search and seizure, its use in evidence was suppressed on petitioner's motion, and an indictment against him for its possession was dismissed on the Government's motion. In his subsequent trial for other illicit transactions in narcotics, petitioner testified on direct examination that he had never purchased, sold or possessed any narcotics. In order to impeach this testimony, the Government introduced the testimony of an officer who had participated in the unlawful search and seizure of the heroin involved in the earlier proceeding and the chemist who had analyzed it. Petitioner's assertion on direct examination that he had never possessed any narcotics opened the door, solely for the purpose of attacking petitioner's credibility, to evidence of the heroin unlawfully seized in connection with the earlier proceeding. *Weeks v. United States*, 232 U. S. 383, and *Agnello v. United States*, 269 U. S. 20, distinguished. Pp. 274 U. S. 62-66. (syllabus) Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/62/>, acesso em 28.6.2019. (grifo nosso)

⁴²¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971) Statement inadmissible against a defendant in the prosecution's case in chief because of lack of the procedural safeguards required by *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436, may, if its trustworthiness satisfies legal standards, be used for impeachment purposes to attack the credibility of defendant's trial testimony. See *Walder v. United States*, 347 U. S. 62. Pp. 401 U. S. 223-226. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/222/>, acesso 12.6.2019.

⁴²² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009) (a) The fact that a search or arrest was unreasonable does not necessarily mean that the exclusionary rule applies. *Illinois v. Gates*, 462 U. S. 213, 223. **The rule is not an individual right and applies only where its deterrent effect outweighs the substantial cost of letting guilty and possibly dangerous defendants go free.** *Leon*, 468 U. S., at 908–909. For example, it does not apply if police acted “in objectively reasonable reliance” on an invalid warrant. *Id.*, at 922. In applying *Leon*’s good-faith rule to police who reasonably relied on mistaken information in a court’s database that an arrest warrant was outstanding, *Arizona v. Evans*, 514 U. S. 1, 14–15, the Court left unresolved the issue confronted here: whether evidence should be suppressed if the police committed the error, *id.*, at 16, n. 5. Pp. 4–7. [...] Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/555/135/>, acesso em 28.6.2019.

forma objetiva, sem se precisar perquirir a consciência subjetiva do agente, a ponto de justificar a inadmissibilidade da prova e o preço a ser pago pelo sistema de justiça.⁴²³

Com isso, a Suprema Corte norte-americana confirmou condenação criminal e admitiu a utilização de prova ilicitamente obtida pela polícia ao realizar a prisão de um suspeito, com base em mandado de prisão, que já havia sido revogado, sem, entretanto, ter conhecimento desse fato, e efetuar vistoria em seu veículo encontrando drogas e uma arma de fogo.

Também no julgamento do caso *Davis v. United States*⁴²⁴, em 2011, ao reafirmar a teoria da boa-fé e a necessidade de realização de sopesamento entre custos e benefícios na aplicação da *exclusionary rule*, a Suprema Corte norte-americana especificou que o comportamento policial inaceitável seria aquele decorrente de conduta deliberada, manifestamente imprudente ou negligente em desrespeito aos direitos emanados da IV emenda.

⁴²³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Herring v. United States**, 555 U.S. 135 (2009) [...] (b) The extent to which the exclusionary rule is justified by its deterrent effect varies with the degree of law enforcement culpability. See, e.g., Leon, supra, at 911. Indeed, the abuses that gave rise to the rule featured intentional conduct that was patently unconstitutional. See, e.g., Weeks v. United States, 232 U. S. 383. An error arising from nonrecurring and attenuated negligence is far removed from the core concerns that led to the rule's adoption. Pp. 7–9. (c) To trigger the exclusionary rule, police conduct must be sufficiently deliberate that exclusion can meaningfully deter it, and sufficiently culpable that such deterrence is worth the price paid by the justice system. The pertinent analysis is objective, not an inquiry into the arresting officers' subjective awareness. See, e.g., Leon, supra, at 922, n. 23. Pp. 9–11. (d) The conduct here was not so objectively culpable as to require exclusion. The marginal benefits that might follow from suppressing evidence obtained in these circumstances cannot justify the substantial costs of exclusion. Leon, supra, at 922. Pp. 11–13. [...] Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/555/135/>, acesso em 28.6.2019.

⁴²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Davis v. United States**, 564 U.S. 229 (2011) (a) The exclusionary rule's sole purpose is to deter future Fourth Amendment violations, e.g., Herring v. United States, 555 U. S. 135, 141, and its operation is limited to situations in which this purpose is "thought most efficaciously served," United States v. Calandra, 414 U. S. 338, 348. **For exclusion to be appropriate, the deterrence benefits of suppression must outweigh the rule's heavy costs.** Under a line of cases beginning with United States v. Leon, 468 U. S. 897, the result of this cost-benefit analysis turns on the "flagrancy of the police misconduct" at issue. Id., at 909, 911. **When the police exhibit "deliberate," "reckless," or "grossly negligent" disregard for Fourth Amendment rights, the benefits of exclusion tend to outweigh the costs.** Herring, supra, at 144. But when the police act with an objectively reasonable good-faith belief that their conduct is lawful, or when their conduct involves only simple, isolated negligence, the deterrent value of suppression is diminished, and exclusion cannot "pay its way." See Leon, supra, at 909, 919, 908, n. 6; Herring, supra, at 137. Pp. 6–9. [...] Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/229/>, acesso em 28.6.2019.

No campo da teoria dos frutos da árvore envenenada, estabelecida no julgamento do caso *Silverthorn Lumber Co. vs United States*⁴²⁵, segundo a qual toda a prova que possua relação direta de causa e efeito com a prova ilícita, da qual deriva imediatamente, deve ser considerada igualmente ilícita, a Suprema Corte norte-americana também realizou temperamentos com o passar dos anos, objetivando a adequação da *exclusionary rule* com o estágio de desenvolvimento e os anseios da sociedade.

Importante pontuar que ao contrário da *exclusionary rule*, aplicável em violações a direitos decorrentes das IV e V emendas, a teoria dos frutos da árvore envenenada se aplica também a violações de direitos decorrentes da VI emenda, consoante se pode observar dos casos a seguir abordados.

Nesse sentido, nos julgamentos dos casos *Nardone v. United States*⁴²⁶, e, *Wong Sun v. United States*⁴²⁷, em 1939 e 1963, respectivamente, a Suprema Corte adotou a doutrina do nexo causal atenuado (*attenuation doctrine*), segundo a qual a prova ilícita derivada pode ser utilizada no processo desde que sua ligação com a ilicitude seja remota ou ocorra interrupção da conexão por circunstância superveniente que dilua o vício.

⁴²⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Silverthorne Lumber Co. v. U S 251 U.S. 385 (1920)** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>, acesso em 28.06.2019.

⁴²⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>, acesso em 28.6.2019.

⁴²⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963)** 1. On the record in this case, there was neither reasonable grounds nor probable cause for Toy's arrest, since the information upon which it was based was too vague and came from too untested a source to accept it as probable cause for the issuance of an arrest warrant; and this defect was not cured by the fact that Toy fled when a supposed customer at his door early in the morning revealed that he was a narcotics agent. Pp. [371 U. S. 479-484](#). 2. On the record in this case, the statements made by Toy in his bedroom at the time of his unlawful arrest were the fruits of the agents' unlawful action, and they should have been excluded from evidence. Pp. [371 U. S. 484-487](#). [...] 5. In view of the fact that, after his unlawful arrest, petitioner Wong Sun had been lawfully arraigned and released on his own recognizance and had returned voluntarily several days later when he made his unsigned statement, the connection between his unlawful arrest and the making of that statement was so attenuated that the unsigned statement was not the fruit of the unlawful arrest and, therefore, it was properly admitted in evidence. P. [371 U. S. 491](#). 6. The seizure of the narcotics admitted in evidence invaded no right of privacy of person or premises which would entitle Wong Sun to object to its use at his trial. Pp. [371 U. S. 491-492](#). [...]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>, acesso em 28.6.2019.

Essa teoria foi recentemente reafirmada pela Suprema Corte daquele país no julgamento do caso *Strieff v. United States*⁴²⁸, em 2016. Nesse caso, o suspeito foi abordado pela polícia sem justificada razão (*probable cause*), portanto de forma ilegal, e ao ser revistado foram encontrados drogas e objetos para uso de drogas, todavia, após a abordagem e identificação do suspeito, verificou-se que havia em seu desfavor um mandado de prisão por violação de normas de trânsito, situação que atenuou a ilegalidade inicial e que autorizaria a revista do acusado, fazendo com que a prova fosse admitida.

Outra decisão que excepcionou a *exclusionary rule* no âmbito da teoria dos frutos da árvore envenenada, foi a proferida no julgamento do caso *Nix v. Williams*, de 1984. Aqui, a Suprema Corte adotou a teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*), segundo a qual uma prova derivada de fonte ilícita pode ser admitida no processo desde que seja demonstrado que seria obtida de qualquer forma por outros meios legais de investigação.⁴²⁹

Firmou-se o entendimento de que exigir da promotoria de justiça a comprovação de ausência de má-fé, quando essa comprovação não é exigida nos procedimentos legais, retiraria do júri a possibilidade de análise de provas relevantes

⁴²⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Utah v. Strieff*, 579 U.S. ____ (2016) Held: The evidence Officer Fackrell seized incident to Strieff's arrest is admissible based on an application of the attenuation factors from *Brown v. Illinois*, 422 U. S. 590 . In this case, there was no flagrant police misconduct. Therefore, Officer Fackrell's discovery of a valid, pre-existing, and untainted arrest warrant **attenuated the connection between the unconstitutional investigatory stop and the evidence seized incident to a lawful arrest.** Pp. 4–10. [...] Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/14-1373/>, acesso em 28.6.2019. (grifo nosso)

⁴²⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984) Held: The evidence pertaining to the discovery and condition of the victim's body was properly admitted at respondent's second trial **on the ground that it would ultimately or inevitably have been discovered even if no violation of any constitutional provision had taken place.** Pp. 467 U. S. 440-450. [...] (b) Under the inevitable discovery exception, the prosecution is not required to prove the absence of bad faith, since such a requirement would result in withholding from juries relevant and undoubted truth that would have been available to police absent any unlawful police activity. **This would put the police in a worse position than they would have been in if no unlawful conduct had transpired, and would fail to take into account the enormous societal cost of excluding truth in the search for truth in the administration of justice.** Significant disincentives to obtaining evidence illegally -- including the possibility of departmental discipline and civil liability -- lessen the likelihood that the ultimate or inevitable discovery exception will promote police misconduct. Pp. 467 U. S. 445-446. [...]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>, acesso em 28.6.2019. (grifo nosso)

acerca dos fatos e falharia em considerar os enormes custos sociais de retirar a verdade na busca pela verdade no sistema de justiça.

Por fim, tem-se os julgamentos dos casos *Segura v. United States*⁴³⁰, em 1984, e, *Murray v. United States*⁴³¹, de 1998, onde se fixou a doutrina da fonte independente (*independent source doctrine*), segundo a qual havendo duas fontes que produzam a mesma prova, sendo uma ilícita e a outra lícita, não há que se falar em contaminação da prova derivada, porquanto com base em fonte independente e legal.

A conjugação dos três últimos casos revela o raciocínio aplicado pela Suprema Corte norte-americana ao adotar a teoria da descoberta inevitável e a doutrina da fonte independente, no sentido de que o interesse da sociedade em impedir condutas ilegais de policiais e o interesse público em que as provas de uma conduta sejam acessíveis ao júri tem que ser adequadamente sopesados no caso concreto, assegurando que a posição a ser encontrada não seja pior do que aquela que se encontraria a acusação caso não houvesse ocorrido a ilegalidade. Como nas duas possibilidades as provas obtidas ou partiram de uma fonte independente ou teriam sido descobertas inevitavelmente, não há razão para se excluir a prova.

A digressão realizada através da incursão nos mais significativos precedentes da Suprema Corte norte-americana sobre o tema⁴³² demonstra que,

⁴³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984). Held: 1. The exclusionary rule reaches not only primary evidence obtained as a direct result of an illegal search or seizure, but also evidence later discovered and found to be derivative of an illegality or "fruit of the poisonous tree." *Nardone v. United States*, 308 U. S. 338, 308 U. S. 341. **The exclusionary rule does not apply, however, if the connection between the illegal police conduct and the discovery and seizure of the evidence is "so attenuated as to dissipate the taint,"** *ibid.*, **as, for example, where the police had an "independent source" for discovery of the evidence.** *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U. S. 385. Pp. 468 U. S. 804-805. [...] Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/796/>, acesso em 28.6.2019. (grifo nosso)

⁴³¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988). Held: The Fourth Amendment does not require the suppression of evidence initially discovered during police officers' illegal entry of private premises if that evidence is also discovered during a later search pursuant to a valid warrant that is wholly independent of the initial illegal entry. Pp. 487 U. S. 536-544. [...] Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/>, acesso e

⁴³² A exposição de casos aqui realizada é apenas ilustrativa do entendimento adotado pela Suprema Corte norte-americana sem a pretensão de abordá-lo de forma exaustiva, cabendo mencionar a existência de vários outros casos de repercussão sobre a *exclusionary rule* como, por exemplo, *United States v. Jacobsen* (1984) em que se entendeu admissível prova ilícita decorrente da violação de correspondência por funcionários de uma empresa particular de transportes onde foi

mesmo no país de origem do movimento de exclusão das provas obtidas por meios ilícitos, a questão vem sofrendo temperamentos com o passar do tempo a fim de evitar que com a aplicação invariável da *exclusionary rule* injustiças sejam chanceladas pelo poder judiciário.

O meio através do qual se optou por flexibilizar a aplicação da *exclusionary rule*, como demonstrado acima, é a realização de análise baseada em custos e benefícios (*cost-benefit analysis*), ponderando interesses envolvidos na admissão ou exclusão de provas ilegalmente obtidas, demonstrando que a regra não pode ser um fim em si mesma, mas ao contrário, deve dialogar com os vários elementos que integram o raciocínio acerca de sua legítima aplicação.

Buscou, com efeito, a Suprema Corte norte-americana a conciliação entre a proteção das liberdades dos indivíduos e, ao mesmo tempo, a garantia de que provas relevantes acerca de crimes cometidos, necessárias para a realização da justiça e pacificação do corpo social, não sejam excluídas de apreciação judicial (juiz ou júri), de forma automática, sem análise dos relevantes interesses em jogo.

Por fim, demonstrou que deve haver um delicado equilíbrio entre esses interesses, a proteção objetivada com a norma é para aquela conduta policial praticada com manifesta ilegalidade e má-fé, não se admitindo o seu desvirtuamento pelo criminoso com o objetivo de escapar da responsabilização penal. Da mesma forma, o interesse público não pode ser alçado ao ponto de causar a supressão das liberdades do cidadão e incentivar a adoção de procedimentos inconstitucionais ou ilegais pelas autoridades encarregadas da persecução penal.⁴³³

descoberta cocaína; e, *United States v. Verdugo-Urquidez* (1990) onde se admitiu prova ilícita produzida no México decorrente de busca e apreensão sem ordem judicial e justificativa para tanto; e, *Pennsylvania Board of Probation and Parole v. Scott*, em que foi negada a aplicação da *exclusionary rule* a procedimento de execução penal; e, por fim, *I.N.S. v. Lopez-Mendonça* (1984) igualmente negando aplicação a casos de deportação, entendimento estendido também a casos envolvendo o fisco americano *United States v. Caceres* (1979). Todos os casos disponíveis em: <https://supreme.justia.com>, acesso em 01.07.2019.

⁴³³ Igual raciocínio, *mutatis mutandis*, chegou o Min. Joaquim Barbosa em voto-vista no julgamento da ADPF n. 101, pelo Supremo Tribunal Federal: “**Garantias individuais não justificam pura e simplesmente o aniquilamento do interesse coletivo, e o interesse coletivo não pode sacrificar completamente as garantias individuais.**” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 101, j. 24.06.2009, voto-vista Min. Joaquim Barbosa, p. 222. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>, acesso em 06.07.2019. (grifo nosso)

3.1.5. Exceções à inadmissibilidade da prova ilícita no Brasil

No Brasil, o tema acerca da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, em comparação com a cultura jurídica norte-americana, passou a ter maior atenção nas últimas décadas do século XX, não possuindo o amadurecimento das teorias e entendimentos expostos nos julgamentos da Suprema Corte daquele país.

Nada obstante, atento aos movimentos lá delineados, o legislador brasileiro, ao transportar a norma constitucional do artigo 5º, inciso LVI, da CF/88, através da Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, para o Código de Processo Penal, inseriu no artigo 157, § 1º, duas exceções à inadmissibilidade de provas ilícitas dentro do processo criminal, encampando as doutrinas do nexo causal atenuado e da fonte independente.

Segundo a dicção do artigo 157, § 2º, do Código de Processo Penal, considera-se fonte independente “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”⁴³⁴.

Dessa forma, partindo-se da premissa de que na teoria dos frutos da árvore envenenada a prova ilícita derivada é somente aquela que possui relação de exclusividade com a conduta ou prova ilegal originária, ao ser reconhecida a existência de uma fonte independente que, por si só, levaria ao conhecimento daquela prova não há que se falar de sua exclusão dos autos. Há aqui a completa ruptura do nexos de causalidade entre a conduta ou prova ilícita originária e a que dela seria derivada, extirpando a mancha de ilegalidade que porventura a pudesse contaminar.⁴³⁵

⁴³⁴ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em 29.06.2019.

⁴³⁵ “A título de exemplo: Imagine-se que, por escuta clandestina, logo ilegal, obtém-se a localização de um documento incriminador em relação ao indiciado. Ocorre que, uma testemunha, depondo regularmente, também indicou à polícia o lugar onde se encontrava o referido documento. Na verdade, se esse documento fosse apreendido unicamente pela informação surgida da escuta, seria prova ilícita por derivação e inadmissível no processo. Porém, tendo em vista que ele teve fonte independente, vale dizer, seria encontrado do mesmo modo, mesmo que a escuta não tivesse sido feita, pode ser acolhido como prova lícita.” NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 510.

Já para a teoria do nexa causal atenuado, igualmente importada do direito norte-americano, a contaminação da prova ilícita derivada decorrente de sua relação direta com a conduta ou prova ilegal originária é atenuada ou expurgada em decorrência de fato posterior. Não há aqui o rompimento do nexa de causalidade entre a situação originária e a derivada, o que ocorre é a interferência de situação posterior que dilui de forma considerável a contaminação a ponto de tolerar sua utilização no processo.⁴³⁶

A doutrina brasileira, em complemento, atenta às especificidades das teorias norte-americanas acima citadas, identificou no conceito de fonte independente empregado no artigo 157, § 2º, do Código de Processo Penal, uma impropriedade linguística, porquanto ao delinear o seu significado legal, empregou conceituação referente à teoria da descoberta inevitável, razão pela qual se passou a entender que também essa última teoria estaria abarcada pelo direito brasileiro.⁴³⁷

Assim, segundo a teoria da descoberta inevitável, a prova ilícita derivada pode ser admitida no processo desde que seja concretamente provado que seria obtida, independentemente da ilegalidade originária, com o emprego dos meios usuais de investigação. Não há o rompimento do nexa de causalidade entre a prova ilícita derivada e a conduta ou prova ilícita originária, o que ocorre é somente a demonstração, em tese, de que sua descoberta seria inevitável com a utilização dos meios de investigação.⁴³⁸

Há, também, quem faça menção à teoria do encontro fortuito de provas como uma exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada.⁴³⁹ Todavia, partindo-se da premissa de que a conduta originária foi legalmente desempenhada, não há que

⁴³⁶ Como exemplo: “A autoridade policial prende Pedro de forma ilegal, vale dizer, sem que esteja ele em situação de flagrância e sem que haja ordem escrita da autoridade judiciária competente. No curso dessa prisão ilegal, sentindo-se coagido, Pedro vem a confessar o crime de que está sendo investigado. Ora, esta confissão é uma prova ilícita por derivação, pois obtida durante o período em que se encontrava Pedro ilegalmente preso. Considere-se, porém, que, mais tarde, ouvido em juízo, na presença de seu advogado e livre de qualquer coação, Pedro venha a confessar ao magistrado seu envolvimento, confirmando tudo o que referiu na fase policial. Essa nova confissão é válida, pois expurga a contaminação determinada pela confissão anteriormente operada no âmbito da delegacia de polícia.” AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 542.

⁴³⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 367.

⁴³⁸ Ibid. p. 367.

⁴³⁹ Ibid. p. 370.

se falar em ilegalidade de prova dela derivada ainda que apartada do escopo original fixado àquela, desde que observadas as determinações legais e no curso natural da medida originária.⁴⁴⁰

Interpretando-se em termos absolutos as normas constantes do artigo 5, inciso LVI, da CF/88, e, artigo 157 e §§, do Código de Processo Penal, tem-se a seguinte situação, em regra (1) prova ilícita ou ilegítima é inadmissível no processo penal; e, (2) prova ilícita derivada é inadmissível no processo penal; exceção, (3) as provas ilícitas derivadas poderão ser admitidas no processo penal se (a) provierem de fonte independente; (b) possuírem nexos causal expurgado ou atenuado por circunstância superveniente; (c) comprovada inevitabilidade de sua obtenção com utilização dos meios usuais de investigação.

Não haveria, sob esse ponto de vista, qualquer liberdade à jurisdição na tratativa do tema, o que retiraria da análise do magistrado situações específicas e singulares, justamente em casos mais delicados, em que a adoção pronta de um resultado levaria a completa desconsideração de relevantes interesses igualmente presentes.

Apesar da bem-intencionada tratativa da questão pelo legislador ordinário, é certo que a vida real apresenta um número cada vez maior de situações que refogem às exceções legalmente admitidas e que, em razões de suas peculiaridades, demandam tratamento diverso daquele previsto em lei, como exemplo se pode citar a obtenção de prova ilícita por parte de uma pessoa acusada do cometimento de um crime que demonstraria cabalmente sua inocência. Ao não se admitir tal prova, por

⁴⁴⁰ Como exemplo, tem-se a realização de interceptação telefônica, com a observância de todos os requisitos legais, em que se encontra, fortuitamente, elemento de prova referente a crime punido com detenção (e que, portanto não autorizaria a medida), situação em que a prova foi considerada legalmente obtida pelo Supremo Tribunal Federal. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC n. 106152**, Rel(a) Min. ROSA WEBER, j. 29/03/2016. [...] “4. A validade da investigação não está condicionada ao resultado, mas à observância do devido processo legal. Se o emprego de método especial de investigação, como a interceptação telefônica, foi validamente autorizado, a descoberta fortuita, por ele propiciada, de outros crimes que não os inicialmente previstos não padece de vício, sendo as provas respectivas passíveis de ser consideradas e valoradas no processo penal.” [...]. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000254220&base=baseAcordaos> acesso em 29.6.2019.

ilícita, como previsto na lei, estar-se-ia punindo pessoa inocente, situação inaceitável, por injusta.

Assim, em consideração as peculiaridades do caso concreto, adotando-se critérios orientados pela ponderação dos interesses envolvidos, deve-se optar pela admissibilidade de tal prova.⁴⁴¹

Conforme visto em tópico anterior, países como Estado Unidos da América, Canadá, Alemanha, Austrália e Reino Unido adotam, de forma expressa ou implícita, a possibilidade de consideração de situações específicas, através de critérios de ponderação, quando do tratamento a ser dispensado às provas ilícitas, demonstrando a completa impropriedade de se adotar critérios absolutos, os quais, em determinadas situações, podem levar a gritantes disparidades e injustiças.

Com isso, parece inevitável a conclusão da necessidade de adoção de critérios aptos a realizar, de forma aferível, a análise de situações peculiares, sem que isso represente total discricionariedade do órgão julgador. Nesse ponto, é que a teoria dos princípios aplicadas aos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy se apresenta, com o objetivo de fornecer critérios racionais e aferíveis a serem utilizados na tomada de decisão envolvendo direitos fundamentais, de forma a reduzir ao máximo o espectro de discricionariedade envolvido.

3.2. AGENTE INFILTRADO NA LEI N. 12.850/2013, PROVA ILÍCITA E PROPORCIONALIDADE

3.2.1. Evolução conceitual e institutos assemelhados

Em semelhança ao já observado no item 2.1.6, o legislador pátrio, mais uma vez, silenciou acerca de eventual conceito legal sobre o instituto do agente infiltrado, cabendo à doutrina e à jurisprudência a delimitação de seus contornos.

Aqui, novamente, mostra-se especialmente útil a visitação a ordenamentos jurídicos diversos a fim de balizar o entendimento sobre o referido instituto.

⁴⁴¹ AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 545.

Nessa quadra, o Código de Processo Penal alemão define o agente infiltrado na seção 110^a, item 2, como sendo oficial da força policial que realiza investigações, através da utilização de identidade falsa de forma duradoura.⁴⁴²

Por sua vez, o Código de Processo Criminal da Suíça, em seu artigo 287, determina que poderão ser utilizados como agente infiltrado membros da polícia suíça ou de força policial estrangeira, bem como terceiros contratados temporariamente para atividades policiais, mesmo que não tenham recebido treinamento policial.⁴⁴³

Ao consultar o Código de Processo Criminal da Holanda, em seus artigos 126h combinado com artigo 141, 'b',⁴⁴⁴, e artigo 2, 'a', 'c' e 'd', da Lei da Polícia de 2012⁴⁴⁵, verifica-se que podem ser agentes infiltrados somente policiais assim entendidos como: (1) qualquer funcionário público designado para executar tarefa policial; (2) funcionários voluntários designados para executar tarefa de polícia; (3) funcionários públicos da polícia nacional designados para execução de missão policial.

Por fim, tem-se a definição extraída *Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations*, a qual serve como parâmetro de atuação de outras agências governamentais, que estabelece ser agente infiltrado qualquer empregado do FBI ou de agência de aplicação da lei federal, estadual ou municipal, desde que sob orientação e controle do FBI em investigação específica, cujo relacionamento com FBI seja secreto a terceiros através da utilização de identidade falsa.⁴⁴⁶

⁴⁴² ALEMANHA. **The German Code of Criminal Procedure**. Sec. 110a, (2) Undercover investigators shall be officials in the police force who carry out investigations using a changed and lasting identity (legend) which is conferred on them. They may take part in legal transactions using their legend. (tradução livre) Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p0739, acesso em 10.06.2019.

⁴⁴³ SUÍÇA. **Swiss Criminal Procedure Code**. Art. 287. The following persons may be deployed as undercover investigators: a. members of a Swiss or foreign police force; b. persons employed temporarily on police duties even if they have not received police training. (tradução livre) Disponível em: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20052319/index.html>, acesso em 10.06.2019.

⁴⁴⁴ HOLANDA, **Code of Criminal Procedure**. Disponível em: http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafvordering_ENG_PV.pdf, acesso 11.06.2019.

⁴⁴⁵ HOLANDA, **Politiewet 2012**. Disponível em: <https://maxius.nl/politiewet-2012/artikel2/>, acesso em 11.06.2019.

⁴⁴⁶ **"Undercover Employee"** means any employee of the FBI, or employee of a Federal, state, or local law enforcement agency working under the direction and control of the FBI in a particular

Ao se observar o panorama desenhado pela Lei n. 12.850/2013, apesar de não haver conceituação explícita na mencionada legislação, pode-se conceituar agente infiltrado como sendo agente integrante de órgão de polícia investigativa (civil ou federal), sob o comando de autoridade competente, que, mediante autorização judicial e utilização de identidade falsa, adentra organização criminosa com a finalidade específica de obtenção de elementos de prova para a adequada identificação de seus membros, do *modus operandi* e/ou dos delitos perpetrados, objetivando a respectiva responsabilização penal.

Verifica-se, dessa forma, estar superada a antiga discussão acerca da possibilidade de utilização de agente de inteligência, por exemplo, Agência Brasileira de Inteligência – ABIN – contida na Lei n. 9.034/1995 em seu artigo 2º, inciso V, optando, a nova legislação – Lei n. 12.850/2013, pela designação exclusiva de tal tarefa a agentes de polícia investigativa, sob o comando e orientação de delegado de polícia, figuras ínsitas às polícias civil e federal no ordenamento jurídico brasileiro (art. 144, incisos I e IV, § 1º, inciso I, e § 4º, da CF/88 e artigo 2º da Lei n. 12.830/2013).

Delineado os contornos acerca do agente infiltrado, não há que se confundi-lo com a figura do agente provocador, porquanto, apesar de tênue a linha que os separa, possuem distinções claras.

No Código de Processo Criminal da Holanda, artigo 126h ‘2’⁴⁴⁷, há expressa previsão no sentido de que o agente infiltrado não pode induzir pessoa a cometer outro crime que não aquele que já havia manifestado intenção em realizar.

Igualmente, o Código de Processo Criminal da Suíça, em seu artigo 293, determina que o agente infiltrado não pode encorajar o cometimento de crimes por terceiros ou incitar pessoas que já estão dispostas a cometer determinado crime ao

investigation, whose relationship with the FBI is concealed from third parties in the course of an investigative operation by the maintenance of a cover or alias identity. (tradução livre) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. **Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations**. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/ag/undercover-and-sensitive-operations-unit-attorney-generals-guidelines-fbi-undercover-operations>, acesso em 11.06.2019.

⁴⁴⁷ HOLANDA, **Code of Criminal Procedure**. Disponível em: [http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafvordering ENG PV.pdf](http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafvordering_ENG_PV.pdf), acesso 11.06.2019.

cometimento de infração penal de maior gravidade, suas ações devem ser limitadas à decisão já existente na cabeça da pessoa de cometer um crime.⁴⁴⁸

O Código Penal francês, artigo 706-81, ao regulamentar a utilização da técnica de infiltração policial, determina que os atos do agente infiltrado não podem constituir incitação ao cometimento de crimes, sob pena de nulidade.⁴⁴⁹

Por fim, nos Estado Unidos da América, sob os auspícios do *Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations*, há proibição expressa no sentido de que o agente infiltrado não pode iniciar ou instigar qualquer plano para cometimento de crimes (item IV, 'H', 3, 'b'), bem como a figura conhecida como *entrapment* na qual um agente infiltrado implanta na mente de uma pessoa, que razão outra não cometeria qualquer crime, a ideia para o cometimento de crime e a induz a cometê-lo com o objetivo de processá-la posteriormente (item V, 'A').⁴⁵⁰

No Brasil, entende-se por agente provocador, como o próprio nome já deixa transparecer, aquele que, pertencente às forças policiais ou não, instiga ou induz terceiro a perpetrar ato criminoso. A conduta do agente provocador tem que ser de tal magnitude que tenha como efeito a realização da conduta criminal por terceiro, ou seja, sem a intervenção daquele o ato não seria realizado.

⁴⁴⁸ SUÍÇA. **Swiss Criminal Procedure Code.** Art. 293. Disponível em: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20052319/index.html>, acesso em 11.06.2019.

⁴⁴⁹ FRANÇA. **Code de procédure pénale** Art. 706-81 L'infiltration consiste, pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité dans des conditions fixées par décret et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération, à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs. L'officier ou l'agent de police judiciaire est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre si nécessaire les actes mentionnés à l'article 706-82. A peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions. Disponível em: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30/France/show>, acesso em 11.06.2019.

⁴⁵⁰ (3) **Prohibitions:** An undercover employee shall not [...] (b) initiate or instigate any plan to commit criminal acts except in accordance with Part V (Avoidance of Entrapment) below; [...] V – A. Entrapment: Entrapment must be scrupulously avoided. Entrapment occurs when the Government implants in the mind of a person who is not otherwise disposed to commit the offense the disposition to commit the offense and then induces the commission of that offense in order to prosecute. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. **Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations.** Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/ag/undercover-and-sensitive-operations-unit-attorney-generals-guidelines-fbi-undercover-operations>, acesso em 11.06.2019.

O agente provocador é usualmente tratado pela doutrina penalista quando se aborda a questão da prisão por flagrante delito, no caso, preparado, ou seja, é aquele flagrante em que o agente provocador induz ou instiga terceiro a cometer crime e, ao cometimento do ato, realiza a prisão em flagrante (de forma ilegal, pois), com reconhecimento reiterado pelo Supremo Tribunal Federal através do enunciado de súmula n. 145⁴⁵¹.⁴⁵²

Apesar de ser figura conhecida tanto da doutrina brasileira quanto da legislação estrangeira, a Lei n. 12.850/2013, mais uma vez, silenciou sobre tema de relevante importância, apenas fazendo menção de que o agente infiltrado deverá em seus atos guardar a devida proporcionalidade com os fins da investigação, respondendo por eventuais excessos.⁴⁵³

Na mesma esteira, não há que se fazer confusão com a utilização de policial à paisana inserido no meio da multidão, usualmente quando da ocorrência de manifestações sociais, a fim de identificar criminosos que nela inseridos tem como principal objetivo o cometimento de crimes, desvirtuando o propósito lícito da reunião.⁴⁵⁴

Aqui, apesar da infiltração do policial na manifestação social, não há a finalidade de se investigar organização criminosa, mediante adoção de identidade falsa. Busca o agente da força policial acompanhar o ato e, verificando a ocorrência de crime, realizar coleta de elementos de prova para a competente responsabilização dos executores e dos articuladores.⁴⁵⁵

Na mesma esteira, não sendo possível a confusão com o agente infiltrado, tem-se os conhecidos policiais militares P2, que atuam em trajes civis, portanto

⁴⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Enunciado de súmula n. 145**: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>, acesso em 17.12.2019.

⁴⁵² SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial**: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 28.

⁴⁵³ BRASIL. **Lei n. 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 12.6.2019.

⁴⁵⁴ SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial**: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 28.

⁴⁵⁵ Ibid. p. 43.

disfarçados, a fim de realizar levantamento de dados em campo com a finalidade de subsidiar planejamento de prevenção à criminalidade e monitoramento de áreas de sensível vulnerabilidade social, local em que comumente se desenvolvem ações criminosas. Não há, aqui, foco individualizado em determinada organização criminosa e nem o objetivo de nela se infiltrar, quando muito, observar as cercanias para subsidiar eventual tomada de decisão.⁴⁵⁶

Feitos esses necessários esclarecimentos, diante do escopo da presente pesquisa, resta investigar acerca do procedimento para se obter autorização a utilização desse sofisticado meio de investigação.

3.2.2. Autorização e controle da infiltração policial na Lei n. 12.850/2013

Iniciando o estudo sobre a regulamentação e o procedimento para utilização da técnica investigativa de infiltração de agentes em organizações criminosas, mostra-se adequada a visita ao estipulado na Convenção de Palermo acerca do tema, até mesmo porque, diante de sua incorporação ao ordenamento jurídico, tem força de lei (ordinária).

Apesar de não trazer regulamentação específica sobre a utilização de agentes infiltrados, a Convenção de Palermo, como documento internacional e de amplo espectro de influência, introduz conceitos e determinações para que os países signatários criem normas a fim de possibilitar a utilização desse meio de investigação no combate às organizações criminosas, sempre com a observância aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico interno (art. 20, 1).⁴⁵⁷

Os princípios fundamentais do ordenamento jurídico pátrio se encontram delimitados no Título I da Constituição Federal de 1988, o qual, em seu artigo 1º, inciso

⁴⁵⁶ Ibid. p. 43.

⁴⁵⁷ BRASIL. **Decreto n. 5015 de 12 de março de 2004**. "Art. 20, 1. 1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm, acesso em 12.6.2019.

III ⁴⁵⁸, traz a dignidade da pessoa humana, valor-mãe de todos os direitos fundamentais elencados ao longo do texto constitucional, e que traz a conclusão, ainda que óbvia, mas de fundamental menção, que na regulamentação da utilização da infiltração de agentes no combate às organizações criminosas se deve rigorosa observância aos direitos fundamentais do cidadão (vítima ou autor).

Feita essa breve observação sobre a necessidade da filtragem constitucional, cabe agora o exame acerca da regulamentação do instituto trazida no bojo da Lei n. 12.850/2013 em seus artigos 10 ao 14, os quais serão apenas abordados em pontos destacados de discussão, sem a mínima pretensão de se esgotar o tema, diante da limitação do espectro investigativo do presente trabalho.

Nessa esteira, o primeiro ponto que importa ser abordado é a delimitação orgânica para a utilização da infiltração de agentes. A leitura concatenada dos dispositivos constante da Lei n. 12.850/2013, em especial artigos 10, § 2º, e, 1º, §§ 1º e 2º, revela que este meio especial de investigação somente poderá ser manejado (a) quando o objeto investigativo for organização criminosa e as infrações penais por ela cometidas (crimes com pena máxima superior a 4 anos ou de caráter transnacional), nos termos fixados em lei (art. 1º, § 1º); (b) às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (art. 1º, § 2º, inciso I); e, por fim, (c) às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos ((art. 1º, § 2º, inciso II). ⁴⁵⁹

Percebe-se, portanto, que além da possibilidade de investigação de organizações criminosas através da infiltração de agentes, a Lei n. 12.850/2013 trouxe norma de extensão a fim de possibilitar a aplicação dos institutos nela previstos ao

⁴⁵⁸ “TÍTULO I - Dos Princípios Fundamentais Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; “[...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 15.6.2019.

⁴⁵⁹ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 12.6.2019.

combate das infrações penais acima descritas no item 'b', bem como às organizações terroristas segundo tratado na Lei n. 13.260/2016.⁴⁶⁰

Quanto ao aspecto temporal da utilização da infiltração de agente a doutrina tem se posicionado de duas formas díspares. A primeira corrente⁴⁶¹ sustenta que a infiltração de agentes é somente aplicável durante a investigação policial, portanto na fase administrativa da *persecutio criminis*, consoante interpretação literal dos artigos 3º, inciso VII⁴⁶², e, 10⁴⁶³, ambos da Lei n. 12.850/2013.

Em posição diversa, a segunda corrente⁴⁶⁴ afirma que a infiltração de agente pode ser utilizada também no curso da fase judicial, porquanto a determinação no artigo 10 no sentido de “que requerida pelo Ministério Público, após manifestação do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial”⁴⁶⁵, leva a conclusão de que, a *contrario sensu*, é permitida também no curso de ação penal. Em adição, tem-se a cabeça do artigo 3º da mencionada legislação ao afirmar que “Em

⁴⁶⁰ Aqui impende mencionar a necessária diferenciação de organização criminosa, aquela definida no artigo 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013, cuja finalidade é obtenção de vantagem de qualquer natureza, de organização terrorista, que seria aquela com a mesma estrutura desenhada no artigo 1º, § 1º, c/c § 2º, inciso II, da Lei n. 12.850/2013, porém com a finalidade diversa, qual seja, causar terror social ou generalizado por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia ou religião, nos termos descritos na Lei n. 13.260/2016.

⁴⁶¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 101.

⁴⁶² Art. 3º, “VII - infiltração, por policiais, **em atividade de investigação**, na forma do art. 11;” (grifo nosso) BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 12.6.2019.

⁴⁶³ “Art. 10. A infiltração de agentes de polícia **em tarefas de investigação**, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.” (grifo nosso) BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 12.6.2019.

⁴⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 751.

⁴⁶⁵ “Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.” (grifo nosso) BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 12.6.2019.

qualquer fase da persecução penal”⁴⁶⁶ poderão ser utilizados os institutos lá elencados.⁴⁶⁷

Dentro do aspecto temporal, resta ainda abordar o tempo de duração da medida de infiltração policial, o qual vem disciplinado no artigo 10, § 3º, da Lei n. 12.850/2013, sendo de até 6 meses, “sem prejuízo de eventuais renovações.”⁴⁶⁸

Aqui também há divisão na doutrina, *exsurgindo* do debate, basicamente, duas posições, a primeira corrente se firmou no sentido de haver limitação às autorizações de prorrogações por se tratar de medida restritiva de direitos fundamentais⁴⁶⁹, já a segunda corrente é no sentido de não haver qualquer limitação quanto às prorrogações da medida, desde que devidamente comprovada sua necessidade, não se podendo falar em limitação de atividade investigativa de tamanha complexidade⁴⁷⁰.

A questão da legitimidade para o requerimento da medida vem disciplinada no artigo 10⁴⁷¹ da Lei n. 12.850/2013, sendo exclusiva do: (a) delegado de polícia; e, (b) Ministério Público. A determinação de oitiva do Ministério Público, em caso de pedido do delegado de polícia (art. 10, § 1º⁴⁷², da Lei n. 12.850/2013), vem ao encontro

⁴⁶⁶ “Art. 3º **Em qualquer fase da persecução penal**, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:” [...] (grifo nosso) BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 12.6.2019.

⁴⁶⁷ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**, 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 379.

⁴⁶⁸ “Art. 10, § 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.” BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 12.6.2019.

⁴⁶⁹ Pacelli se posiciona a favor da duração total da medida em no máximo 1 ano. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 882. Já para Marllon a duração global da medida não poderia ultrapassar 18 meses. SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial**: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 92.

⁴⁷⁰ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**, 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 379.

⁴⁷¹ “Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, **representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público**, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.” (grifo nosso) BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 12.6.2019.

⁴⁷² “Art. 10. § 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.” BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 12.6.2019.

do sistema acusatório adotado no ordenamento jurídico brasileiro, em que o *parquet* é o titular da ação penal pública, sendo o destinatário dos elementos informativos colhidos em sede de investigação policial e fiscal da atividade policial ao realizar seu controle externo (art, 129, incisos I e VII, da CF/88⁴⁷³).

Logicamente, no sistema acusatório não há que se cogitar na determinação ou prorrogação da medida *ex officio* pelo magistrado, situação que ensejaria a nulidade da infiltração por não observância dos princípios acusatório, da inércia da jurisdição e da imparcialidade.⁴⁷⁴ Assim, caso o Ministério Público se posicione contrariamente ao pedido realizado pelo delegado de polícia, não é recomendado que o magistrado defira a medida, pois não existindo pedido ou aquiescência do titular da ação (cautelar, inclusive) estará atuando *sponte propria*. Caso discorde da posição do Ministério Público, por aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal, o magistrado deverá remeter o pedido ao chefe da instituição (MPE ou MPF).⁴⁷⁵

A legitimidade para a execução da medida, consoante já abordado no item 3.2.1., é exclusivamente de integrantes da polícia judiciária, seja da polícia civil em nível estadual ou da polícia federal em nível federal, não sendo admitida a infiltração por agentes de inteligência ou outros órgãos estatais (Receita Federal, por exemplo), bem como de particulares (informantes ou gansos).⁴⁷⁶

No que concerne ao requerimento para o emprego da infiltração de agentes, a ser realizado pelo delegado de polícia ou pelo Ministério Público, estabelece o artigo 11 da Lei n. 12.850/2013 que deverá conter “a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração”⁴⁷⁷.

⁴⁷³ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...] VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; [...]” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 15.6.2019.

⁴⁷⁴ SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 92.

⁴⁷⁵ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**, 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 377.

⁴⁷⁶ Ibid., p. 380.

⁴⁷⁷ Art. 11. BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 12.6.2019.

A exigência de demonstração da necessidade da medida, acima mencionada, vem ao encontro do disciplinado no artigo 1º, § 3º, *in fine*, quando afirma que a utilização da infiltração policial somente será cabível “se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis”⁴⁷⁸, as quais decorrem da força normativa dos princípios da subsidiariedade e da necessidade (desdobramento do princípio da proporcionalidade, em conjunto com a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito).

Pelos referidos princípios, no requerimento de infiltração de agentes, por ser a mais gravosa atividade de investigação, tanto do ponto de vista de restrição de direitos fundamentais do investigado, como da ótica do agente infiltrado, deverá ser demonstrado que nenhuma outra medida investigativa obteve sucesso em elucidar determinado ponto da organização criminosa (membros, crimes, *modus operandi*, etc.).⁴⁷⁹

Dessa forma, é possível apontar uma gradação na utilização dos meios de investigação, a ser devidamente demonstrada no requerimento, até a possibilidade de utilização da infiltração de agentes, a saber, (1) meios convencionais de investigação previstos no Código de Processo Penal; (2) quebra de sigilo de dados telefônicos, bancários, fiscais, cadastrais, etc.; (3) interceptação do fluxo de comunicações telefônicas e telemáticas, bem como captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos; (4) infiltração de agentes.⁴⁸⁰

Assim, verifica-se que a infiltração de agentes somente poderá ocorrer após o emprego de outros meios de obtenção de prova, apesar de também invasivos, como a interceptação telefônica, a captação ambiental ou busca e apreensão. Todavia, parece ser claro que não se exige o efetivo emprego de todos os meios acima descritos, bastando que haja forte justificativa para o não emprego de alguns deles, por exemplo, a realização de busca e apreensão na residência de algum integrante

⁴⁷⁸ Art. 10, § 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis. (grifo nosso) BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 12.6.2019.

⁴⁷⁹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**, 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 386.

⁴⁸⁰ SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 92.

da organização criminosa poderá frustrar o restante da investigação e obstar a descoberta dos demais integrantes, de outras infrações penais cometidas, do *modus operandi*, etc.⁴⁸¹

Nomes e apelidos das pessoas a serem investigadas com a medida, caso sejam conhecidos, também devem aparelhar o pedido. Da mesma forma, há a necessidade de delimitação física da área em que o agente infiltrado poderá atuar buscando provas e informações, sem prejuízo, é claro, de eventual ampliação, desde que devidamente demonstrada a necessidade.⁴⁸²

Ainda, deverá o requerimento delimitar alcance das tarefas a serem realizadas pelo agente infiltrado, porquanto no decorrer da medida investigativa é extremamente provável que seja necessário a utilização de outros meios investigativos, por exemplo, apreensão de documentos, fotografias, captação ambiental de sinais acústicos ou ópticos, as quais, se analisadas de forma isolada, também demandam autorização judicial. Assim, com o intuito de viabilizar juridicamente a utilização de tais institutos é imperioso que sejam incluídos expressamente no pedido de infiltração de agentes, a fim de possibilitar a devida apreciação pelo poder judiciário.⁴⁸³

A necessidade de especificação desses elementos no requerimento de infiltração de agentes se mostra extremamente importante a fim de delimitar o campo de análise pelo poder judiciário, não podendo haver decisão *ultra* ou *extra petita*, para além dos limites requeridos pelo Ministério Público ou delegado de polícia.

⁴⁸¹ “Essa conjunção de fatores dificulta a medida, que é utilizada apenas como última opção probatória, desde que a prova ou as provas almejadas e necessárias não possam ser produzidas por outro meio probatório mais seguro. Não significa, absolutamente, que será “o último dos meios de provas” a ser buscado. Quer dizer, na verdade, que, após criteriosa análise do MP ou do MP com a Autoridade Policial, dentre os meios de provas em direito admissíveis, aquela específica pretendida e desejada não possa ser obtida por outro meio.” MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 229.

⁴⁸² Ibid., p. 231.

⁴⁸³ Ibid., p. 231.

O emprego da infiltração de agentes somente poderá ser realizado mediante circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites, nos termos do artigo 10, *caput, in fine*, da Lei n. 12.850/2013.

Com isso, cabe ao magistrado, após apreciar o requerimento do Ministério Público ou do delegado de polícia, em sua decisão analisar, através de adequada motivação, (1) se estão presente elementos informativos que demonstram indícios de infração penal de que trata o art. 1º da Lei n. 12.850/2013 (já abordados no início do presente tópico); (2) se o meio requerido se mostra adequado ao objetivo perseguido pela operação almejada; (3) se foram esgotadas, ou se mostram inaplicáveis, as demais medidas investigativas menos invasivas (necessidade).⁴⁸⁴

Concluindo afirmativamente a análise dos itens acima mencionados, caberá ao magistrado estabelecer o limite de atuação do agente infiltrado. Nesse ponto, mais uma vez, a doutrina se apresenta de forma dividida.

Para a primeira corrente, a decisão judicial que autoriza a utilização da infiltração de agentes poderá conter autorização extensiva expressa para que sejam adotadas outras medidas investigativas no bojo da infiltração, tais como apreensão de documentos, fotografias, arquivos magnéticos, *pen-drives*, captação ambiental de sinais acústicos ou ópticos, etc., não sendo possível se exigir que a cada situação de possível utilização de medida investigativa, que isoladamente exija autorização judicial, o agente infiltrado devesse se reportar ao delegado de polícia ou ao Ministério Público para que estes requeressem nova autorização judicial.⁴⁸⁵

Para a segunda corrente, a decisão judicial deveria se ater única e exclusivamente ao preenchimento dos requisitos legais para a utilização da medida, não devendo tratar dos limites de atuação, sob pena de indevida ingerência do poder judiciário na investigação, com mácula da imparcialidade e ao sistema acusatório. Advoga, essa corrente, que eventuais ilegalidades perpetradas na colheita de provas

⁴⁸⁴ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**, 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 383.

⁴⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 575. E ainda: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 106.

devem ser solucionadas, posteriormente, com a teoria de invalidação de provas.⁴⁸⁶ Chega-se à conclusão que, para essa corrente, haveria necessidade de autorização judicial individual e circunstanciada para cada uma das medidas reservadas a cláusula de jurisdição (busca e apreensão, interceptação telefônica e de dados, quebra de sigilo).

“Em termos mais simples, tudo recomenda que a autorização judicial relacione as condutas que o agente estará autorizado a praticar, bem como aquelas que lhe serão vedadas, no exercício das atividades de infiltração”.⁴⁸⁷

Importante instrumento de controle da medida de infiltração de agentes é a apresentação de relatório circunstanciado, ao magistrado competente, ao final de cada período de até 6 meses⁴⁸⁸, com ciência do Ministério Público, consoante disposto no artigo, 10, § 4º, da Lei n. 12.850/2013, ocasião em que se deverá detalhar minuciosamente as medidas empregadas pelo agente infiltrado, os elementos de prova obtidos, necessidade de continuação da medida ou adoção de outras técnicas a fim de que seja verificada a legalidade das condutas realizadas e dos elementos de prova obtidos, com a mínima restrição de direitos fundamentais possível.⁴⁸⁹

A análise dos dispositivos legais acima abordados demonstra que o controle judicial da medida de infiltração policial ocorre em dois momentos distintos, a saber, (1) o primeiro momento ocorre quando da análise do requerimento da medida, a fim de estabelecer a existência de justa causa e, se for o caso de deferimento, os parâmetros de atuação do agente infiltrado; e, (2) o segundo momento ocorre após o cumprimento da medida, com a apresentação do relatório circunstanciado a ser produzido a cada seis meses de sua implementação.

⁴⁸⁶ SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 92.

⁴⁸⁷ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**, 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 384.

⁴⁸⁸ Há corrente defendendo a necessidade de se apresentar relatório circunstanciado somente ao final da medida, ou seja, acaso estendida por mais de um período o relatório não precisaria ser apresentado a cada período. Ibid., p. 390.

⁴⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2. p. 753.

Em ambas as etapas tem especial aplicação a metarregra da proporcionalidade. Na primeira, quando o magistrado delimita os parâmetros de atuação do agente infiltrado, de acordo com as necessidades do caso específico, fora dos quais os elementos de prova eventualmente colhidos poderão ser considerados ilícitos. Na segunda, ao receber o relatório circunstanciado, o magistrado deverá dispender especial atenção na observância pelo agente infiltrado dos parâmetros anteriormente delineados na decisão, a existência de eventual crime cometido pelo agente infiltrado e a incidência de excludente de ilicitude, bem como a admissibilidade das provas produzidas.

É nesse segundo momento que se pode apresentar situação de maior delicadeza do ponto de vista probatório e de atuação do agente infiltrado.

É que pode ocorrer que o agente infiltrado se encontre em situação não vislumbrada no raciocínio prognóstico realizado pelo magistrado quando da delimitação de seu campo de atuação e adote conduta não prevista na decisão judicial, mas que leve a elementos de prova imprescindíveis à comprovação da suspeita inicial.

Nesse ponto, as provas coletadas pelo agente infiltrado em situação não abarcada pela decisão judicial deverão ser trazidas aos autos, junto com o relatório circunstanciado, detalhando os elementos que levaram à tal conduta, para que o magistrado, em controle diferido, possa analisar, segundo a metarregra da proporcionalidade, a adequação da conduta do agente infiltrado na sua obtenção e, eventualmente, sua admissibilidade.

Com isso, analisadas as principais características da operacionalização da autorização judicial para utilização da infiltração de agentes, pode-se constatar que o desrespeito a qualquer dos limites traçados na decisão judicial poderá ensejar a mácula dos elementos probatórios eventualmente colhidos, com possível comprometimento de toda investigação e de recursos públicos de alto vulto, usualmente necessários ao implemento da medida.

Nada obstante, tal conclusão não deve ser adotada de forma automática, sem considerar os elementos envolvidos no caso concreto, de acordo com um critério

de ponderação adequado, consoante já mencionado no item 3.1.5 e que será abordado em item específico a frente.

3.2.3. Agente infiltrado como testemunha

Questão delicada na tratativa do tema é saber se o agente infiltrado em organização criminosa pode ser arrolado e ouvido como testemunha. Isso porque a Lei n. 12.850/2013 prevê em seu artigo 14⁴⁹⁰ que são direitos do agente ter seu nome, qualificação, imagem, voz e demais informações pessoais preservadas no processo criminal, salvo decisão judicial em contrário. Nada obstante, em contraponto, encontram-se os princípios do contraditório e da ampla defesa do(s) acusado(s) de confrontar as provas advindas da medida investigativa.

Há que se conciliar o exercício desses direitos, que se apresentam de forma antagônica no processo penal, de forma que nenhum deles, na prática, anule o outro, ou reduza o seu âmbito de proteção de forma a que seja impraticável.

Fato é que o depoimento do agente infiltrado é de suma importância para a instrução processual do feito, porquanto será nessa oportunidade que o relatório circunstanciado se materializa como prova judicial, produzida sob os cânones do contraditório e ampla defesa, ocasião em que as partes e o juízo poderão realizar questionamentos sobre pontos cruciais à análise dos demais elementos de prova produzidos.⁴⁹¹

A questão a ser abordada é a extensão das informações sobre a identidade do agente infiltrado nesse processo de oitiva, com a complexa atividade de compatibilização dos direitos acima explicitados.

⁴⁹⁰ “Art. 14. São direitos do agente: I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada; II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no [art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999](#), bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas; III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário; IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito”. BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 5.7.2019.

⁴⁹¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 221. Da mesma forma: MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**, 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 394.

Nessa tarefa, é recomendável que o magistrado proceda com a aplicação da metarregra da proporcionalidade, devendo ser verificada a adequação do depoimento do policial infiltrado na verificação da verdade dos fatos, a necessidade de seu relato, com adoção de diligência a fim de assegurar a menor exposição possível de sua identidade, e, por fim, ponderação entre custos e benefícios da medida, com o sopesamento dos direitos fundamentais envolvidos.

Os benefícios deverão sempre se sobrepor aos custos a fim de que o depoimento seja legalmente realizado. Em outras palavras, havendo altíssimo risco de que a exposição de qualquer característica ou informação pessoal do agente infiltrado venha lhe acarretar perigo à integridade física ou à saúde, bem como de seus familiares, a balança deverá pender a seu favor, mitigando a amplitude dos direitos do acusado.⁴⁹² De modo contrário, não sendo verificados a presença exacerbada de riscos ao agente infiltrado ou família, outro deverá ser o curso da balança a privilegiar os direitos do acusado frente aos do agente infiltrado no processo penal.⁴⁹³

Sobre o sigilo na identidade de testemunhas, raciocínio aplicável ao agente infiltrado em virtude do disposto no artigo 14, inciso II, da Lei n. 12.850/2013, o Supremo Tribunal Federal admitiu a “legitimidade da providência devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada e a necessidade de instrumentalizar o magistrado com medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas [...]”⁴⁹⁴.

Assim, adotadas as devidas providências, com atenção a preservação da integridade física e saúde do agente infiltrado, verifica-se que não há qualquer óbice

⁴⁹² Comentando o artigo 14, inciso II, da Lei n. 12.850/2013, Mendroni aduz que: “Esse dispositivo ainda deixa clara a possibilidade indiscutível de que o agente infiltrado possa servir como testemunha no posterior eventual processo criminal – com a sua identidade protegida, inclusive dos Advogados. A eventual argumentação de necessidade dos Advogados de conhecerem a identidade do agente infiltrado não se sustenta, já que não impede o exercício da legítima defesa, pois os réus se defendem de fatos e não de pessoas; mas também coloca em risco todas as medidas protetivas previstas nessa Lei, fulminando-a de inaplicável”. MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários a Lei do Crime Organizado: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 93-94.

⁴⁹³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 221.

⁴⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 90.321/SP**, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 26/9/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550473>, acesso em 07.07.2019.

a que seja ouvido como testemunha no curso do processo penal em que se apura a existência do crime de organização criminosa.

3.2.4 Agente Infiltrado em organização criminosa e prova ilícita

Inicialmente, ao se inaugurar o presente tópico, é importante recordar, conforme já abordado no item 1.4. deste trabalho, que o protagonismo no âmbito do sistema de direitos fundamentais, em observância ao delineamento do estado brasileiro na CF/88, é do poder legislativo, democraticamente eleito, como representantes do povo, verdadeiro detentor do poder político.

Cabe ao parlamento a decisão sobre as prioridades a serem eleitas pelo estado brasileiro dentro do sistema normativo constitucional.

Primeiramente com o poder legislativo originário ao elaborar as normas constitucionais e alçar ao nível constitucional questões de destacada importância, v.g. a definição do rol de direitos fundamentais (Título II da CF/88), inserção de cláusulas restritivas de direitos fundamentais escritas (art. 5º, incisos IV e XI, da CF/88, por exemplo), bem como determinados direitos e valores necessários a vida em sociedade, de acordo com as lentes políticas e morais da época em que houve tais deliberações (arts. 196, 205 e 225 da CF/88, por exemplo).

E, em momento posterior, com o poder legislativo derivado, através da elaboração de leis que reflitam as escolhas da população e respondam aos anseios da sociedade, de acordo com o momento de evolução em que se encontra, realizando, muitas vezes, a necessária acomodação de direitos e valores de patamar constitucional que se apresentam em situação de antagonismo, mediante elaboração de leis restritivas de direitos fundamentais com base em autorizações constitucionais (restrições indiretamente constitucionais).

Nessa função (poder legislativo derivado), há que se ter em mente a correta delimitação para o exercício de tal competência, com o devido respeito às normas procedimentais (devido processo legislativo formal – Título IV, seção VIII, da CF/88) e ao devido sopesamento com os demais direitos e bens constitucionais em colidência através da metarregra da proporcionalidade.

Em complemento, na realização desse mister, conforme pontuado no item 1.6. e subitens, o legislador deve se ater ao mandamento de atualidade decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como a sua permeabilidade, elaborando leis a altura dos desafios encontrados pela sociedade, sempre objetivando a maximização da proteção de direitos fundamentais e outros bens constitucionais indispensáveis ao livre exercício daqueles.

É sob esse prisma que se verifica a evolução legislativa no combate às organizações criminosas ao longo dos últimos vinte anos, primeiramente com a Lei n. 9.034/1995, seguida pelas Leis ns. 10.217/2001 e 12.964/2012, e, por fim, culminando com a atual Lei n. 12.850/2013⁴⁹⁵, demonstrando uma evolução na tratativa do tema pelo parlamento, com a necessária atenção aos desafios atuais no combate da criminalidade organizada e o cuidadoso sopesamento dos interesses envolvidos, sempre objetivando a otimização de direitos e bens fundamentais.

O legislador derivado, atento às necessidades da sociedade brasileira e em sintonia com demandas internacionais por maior segurança, elegeu, no âmbito da Lei n. 12.850/2013, meios de investigação capazes de apresentar resposta estatal no mesmo nível de complexidade que se apresentam as organizações criminosas na atualidade, dentre eles, com destaque diante do escopo do presente trabalho, a infiltração de agentes de polícia.

Ao regulamentar esse instituto, nos artigos 3, inciso VII, e, 10 a 14, a Lei n. 12.850/2013, no seu artigo 13, *caput*, previu que o agente que “não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados”⁴⁹⁶.

E completou, em seu parágrafo único, “não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ A evolução legislativa de forma detalhada foi trabalhada no item 2.1.4. da presente investigação.

⁴⁹⁶ BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 5.7.2019.

⁴⁹⁷ BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 5.7.2019.

É da cultura jurídica mult centenária do direito romano o aforismo de que a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu, sunt accipienda*), e quando houver a possibilidade de mais de um sentido à palavra, deverá ser apurado o “adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, [...] para precisar o alcance da regra positiva.”⁴⁹⁸

Partindo-se dessa premissa é que se pode enxergar a previsão, ainda que em uma construção invertida, de aplicação da metarregra da proporcionalidade na atuação do agente infiltrado, com a finalidade de inserção de válvula de escape para situações não previstas na lei ou na decisão judicial de autorização da medida.

No item 3.2.2, demonstrou-se divisão na doutrina quanto ao alcance da decisão que defere a utilização da infiltração de agentes, parte dela se posicionando no sentido de que já deverá prever a realização de outras medidas investigativas (ex.: escutas ambientais, apreensão de documentos, câmeras escondidas, etc.), e, outra parte se posicionando ao lado da necessidade de autorização judicial sempre que o implemento de determinada medida, se tomada individualmente, demandasse autorização judicial.⁴⁹⁹

Nada obstante, mesmo que se adote a posição mais liberal, não há como se prever de forma tão precisa as situações a serem encontradas pelo agente infiltrado no desenrolar da medida a ponto de se deferir todos os meios de investigação necessários, quer porque no momento da decisão não se faziam presentes elementos que preenchessem os requisitos legais, quer porque nem se vislumbrou a necessidade de utilização de tal meio de coleta de prova.

É aqui que a interpretação dessa norma ganha mais sentido, pois, em muitas situações, diante da periculosidade dos integrantes e da complexidade da organização criminosa, caso fosse exigido do agente infiltrado “buscar autorização judicial para cada situação vivenciada durante a execução da operação, haveria

⁴⁹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 204.

⁴⁹⁹ Item 3.2.2

evidente prejuízo à eficácia desse procedimento investigatório, além de colocar em risco a própria segurança do policial.”⁵⁰⁰

Assim, é bastante factível que no transcurso da operação de infiltração policial em uma organização criminosa o agente infiltrado se depare com situação não vislumbrada no raciocínio prognóstico realizado pelo magistrado (ou promotor de justiça e/ou delegado de polícia) ao delimitar o seu campo de atuação e realize conduta não prevista na decisão judicial, mas que leve ao desvelamento de elementos de prova imprescindíveis à comprovação da suspeita inicial, ou até mesmo que afaste tal suspeita.

A leitura combinada dos dois dispositivos contidos no artigo 13 da Lei n. 12.850/2013 revela que o agente infiltrado, no desempenhar de suas atividades, deverá atuar com proporcionalidade, levando em consideração a finalidade da investigação, e que, em casos extremos, se vier a praticar algum crime, não será por ele punido ao adicionar às excludentes de ilicitude e culpabilidade já previstas no âmbito criminal a inexigibilidade de conduta diversa.⁵⁰¹

Esses dois dispositivos inserem no âmbito de atuação do agente infiltrado duas cláusulas de juízo de ponderação, uma delas referente à proporcionalidade nos atos por ele desenvolvidos, inclusive aqueles não previstos na decisão judicial de concessão da medida, desde que de acordo com a finalidade da investigação, e outro referente a não culpabilidade por crimes cometidos no desempenho da medida, desde que não lhe fosse possível conduta diversa. As condições de aplicação das referidas cláusulas deverão ser aferidas com a conjugação dos direitos fundamentais em conflito em cada caso concreto.⁵⁰²

A inserção de juízos de ponderação na conduta do agente infiltrado, em última análise, possibilita ao poder judiciário a verificação de compatibilidade, numa relação de meio e fim⁵⁰³, entre as condutas realizadas no âmbito do instituto e as

⁵⁰⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 575.

⁵⁰¹ SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial**: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 111.

⁵⁰² SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial**: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 112.

⁵⁰³ Consoante doutrina Maurício Zanóide de Moares: “sendo a proporcionalidade um juízo de

finalidades da investigação, sempre com o objetivo primordial de maximizar os direitos fundamentais envolvidos na equação criminal, com maior ênfase àqueles com preponderância e, ao mesmo tempo, com menor interferência naqueles de menor peso.

Daí a importância devotada ao relatório circunstanciado, instrumento através do qual o magistrado poderá avaliar todas as peculiaridades do caso concreto⁵⁰⁴ e decidir se a conduta desenhada pelo agente infiltrado, no caso concreto, é proporcional e, portanto, capaz de produzir provas relevantes à finalidade da investigação, bem como eximi-lo de eventual responsabilidade criminal ou civil.⁵⁰⁵

Não há razão para se direcionar o juízo de ponderação decorrente da inserção da proporcionalidade no artigo 13, *caput*, da Lei n. 12.850/2013, apenas à responsabilização do agente infiltrado, porquanto o sistema normativo deve ser interpretado em sua unidade, de forma integral, levando-se em consideração o direcionamento advindo do conjunto de normas em sua totalidade, ou seja, de combate ao crime organizado, diante da alta lesividade aos interesses mais primordiais de cada cidadão.

Consoante bem pontuado pelo Min. Eros Roberto Grau em seu voto-vista no julgamento da ADPF n. 101, pelo Supremo Tribunal Federal, “não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito no seu todo – marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas”⁵⁰⁶.

ponderação entre o meio a ser utilizado e o fim a ser atingido, a justificação teleológica visa introduzir nessa análise de meio-fim exatamente essa última parcela, qual seja, o fim. Nesse pressuposto, cabe analisar se o fim almejado é constitucionalmente legítimo e se possui relevância social. Esse ‘fim’ almejado, se socialmente relevante e constitucional, é que servirá de parâmetro para o estudo de todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos da proporcionalidade.” MORAES, Maurício Zanóide de. **Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira**. In: Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 34.

⁵⁰⁴ “A análise dessa proporcionalidade deve levar em conta as circunstâncias em que se encontra o agente. Não pode ser milimétrica ou destituída de uma visão do contexto de tomada de decisão do agente, que pode colocar em risco sua vida se não agir na conformidade com os padrões da organização. A situação deve ser interpretada sempre de um ponto de vista favorável ao agente que se arrisca além do usual em seu dever funcional, sob pena de se inviabilizar a aceitação de quem quer que seja para o exercício dessa função.” GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 62.

⁵⁰⁵ SOUSA, Marllon. Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 115/120-121.

⁵⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 101**, j. 24.06.2009, voto-vista Min. Eros Grau, p. 208.

Ademais, ainda que a vontade do legislador ordinário tenha sido apenas a responsabilidade criminal do agente infiltrado por condutas desproporcionais, fato é que, nos dizeres de Pontes de Miranda, “não nos preocupamos com a vontade do legislador, critério exclusiva e viciosamente subjetivista, e sim com a direção e o sentido da norma jurídica, por mercê de preciso método de análise e indução”⁵⁰⁷.

Assim, partindo-se da premissa de que prova ilícita é aquela decorrente de comportamento em violação de normas constitucionais (de forma direta ou indireta) e que a metarregra da proporcionalidade, segundo a teoria adotada no presente trabalho, é o veículo promotor da acomodação entre direitos e bens fundamentais aparentemente contraditórios no processo penal, uma vez concluído que a conduta realizada pelo agente infiltrado se mostrou proporcional com a finalidade da investigação, não há lógica alguma em se reconhecer a não admissibilidade de eventual material probatório que dela advenha.

Não haveria razão alguma para a inserção de duas previsões distintas acerca da conduta do agente infiltrado no mesmo artigo – no caput, referindo-se a condutas em geral (inclusive obtenção de elementos de prova, função primordial do instituto, diga-se de passagem), e, no parágrafo único, a delitos eventualmente perpetrados no âmbito da medida investigativa – porquanto bastaria, para salvaguardar o agente infiltrado de eventual responsabilização, a inserção da excludente de culpabilidade por último referida.

Aliás, a inserção da referida excludente revela o tratamento especial destinado ao tema, prevendo em lei, de forma expressa, dirimente que somente era tratada na doutrina, em acréscimo, é lógico, ao regramento geral acerca das excludentes e justificantes contido no Código Penal.⁵⁰⁸

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>, acesso em 06.07.2019.

⁵⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo III, pp. 222-223. Em sentido semelhante: *Every (written) text has two meanings: an express meaning and an implied meaning. This we learn both from linguistics and from doctrines of legal interpretation. According to both theories, the legal norm is extracted both from the text's express meaning and from its implied meaning.* Barak, Aharon. **Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right** (pp. 73-74). Cambridge University Press. Kindle edition.

⁵⁰⁸ “Tal conclusão decorre da não ilicitude da conduta do agente infiltrado em organização criminosa

Caso o foco fosse pura e simplesmente a sua responsabilização criminal bastaria a inserção da norma contida no parágrafo único do artigo 13 da Lei n. 12.850/2013, deixando a análise do material probatório produzido no âmbito da medida à teoria geral acerca da admissibilidade das provas no processo penal. Todavia, não parece esta ser a opção mais adequada, justamente diante da excepcionalidade que o combate ao crime organizado apresenta na atualidade.

Fosse aplicada a regra constante do artigo 157 do Código de Processo Penal de forma absoluta, toda e qualquer prova produzida pelo agente infiltrado fora dos limites delineados na decisão que deferiu a medida seria inadmissível nos autos do processo⁵⁰⁹. Todavia, diante da inserção de cláusula de juízo de ponderação, através da metarregra da proporcionalidade, a ser aplicada na colisão entre direitos e bens fundamentais que se encontram ínsitos e subjacentes à conduta do agente infiltrado e à finalidade da investigação propiciou a legislação a análise, pelo poder judiciário, da legalidade do comportamento, diante do caso concreto, e, consequentemente, do aproveitamento da prova dele decorrente.

A ideia do sistema é possibilitar o tratamento de questões excepcionais de forma excepcional, ou seja, fornecer instrumentos aptos a apresentar efetiva resistência às investidas do crime organizado contra os direitos fundamentais. É nesse prisma que se pode vislumbrar a inserção da cláusula expressa de proporcionalidade na atividade do agente infiltrado, simplificando a análise acerca da ponderação a ser realizada.

Explica-se. O exame da ilicitude da prova através do prisma da proporcionalidade na regra geral se mostra muito mais complexo do que a realizada sob as especificidades da Lei n. 12.850/13, especificamente no âmbito do agente infiltrado.

pelo simples fato de ter ingressado na organização, cuja tipicidade penal estaria completa não fosse a excludente do estrito cumprimento do dever legal, prevista na parte geral do Código Penal.” MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**, 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 400.

⁵⁰⁹ SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 119.

Isso porque, na regra geral, seria necessário o recurso à fórmula de 2º grau da proporcionalidade, decorrente da necessária compatibilização de princípios formais juntamente com os princípios materiais de direitos fundamentais e/ou bens constitucionais.

É dizer, nesse nível – o geral – o raciocínio deverá chegar à conclusão de que a norma disposta no código de processo penal, no caso concreto, é inconstitucional, por ofertar uma proteção deficiente, determinando a análise da questão em nível superior – o constitucional – através da compatibilização dos direitos fundamentais e/ou bens constitucionais em colisão, ao lhes delimitar o âmbito de proteção de acordo com as premissas fáticas e jurídicas apresentadas.

A fórmula a ser utilizada é a seguinte:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot Re_i \cdot R_{ni} (P_i)^{510}}{I_j \cdot W_j \cdot Re_j \cdot R_{nj} (P_j)}$$

De forma diversa, a análise da licitude da prova decorrente da atuação de agente infiltrado em organização criminosa, como previsto na Lei n. 12.850/13, mostra-se não tão complexa, porquanto o parâmetro da proporcionalidade é expressamente previsto no artigo 13 da referida legislação, com a lógica observância, pois, dos princípios formais.

Tal situação – observância dos princípios formais – acarreta na sua exclusão na atividade de compatibilização dos direitos fundamentais e/ou bens constitucionais em colisão no caso concreto, simplificando a operação.

A fórmula a ser usada é a seguinte:

⁵¹⁰ Assim, com base nos ensinamentos de Alexy, tem-se que $W_{i,j}$ representa o peso concreto de P_i , ou seja, o peso concreto de P_i quando ele, em um caso concreto, colide com P_j ; W_i representa o peso abstrato do princípio P_i , I_i representa a intensidade da interferência no princípio P_i e R_{ei} representa a certeza das suposições epistêmicas empíricas do princípio P_i e R_{ni} representa a certeza das suposições epistêmicas normativas relacionadas a P_i . O mesmo raciocínio é aplicado ao princípio P_j , contudo I_j representa a importância de satisfação do princípio P_j . ALEXY Robert. **Formal principles: Some replies to critics**, in International Journal of Constitutional Law, Volume 12, Issue 3, 1 July 2014, p. 513. Disponível em <https://academic.oup.com/icon/article/12/3/511/763784>, acessado no dia 11.12.2018.

$$WPi,jC = \frac{IPiC \cdot WPiA^{511}}{IPjC \cdot WPjA}$$

Há que se achar um equilíbrio entre os direitos e bens fundamentais eventualmente em rota de colisão, nenhum deles devendo prevalecer de forma a aniquilar o outro⁵¹²

As regras do ordenamento jurídico devem, com isso, permitir a adequada responsabilização criminal daqueles que se enveredaram no mundo do crime sem que, para isso, sejam destituídos de seus direitos fundamentais, notadamente da possibilidade de se defenderem amplamente segundo o devido processo legal. “Não se deve pender para os extremos de um hipergarantismo ou de uma repressão a todo custo.”⁵¹³

Sob a ótica do combate às organizações criminosas, diante da base teórica adotada no presente trabalho, em atenção, ainda, ao desenho constitucional do estado brasileiro na CF/88, pode-se assentar que eficiente é o meio de investigação que permite tratamento diferenciado, diante da alta lesividade social, à macro criminalidade e, ao mesmo tempo, respeito os direitos fundamentais daqueles envolvidos na equação criminal (autores e vítimas).⁵¹⁴

É sob esse prisma que se deve interpretar a previsão disposta no artigo 13 da Lei n. 12.850/2013, de modo a extrair o seu real significado e amplitude, possibilitando ao poder judiciário, diante de parâmetros os mais objetivos possíveis, o

⁵¹¹ WPiA e WPjA se referem a pesos abstratos dos princípios Pi e Pj. Na teoria dos princípios apresentada por Alexy essas grandezas se anulam reciprocamente, porquanto todos os princípios sobre direitos fundamentais ou bens constitucionais relevantes possuem peso absoluto idêntico se tratados de forma abstrata, sem colisão. É por isso que são chamados de mandamentos de otimização no caso concreto, em razão das necessárias restrições decorrentes das premissas fáticas e jurídicas apresentadas.

⁵¹² Apesar de não ser essa a ótica que se quer emprestar a presente avaliação – de coletivo vs. Individual – a presente passagem serve para demonstrar a necessidade de equilíbrio no quadro constitucional. “**Garantias individuais não justificam pura e simplesmente o aniquilamento do interesse coletivo, e o interesse coletivo não pode sacrificar completamente as garantias individuais.**” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 101, j. 24.06.2009, voto-vista Min. Joaquim Barbosa, p. 222. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>, acesso em 06.07.2019. (grifo nosso)

⁵¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. **O equilíbrio na repressão ao crime organizado**. In: *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 10.

⁵¹⁴ Ibid. p. 11.

controle de constitucionalidade de decisões relacionadas a direitos fundamentais (decorrente das opções adotadas em cada caso concreto pelo agente infiltrado), com a verificação de sua adequação, necessidade e correta ponderação de direitos e bens fundamentais em questão.⁵¹⁵

Nessa última etapa da análise – juízo de ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito – é que se realizará o cotejo entre os bens e/ou direitos fundamentais envolvidos, a fim de determinar qual deverá prevalecer diante das múltiplas variáveis apresentadas no caso concreto, num esforço para se alcançar um ponto de equilíbrio justo, com a maximização daquele prevalente e a menor mitigação daquele de menor peso.

Apesar de fugir ao escopo do presente trabalho, porquanto não se pretende realizar análise casuística acerca da aplicação da teoria aqui tratada, insta trazer à baila dois exemplos envolvendo prova ilícita produzida por agente infiltrado em organização criminosa segundo os parâmetros já expostos a fim de se avaliar eventual aceitação judicial.

Imagine-se, como primeiro exemplo, uma organização criminosa voltada primordialmente para o cometimento de crimes patrimoniais, todavia sem a implementação de qualquer violência ou grave ameaça a pessoas, sua nota de especialidade seria a clandestinidade, mediante golpes na internet, furtos em residências de temporada e lavagem de capitais.

Mediante decisão judicial, seguindo os parâmetros expostos na Lei n. 12.850/13, é deferido o uso de agente infiltrado na investigação do grupo, o qual, após bem-sucedida incursão por alguns meses, logra êxito em implantar uma escuta ambiental em um dos locais em que o grupo se utiliza para planejar suas ações sem que, contudo, estivesse autorizado judicialmente para adentrar no local.

⁵¹⁵ Nas palavras de Maurício Zanóide de Moraes, é uma opção subjetiva do julgador, que, diante dos dados fáticos específicos, deverá decidir se é aceitável sacrificar um direito fundamental e, ainda, se isso ocorrer, em qual limite (extensão e duração) tal sacrifício se dará. MORAES, Maurício Zanóide de. **Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira**. In: Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 39-40.

Referida escuta permite que se descortine vários crimes até então sem resposta, bem como a identificação de outros membros altamente especializados em informática e que eram responsáveis pela operacionalização dos delitos na internet.

Sob esta ótica, poder-se-ia imaginar que de um lado estariam o direito fundamental a uma tutela penal efetiva⁵¹⁶ (com observância do devido processo legal) e o direito fundamental à propriedade⁵¹⁷ das vítimas, ambos tutelados pelo Estado em razão do monopólio da força, no polo oposto estaria o direito fundamental à intimidade⁵¹⁸ e a garantia fundamental à inadmissibilidade das provas ilícitas⁵¹⁹.

Com isso, caberia ser questionado acerca da aplicação da metarregra da proporcionalidade e seus desdobramentos. Assim, ao perquirir as questões relacionadas à situação fática, primeiramente se pergunta se o meio a ser considerado como prova é adequado/útil para a finalidade de se demonstrar a ocorrência de delitos e sua autoria? Sim. Em seguida, questiona-se acerca da necessidade na utilização de tal meio; haveria meio igualmente adequado que representasse menor infração aos direitos fundamentais em questão? Não, diante da complexa organização adotada pela organização criminosa.

Perpassadas essas duas primeiras etapas envolvendo as metarregras da adequação e necessidade, insta realizar o exame das possibilidades jurídicas apresentadas pelo caso concreto, com aplicação da metarregra da proporcionalidade em sentido estrito. Para isso, necessário se faz a aplicação da regra já anteriormente exposta, a saber:

$$WDFtp, DFiC = \frac{IDFpC^{520}}{IDFiC^{521}}$$

⁵¹⁶ Tratado a partir de agora como DF_{tp}.

⁵¹⁷ Tratado a partir de agora como DF_p.

⁵¹⁸ Tratado a partir de agora como DF_i.

⁵¹⁹ Tratada a partir de agora como GF_{pi}.

⁵²⁰ Tratar-se-á apenas de um princípio por se entender que o direito fundamental a tutela penal efetiva, no caso concreto, é mesclado com o direito à propriedade, uma vez que este é o bem fundamental violado e objeto ultimo de preocupação da tutela penal.

⁵²¹ Da mesma forma, aqui será tratado apenas de um princípio em razão da estreita ligação da garantia fundamental da inadmissibilidade da prova ilícita com o direito fundamental à intimidade.

Ainda com as lições de Alexy, com alto peso da argumentação jusfundamental, a qual não se minudenciará por se tratar de situação hipotética, deve-se atribuir um peso na intensidade da interferência em cada um dos princípios diante do caso concreto, para só então após, verificar qual deles deverá receber maior peso.

Nessa quadra, pode-se atribuir, segundo tabua de valores proposta por Alexy (item 1.4), que, no caso concreto, a intensidade de interferência no princípio DF_p se mostra de leve monta, igual a 1, tendo em vista que os golpes e furtos na sua maioria não são de elevada monta e não há violência ou grave ameaça à pessoa (situação que importaria um raciocínio um pouco diverso tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana). Por outro lado, ao se mensurar a importância de satisfação do princípio DF_i , pode-se atribuir o valor 2, tendo em vista que não havia autorização judicial para entrada na referida moradia e nem tão pouco para a utilização de escuta ambiental, todavia, atenuados em razão da utilização para o planejamento e cometimento de crimes.

Com isso, tem-se o seguinte resultado:

$$WDF_p, DFiC = \frac{1}{2}$$

Assim, o peso concreto do princípio DF_p quando ele colide com o princípio DF_i , nas condições hipoteticamente apresentadas acima é igual a $1/2$ ⁵²², não autorizando que prevaleça sobre o princípio DF_i , situação que traduz, em último caso, na impossibilidade de se admitir a prova ilícita produzida por agente infiltrado naquela organização criminosa.

Em situação hipotética diversa, poder-se-ia analisar a aplicação da referida teoria em um caso em que o agente infiltrado, legalmente deferido, estivesse inserido em uma organização criminosa que realizasse o tráfico internacional de mulheres para

⁵²² Em todos os casos nos quais DF_p tem precedência em relação a DF_i o valor de DF_p é maior que 1. Se ele ficar abaixo de 1, isso significa que DF_i que tem precedência. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 606.

prostituição em países da Europa⁵²³, com restrição de liberdade e exposição a trabalho em condições análogas a escravidão, bem como lavagem de capitais.

Nesse exemplo, o agente infiltrado apesar de autorizado a adentrar nos locais de habitação dos membros conhecidos da organização e coletar eventuais objetos necessários a responsabilização criminal dos malfeitores, é levado a presença do chefe do grupo, de existência até então desconhecida, e após ingressar em sua residência se depara com um *pen drive*, adonando-se do objeto.

Examinado o objeto foi possível extrair planilhas com o nome das pessoas traficadas, valores recebidos em troca, confisco de passaportes e locais onde as vítimas eram mantidas, situação que possibilitou resgatá-las.

Sob esse contexto fático, é possível, de acordo com as fórmulas e a devida argumentação *jusfundamental* pregada por Alexy, os quais se deixa de realizar porquanto, como já dito, o escopo do presente trabalho não é laborar com a casuística, vislumbrar que tal elemento de prova possuiria alta probabilidade de ser aceito judicialmente.

Dessa forma, verifica-se que a conduta realizada pelo agente infiltrado em organização criminoso será proporcional se, após a aplicação da metarregra da proporcionalidade, predominar o valor de maior relevância, sem que, contudo, seja aniquilado ou anulado o valor contraposto, garantindo-se a máxima eficácia diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, “evitando-se, assim, que se imponham restrições aos direitos fundamentais desmedidas”⁵²⁴.

⁵²³ PRADO, Verôinca. **Grupo Levou mais de 150 mulheres em 7 anos para se prostituir na Europa**. “O grupo criminoso acusado de fazer parte de uma rede internacional de tráfico de seres humanos e favorecimento à prostituição desmontado pela Polícia Federal nesta semana agia desde 2010 e levou para a Europa mais de 150 mulheres nesse período, segundo as investigações.” Portal de notícias G1. Rio de Janeiro: 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/02/veja-como-funcionava-o-esquema-de-trafico-de-mulheres-para-o-exterior.html>, acesso em 17.12.2019.

⁵²⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 58.

Nesse raciocínio, “o meio, adequado e necessário para determinado fim, é justificado se o valor por ele resguardado prepondera sobre o valor protegido pelo direito a ser restringido”⁵²⁵.

Há uma variedade de situações que podem ocorrer no desenrolar da atuação do agente infiltrado em organização criminosa não sendo possível prevê-las através de juízos prognósticos, quer seja na forma de legislação quer seja na forma de decisão judicial, cada caso concreto deverá ser cuidadosamente analisado pelo magistrado levando em consideração as suas peculiaridades, através de um juízo de ponderação⁵²⁶, mediante aplicação da metarregra da proporcionalidade, com máxima efetividade ao direito fundamental ou interesse coletivo (princípio) preponderante de acordo com a relação de precedência condicionada, segundo a Lei da Colisão⁵²⁷ proposta por Robert Alexy.

⁵²⁵ Ibid. p. 58.

⁵²⁶ “Parece consistente afirmar que, para restringir direitos fundamentais, é preciso invocar fundamentos vinculados, de alguma forma, a outras normas constitucionais. Trata-se de uma decorrência lógica dos princípios da supremacia e da unidade da Constituição: apenas outro elemento constitucional pode restringir um direito de estatura constitucional. Além disso, os fundamentos das restrições podem ser de duas naturezas: (i) outros direitos fundamentais ou (ii) bens coletivos, fins públicos consagrados pela Constituição como valiosos. Essa distinção parece importante. **Quando um direito fundamental entra em tensão com outro, o juiz a quem caiba resolver a disputa estará diante de um conflito normativo ao qual terá de dar solução. Por conta da supremacia das normas constitucionais e de sua unidade, como referido, não é possível descartar um dos direitos. O juiz terá de promover a concordância prática entre eles mediante compressões recíprocas. A lei também poderá formular restrições aos direitos envolvidos e, até mesmo, fixar parâmetros para a solução de colisões entre direitos, mas não lhe cabe estabelecer uma prioridade rígida ou abstrata entre direitos aos quais a Constituição conferiu o mesmo *status* hierárquico.**” BARCELOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 190. (grifo nosso)

⁵²⁷ The circumstances under which one principle takes precedence over another constitute the conditions of a rule which has the same legal consequences as the principle taking precedence. This law, which we can call the Law of Competing Principles, is one of the foundations of the theory of principles being established here. It reflects the character of principles as optimization requirements between which there is, first, no relation of absolute precedence, and which concern, secondly, acts and situations which are not quantifiable. ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 54.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime organizado de há muito se faz presente no seio da sociedade, podendo-se ousar em classificá-lo como um fenômeno endógeno presente nas entranhas do corpo social, com destacada proeminência nos últimos 200 anos.

Com a evolução dos meios de transporte, tornando-os mais eficazes e acessíveis, na virada do século XIX para o século XX, da mesma forma se observou com o crime organizado, que deixou de ser um fenômeno de ocorrência local, com características peculiares à sociedade em que ocorria, e passou a espalhar seu âmbito de poder e influência, decorrente do desempenho de atividades criminosas, para novos horizontes experimentando um rápido crescimento.

Já nas décadas finais do século XX, nova evolução tecnológica, através dos meios de comunicação, notadamente o advento da internet, aliado à globalização da economia, propiciou ainda mais amplificação do crime organizado ao redor do planeta, não só estendendo ainda mais suas operações ilegais e as mesclando com negócios aparentemente legítimos, com o objetivo de promover a aceitação social de seus integrantes, mas também possibilitando a disseminação de conhecimentos organizacionais e operacionais, fomentando o surgimento de novas organizações criminosas com ampla possibilidade de sucesso, ainda que em escala menor.

Diante dessa evolução exponencial do crime organizado, é que se apresenta, na atualidade, um dos maiores desafios ao Estado e à sociedade para a garantia e a efetividade de direitos fundamentais, demandando daquele, muitas vezes, ações positivas de enfrentamento (ex.: qualificação das forças de segurança pública, meios jurídicos adequados, etc.) e estratégicas (ex.: implementação de direitos sociais, maior presença do Estado em áreas de vulnerabilidade social), com a necessidade de eleição de meios capazes de fomentar a mais ampla proteção e efetividade de direitos fundamentais diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

Nos dias de hoje, as organizações criminosas são o fenômeno criminológico que maior perigo e lesão impõem às estruturas de sustentação de Estados e sociedades ao redor do planeta, agredindo direitos humanos e

fundamentais, tanto na ordem interna como na ordem transnacional, de forma concertada e continua, com o objetivo primordial de lucro e poder.

É nesse panorama que se mostra crucial a atuação estatal no combate ao crime organizado, não só com ações repressivas e medidas de ordem assistencial, mas também, e com grande destaque, no ambiente legal, com a disponibilização de institutos e medidas jurídicas capazes de apresentar, no âmbito judicial, resistência a expansão daquele fenômeno.

Sob essa ótica se desenvolveu a presente pesquisa, ao abordar, inicialmente, os direitos fundamentais, passando, posteriormente, às organizações criminosas e ao instituto da prova, e, por fim, o agente infiltrado em organização criminosa e a validade judicial de prova ilícita decorrente de sua atuação, sempre sob a ótica dos fundamentos legais pátrios, mas agregando elementos jurídicos de outros países, como meio de enriquecer a investigação sobre o tema.

Assim, no primeiro capítulo, foi abordada a teoria dos princípios aplicadas aos direitos fundamentais como proposta pelo referencial teórico adotado, com a verificação de que o modelo híbrido de regras e princípios aos direitos fundamentais seria o mais adequado. Na sequência foram expostas as possibilidades de colisão entre princípios e conflitos de regras, com suas peculiaridades características, sendo a primeira aplicada quando da presença de direitos fundamentais.

Passou-se, em continuação, a abordagem da possibilidade de restrições a direitos fundamentais com a verificação de que a teoria externa seria a mais adequada, diante dos parâmetros teóricos adotados, e exposição dos tipos de restrição e o procedimento a ser observado quando de sua implementação, com destacada abordagem à proporcionalidade.

Em complemento, foi abordada a questão da discricionariedade no sopesamento de direitos fundamentais em colidência e a necessidade de observação do campo de atuação de cada poder (Legislativo, Executivo e Judiciário), diante das delimitações constitucionalmente estabelecidas, na solução do conflito.

Ao final do primeiro capítulo, foi trazido aporte legal e doutrinário acerca da dignidade da pessoa humana, como prevista no artigo 1º, inciso III, da CF/88, e sua

influência na apreciação dos conflitos envolvendo direitos fundamentais, com posterior abordagem à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever de proteção dos cidadãos com a adoção de medidas que guarneçam e promovam a efetividade dos direitos fundamentais, de acordo com as necessidades atuais da sociedade.

Já no segundo capítulo foi dedicado espaço às organizações criminosas e ao instituto da prova judicial. Dessa forma, quanto às organizações criminosas, realizou-se a contextualização desse fenômeno com os direitos fundamentais e a política criminal a ser adotada em nível estatal. Na sequência, após abordagem da evolução do crime organizado, ainda que de forma superficial, em alguns países no mundo, e o estabelecimento de um consenso internacional acerca do tema, com a edição da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, foram apresentadas algumas modalidades de organização criminosa. Por fim, foi exposta a evolução na tratativa do tema no ordenamento jurídico brasileiro com a delimitação legal daquilo que seria organização criminosa e o instituto da infiltração de agentes na Lei n. 12850/2013 como meio de obtenção de prova.

Dando seguimento à pesquisa, ainda no capítulo segundo, abordou-se o instituto da prova, sua relação como meio de expressão da verdade, conceito e natureza jurídica, estes dentro da moldura legal brasileira. Na sequência, foram conceituados o objeto da prova, suas fontes e meios, bem como limitações e finalidade.

No derradeiro capítulo, inicialmente, tratou-se sobre o instituto da prova ilícita, com sua evolução conceitual, e a teoria da prova ilícita por derivação (*Fruits of the Poisoness Tree theory*). Posteriormente, foi trazido à pesquisa, ao se tratar de diferentes sistemas de tratamento da prova ilícita, a experiência de vários países com o tem, bem como a flexibilização, pela Suprema Corte norte-americana, berço da regra de exclusão, no tratamento das provas ilícitas. Em continuação, foram apresentadas algumas exceções à inadmissibilidade da prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, ao condensar os elementos investigados na presente pesquisa, abordou-se o instituto do agente infiltrado na Lei n. 12.850/13 e sua relação com a

prova ilícita mediante aplicação da metarregra da proporcionalidade. Nessa quadra, foi apresentado uma breve evolução conceitual legal do instituto, bem como figuras assemelhadas. Passou-se a expor, em seguida, acerca do procedimento de autorização para utilização da infiltração policial na investigação de organizações criminosas e seus mecanismos de controle, consoante disposição na Lei n. 12.850/13, e a utilização do agente infiltrado como testemunha.

Em arremate, e já abordando a hipótese investigada na presente dissertação, verificou-se a escolha do parlamento em inserir, no específico âmbito do agente infiltrado em organização criminosa, através do artigo 13 da Lei n. 12.850/13, previsão expressa de utilização da metarregra da proporcionalidade, como critério para avaliação da legalidade da conduta do agente infiltrado e, como consectário lógico, das provas dela advindas.

Sob esse enfoque, assim, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto, por exemplo, organização criminosa de golpes na internet e furtos em residências de temporada, já citado acima, poder-se-ia avaliar a sua aceitação judicial mediante ingresso na teoria dos direitos fundamentais utilizada como marco teórico do presente trabalho, inicialmente acerca de sua adequação para a finalidade que se almeja, em seguida a necessidade de utilização daquele meio e, por fim, o efetivo sopesamento dos direitos fundamentais em colisão naquela específica situação.

Com isso, respeitadas as repartições constitucionais de competência, constatou-se que a inserção de tal cláusula na Lei n. 12.850/13, e tendo como pano de fundo o alto índice de colisão de direitos fundamentais na seara criminal, determina a utilização da metarregra da proporcionalidade, como proposta na teoria de Robert Alexy, na solução de conflitos envolvendo a garantia fundamental da inadmissibilidade da prova ilícita, possibilitando, conforme as condições fáticas e jurídicas do caso concreto, sua aceitação na seara judicial criminal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBANESE, Jay S. **Organized crimes: in our times**. 6. ed. Anderson Publishing, Burlington-MA EUA, 2011.

ALEMANHA. **Gesetz zu Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und andere Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)** (Lei de Combate ao Tráfico de Drogas e Outras Formas de Crime Organizado – tradução livre). Disponível em:

https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl192s1302.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl192s1302.pdf%27%5D__1575286846125, acesso em 13.6.2019.

ALEMANHA. **The German Code of Criminal Procedure (StPO)** (Código de Processo Criminal – tradução livre). Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html, acesso em 21.6.2019.

ALEXANDER, Robert. **Formal principles: Some replies to critics**, in International Journal of Constitutional Law, Volume 12, Issue 3, 1 July 2014, Pages 511-524. Disponível em <https://academic.oup.com/icon/article/12/3/511/763784>, acessado no dia 11.12.2018.

ALEXANDER, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2010.

ALEXANDER, Robert. **Constitutional Rights and Proportionality**. Revus [Online], 22 | 2014, acesso: <http://revus.revues.org/2783>, em 13 de outubro de 2018.

ARISTOTLE. **Aristotle in 23 Volumes**, Vols.17, 18, translated by Hugh Tredennick. Cambridge, MA, Harvard University Press; London, William Heinemann Ltd. 1933, 1989. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0052%3Abook%3D4%3Asection%3D1011b>, acesso em 16.6.2019.

AUSTRÁLIA. **Evidence Act 1995**. Disponível em: http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/nsw/consol_act/ea199580/s138.html, acesso em 21.6.2019.

AUSTRÁLIA. High Court of Austrália. **THE QUEEN v. IRELAND [1970] HCA 21; (1970) 126 CLR 321**, Disponível em: <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1970/21.html>, acesso em 21.6.2019.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo. **Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância.** 2016, p. 1. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/download.php?f=163e275d557d171dcb920bdfe39279cf>, acesso em 16.6.2019.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de insuficiência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARAK, Aharon. **Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right.** Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

BARAK, Aharon. **Proportionality – Constitutional Rights and Their Limitations.** New York: Cambridge University Press, 2012, p. 107)

BARCELOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARON DE MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **The Spirits of Laws.** Trans. by Thomas Nugent. New York: The Colonial Press, 1899.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 7ª ed. São Paulo: 2018.

BÉLGICA. **Wet Bijzondere Opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden (BOM-Wet).** (Lei dos Métodos Especiais de Investigação e outros Métodos de Investigação – tradução livre) DISPONÍVEL EM: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=2003010634&table_name=wet, acesso em 13.6.2019.

BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prova e Verdade no Direito.** Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham**, Vol. 6. Publis. John Bowring 11 vols. Edinburgh: William Tait, 1838-1843. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/1923>, acesso em 19.6.2019. (posição 7836 Kindle - tradução livre)

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRADLEY, Craig M. **The Exclusionary Rule in Germany.** In Harvard Law Review. Vol. 96, 1983, pp. 1032-1066. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/956>, acesso em 21.6.2019.

BRASIL, **Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992**, acesso: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm, em 24 de março de 2019.

BRASIL, **Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10217.htm, acesso em 8.6.2019.

BRASIL, **Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm, acesso em 3/6/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, dia 12.10.2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 15 de março de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm#art189, acesso em 19.9.2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 8 de setembro de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm, acesso 19.9.2019.

BRASIL. **Decreto n. 5015 de 12 de março de 2004.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm, acesso em 8.6.2019.

BRASIL. **Decreto n. 5015 de 12 de março de 2004.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm, acesso em 12.6.2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em 8.6.2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em 29.06.2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969,** disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm, acesso em 19.9.2019.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm, acesso em 8.6.2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em 10.07.2019.

BRASIL. **Lei n. 8.069/90 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acesso 12.6.2019.

BRASIL. **Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htmimpressão.htm, acesso em 8.6.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 162.957/MG**, Rel. Min. OG FERNANDES, sexta turma, j. 4/12/2012; Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>, acesso em 3.6.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 171.912/SP**, Rel. Min. GILSON DIPP, quinta turma, j. 13/9/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>, acesso em 3.6.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 175.693/AL**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, j. em 26/02/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque ncial=1211827&num_registro=201001052986&data=20130304&formato=PDF, acesso em 8.6.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 29.126/MS**, Rel. Min. ALDERITA RAMA DE OLIVEIRA (Desembargadora convocada do TJ/PE), sexta turma, j. 18/12/2012; Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>, acesso em 3.6.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 101**, j. 24.06.2009, voto-vista Min. Joaquim Barbosa, p. 222. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>, acesso em 06.07.2019. (grifo nosso)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.055.941**, relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 4.12.2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5213056>, acesso em 09.01.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 106.152**, Rel(a) Min. ROSA WEBER, j. 29/03/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000254220&base=bas eAcordaosacesso> em 29.6.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 90.321/SP**, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 26/9/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550473>, acesso em 07.07.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 96.007**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.06.2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3390584>, acesso em 18.7.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 251.445/GO**, rel. Min. Celso de Mello, j. 21.6.2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1764552>, acesso em 21.6.2019.

CANADA. **Canadian Bill of Rights**. Disponível em: <https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-12.3/page-1.html>, acesso em 30.06.2019.

CANADA. Supreme Court of Canadá. **Hogan v. R., [1975] 2 S.C.R. 574.** Disponível em: https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/5600/index.do#_ftn8, acesso em 30.06.2019.

CANADA. Supreme Court of Canada. **R. v. Wray, [1971] S.C.R. 272.** Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2700/index.do>, acesso em 30.06.2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CHOO, Andrew L.-T., NASH, Susan. **Improperly obtained evidence in the Commonwealth: lessos for England and Wales?** In The International Journal of Evidence & Proof. Volume 11, issue 2, May 2007 (pp. 75-105). Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1350/ijep.2007.11.2.75>, acesso 21.6.2019

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n.º 12.850/2013.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

DALY, Erin. **Dignity in the Service of Democracy**, in Widener Law School Legal Studies Research, paper n. 11-07.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DAWSON, J.B. **The Exclusion of Unlawfully Obtained Evidence: A Comparative Study.** The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 31, No. 3 (Jul., 1982), pp. 513-549. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/759004>, acesso em 21.06.2019.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs.** Cambridge, MA: Harvard University Press.

DWORKIN, Ronald. **Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom.** New York: Vintage Books, 1994

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously (Bloomsbury Revelations)** (kindle position n. 679-683). Bloomsbury Publishing. Kindle edition.

ESTADO UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte - **408 U.S. at 270. Gregg v. Georgia, 428 US 153, 229 (1976) (Brennan J).** Disponível em: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/428/153#writing-USSC_CR_0428_0153_ZD acessado em 27.12.2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA - **US Constitution, Amendment n. XVIII**, disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm acesso em 06.06.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Alderman v. United States, 394 U.S. 165 (1969).** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/165/> acesso em 01.07.2019. (grifo nosso)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886).** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/> acesso em 21.6.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Davis v. United States, 564 U.S. 229 (2011)** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/229/> acesso em 28.6.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Elkins v. United States, 364 U.S. 206 (1960).** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/364/206/> acesso em 28.6.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Harris v. New York, 401 U.S. 222 (1971)** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/222/> acesso em 12.6.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009)** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/555/135/> acesso em 28.6.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/> acesso em 21.6.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **McNabb v. United States, 318 U. S. 332 (1943)** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/318/332/> acesso em 28.6.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988).** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/> acesso em 28.6.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939).** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/> acesso em 28.6.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/> acesso em 28.6.2019. (grifo nosso)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Olmstead v. United States, 277 U. S. 438 (1928)** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/> acesso em 28.6.2019. (grifo nosso)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Segura v. United States**, 468 U.S. 796 (1984). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/796/> acesso em 28.6.2019. (grifo nosso)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Silverthorne Lumber Co. v. U S 251 U.S. 385 (1920)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/> acesso em 20.09.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Silverthorne Lumber Co. v. U S 251 U.S. 385 (1920)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/> acesso em 28.06.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **United States v. Calandra**, 414 U.S. 338 (1974). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/338/> acesso em 28.6.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **United States v. Leon**, 468 U.S. 897 (1984) [...]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/> acesso em 28.6.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Utah v. Strieff**, 579 U.S. ____ (2016). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/14-1373/> acesso em 28.6.2019. (grifo nosso)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Walder v. United States**, 347 U.S. 62 (1954). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/62/> acesso em 28.6.2019. (grifo nosso)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Weeks v. United States**, 232 U.S. 383 (1914). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/> acesso em 28.6.2019. (grifo nosso)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Suprema Corte – **Wong Sun v. United States**, 371 U.S. 471 (1963). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>, acesso em 28.6.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Bureau of Investigation - Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations**. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/ag/undercover-and-sensitive-operations-unit-attorney-generals-guidelines-fbi-undercover-operations>, acesso em 12.6.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Massachusetts Circuit Court. **United States v. La Jeune Eugenie**, 26 F. Cas. 832 (C.C.D. Mass. 1822). Disponível em: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0026.f.cas/0026.f.cas.0832.2.pdf> acesso em 28.6.2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Senate. **The Kefauver Committee report on organized crime**. P. 175. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.49015002580752&view=1up&seq=179> acesso em 19.07.2019.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional**. 2001. 272f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O equilíbrio na repressão ao crime organizado**. In: **Crime organizado: aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIJNAUT, Cyrille. **Searching for Organized Crime in History**. In PAOLI, Letizia (Edited by). **The Oxford Handbook of ORGANIZED CRIME**. New York: 2014.

FRANÇA. **Code de procédure pénale** Disponível em: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30/France/show> , acesso em 11.06.2019.

GLANZBERG, Michael, "Truth", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Fall 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/truth/> , acesso em 16.6.2019.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988**. In **Os 10 anos da Constituição Federal**. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008**. in **As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. Coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRIMM, Dieter. **The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany**. In, I.CON (2015), Vol. 13 No. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**, 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1976.

HAACK, Susan. **The Pragmatist Theory of Truth**, in *The British Journal for the Philosophy of Science*, September 1976. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/31115330_The_Pragmatist_Theory_of_Truth_1976, acesso em 12.12.2019.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Penguin Publishing Group, 1999. Kindle Edition

HART, H. L. A. **The concept of law**. New York: Oxford University Press, 1961.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviathan, part 2**, chapter 17, p. 77. Disponível em: <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/hobbes1651part2.pdf> acesso em 01.08.2019

HOLANDA. **Code of Criminal Procedure**. Disponível em: http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafvoeding_ENG_PV.pdf acesso 11.06.2019.

HOLANDA. **De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden (BOB ACT)** (Lei Especial dos Poderes Investigativos – tradução livre). Disponível em: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0021581/2004-12-01>, acesso em 9.6.2019.

HOLANDA. **Politiewet 2012** (Lei da Polícia – tradução livre). Disponível em: <https://maxius.nl/politiewet-2012/artikel2/> acesso em 11.06.2019.

HOLANDA. **WETBOEK VAN STRAFVORDERING - EERSTE BOEK**. (Código de Reclamação criminal – tradução livre) Disponível em: [https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=nl&la=N&cn=1808111730&table_name=wet&&caller=list&N&fromtab=wet&tri=dd+AS+RANK&rech=1&numero=1&sql=\(text+contains+\(%27%27\)\)#Art.47novies](https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=nl&la=N&cn=1808111730&table_name=wet&&caller=list&N&fromtab=wet&tri=dd+AS+RANK&rech=1&numero=1&sql=(text+contains+(%27%27))#Art.47novies) acesso em 09.06.2019.

KLEEMANS, Edward. **Theoretical Perspectives on Organized Crime**. In PAOLI, Letizia (Edited by). The Oxford Handbook of ORGANIZED CRIME. New York: 2014.

KRUISBERGEN, E.W.; JONG, D. de; KOUWENBERG, R.F. **Opsporen Onder Dekmantel. Regulering, Uitvoering en Resultaten van Undercovertrajecten**. The Hague: Boom Juridische uitgevers, 2010, pp. 14-15/87-124. Disponível em: https://www.wodc.nl/binaries/ob282-volledige-tekst_tcm28-68214.pdf acesso em 09.06.2019.

KRUISBERGEN, Edwin William. **Combating Organized Crime – A Study on Undercover Policing and The Follow-The-Money Strategy**. The Hague: WODC, Vrije Universiteit Amsterdam, 2017, p. 33. Disponível em: https://www.wodc.nl/binaries/Kruisbergen_dissertation_full%20text_tcm28-237785.pdf acesso em 9.6.2019.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 17ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. London: 1823, pp. 169-70 (item 149).

MARX, Gary T. **Undercover: police surveillance in America**. Los Angeles: University of California Press, 1988.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**, 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **PROVA E CONVICÇÃO**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários a Lei do Crime Organizado: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia – Introdução a seus fundamentos teóricos**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira**. In: Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2,.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014..

ONU - **Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966**, acesso: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, em 24 de março de 2019. (highlighted)

ONU, **Comentários Gerais sobre a Convenção Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Acesso: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%2bfud3cPVrcM9YR0iW6Txaxgp3f9kUFpWoq%2fhW%2fTpKi2tPhZsbEJw%2fGeZRASjdFuuJQRnbJEaUhby31WiQPI2mLFD e6ZSwMMvmQGVHA%3d%3d> , em 24 de março de 2019. (grifado)

ONU, **Declaração e Programa de Ação de Vienna**, acesso: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx> , em 22 de março de 2019. (tradução livre)

ONU, **Resolução** n. **3**, acesso: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3\(I\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3(I)) , em 22 de março de 2019.

ONU, **Resolução** n. **3.074**, acesso: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3074\(XXVIII\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3074(XXVIII)&Lang=E&Area=RESOLUTION) , em 22 de março de 2019.

ONU, **Resolução** n. **95**, acesso: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/95\(I\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/95(I)) , em 22 de março de 2019.

ONU. **Carta de Nuremberg**. Disponível em: http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf , em 22 de março, de 2019.

ONU. **Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional**, Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf> , acesso em 08.06.2019. (tradução livre)

ONU. **Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção e Justiça Criminal**. p. 216. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf , acesso em 08.06.2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “**Los deberes fundamentales**”. Doxa. N. 04 (1987). ISSN 0214-8876, p. 337. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10915> , acesso em 01.08.2019.

PLATO. **Plato in Twelve Volumes**, Vol. 12 translated by Harold N. Fowler. Cambridge, MA, Harvard University Press; London, William Heinemann Ltd. 1921. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0172%3Atext%3DSoph.%3Asection%3D263b> , acesso em 16.6.2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo III.

JUCA, Beatriz. **Preso no Brasil o ‘fantasma de Calábria’, um dos principais traficantes de cocaína do mundo**. EL PAIS ONLINE. Notícia de 8 de julho de 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/08/politica/1562616543_793987.html , acesso em 19.07.2019

RE, Richard M. **THE DUE PROCESS EXCLUSIONARY RULE**. Harvard Law Review, n. 7, vol. 127, May 2014. pp. 1893-1965. p. 1898. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2014/05/the-due-process-exclusionary-rule/> , acesso dia 28.6.2019.

REINO UNIDO. **Police and Criminal Evidence Act 1984**. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents> , acesso em 21.7.2019.

REINO UNIDO. **Regulation of Investigatory Powers Act 2000** (RIPA) (Lei de Regulamentação de Atos Investigatórios – tradução livre). Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/contents> , acesso em 12.6.2019.

SCHIMIDT, Andrei Zencker. **Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional-normativista**. In WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal. Porto Alegre: 2008.

SEIBERT-FOHR, Anja. **Prosecuting Serious Human Rights Violations**. New York: OUP Oxford. Kindle edition, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La Expansion del Derecho Penal**. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B de f.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia**. 2ª ed. 4ª tir., São Paulo: Malheiros, 2017.

SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas**. São Paulo: Atlas, 2015.

SUIÇA. **Swiss Criminal Procedure Code**. Disponível em: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20052319/index.html> , acesso em 10.06.2019.

SUTHERLAND, Edwin. **Principles of Criminology**. Chicago: J.B. Lippencott, 1934.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltran. Madri: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad.: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: o Juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marciel Pons, 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TWINING, William. **Rethinking Evidence: Exploratory Essays**. 2a ed. New York: Cambridge University press, 2006.