

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO COMBATE AO CRIME
ORGANIZADO**

Lucas Matheus Molina

Presidente Prudente-SP
2011

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO COMBATE AO CRIME
ORGANIZADO**

Lucas Matheus Molina

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof.
Mario Coimbra.

Presidente Prudente-SP
2011

UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

MARIO COIMBRA

LUÍS ROBERTO GOMES

TITO LÍVIO SEABRA

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2011.

"Com o critério com que julgardes, sereis julgados; e, com a medida com que tiverdes medido, vos medirão também."
(Jesus Cristo).

Dedico este trabalho a toda a minha família, meu porto seguro para todas as ocasiões, em especial aos meus pais e meus irmãos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pela oportunidade de poder desfrutar, a cada dia, o dom da vida...

À minha família, pelo suporte e carinho que me presta, em especial aos meus pais e meus irmãos...

Aos meus amigos, por tudo o que significam em minha vida...

Ao meu orientador, por ter exercido com maestria e humildade a função de me nortear nesta empreitada...

Aos meus examinadores, por terem me concedido a honra de contar com sua ilustre presença em minha banca de monografia...

A todos que, de qualquer forma, contribuíram para a conclusão do presente trabalho.

RESUMO

O crime organizado é um fenômeno social que, embora remonte a tempos distantes continua atual e reclama uma resposta mais enérgica por parte do Estado. Por outro lado, o ordenamento jurídico nacional careceu de uma definição legal para este fenômeno até que a Convenção de Palermo entrasse em vigor no Brasil, pois a Lei nº 9.034/95 foi omissa neste aspecto. Contudo, mesmo antes do diploma internacional, já havia um conceito extralegal de crime organizado, extraído de critérios que levavam em conta as características observadas nos grupos organizados e um rol de crimes considerados graves. Atualmente, no entanto, o conceito a ser seguido é o estabelecido pela Convenção de Palermo. As associações criminosas organizadas colocam em risco a segurança e ordem públicas, de modo que merecem uma atenção especial. Não é permitido ao Estado que preste uma tutela penal insatisfatória, sob pena de inobservância da própria finalidade para a qual foi criado. Neste diapasão, excepcionalmente, há que se permitir que as provas ilícitas sejam utilizadas no combate ao crime organizado, pois outros bens jurídicos constitucionais de maior relevância são ameaçados pela atuação dos grupos organizados. É certo que a Constituição Federal proíbe o uso das provas ilícitas no processo, entendidas estas como as provas obtidas por meio de transgressões aos direitos fundamentais do cidadão ou introduzidas nos autos de forma irregular. Contudo, o sistema de avaliação de provas deve evoluir de acordo com a sociedade em que se insere, de modo que urge seja dada nova interpretação àquela proibição constitucional. Já existem teorias no direito comparado que mitigam essa vedação. Trata-se das teorias da proporcionalidade e da razoabilidade. No Brasil, no entanto, embora haja previsão implícita do postulado normativo da proporcionalidade no texto constitucional, há uma resistência jurisprudencial e doutrinária à sua aplicação, que, em sede probatória, é praticamente restrita às hipóteses em que o réu pode dele se favorecer. Não há, porém, qualquer ligação entre o postulado em apreço e o favorecimento do acusado, de sorte que aquele pode ser utilizado em qualquer situação, desde que preenchidos seus requisitos. Assim, defende-se a possibilidade de utilização de provas ilícitas em casos excepcionais, principalmente no que diz respeito ao combate à criminalidade organizada, ainda que isso implique prejuízo às garantias individuais dos integrantes do grupo organizado. Trata-se, pois, de uma medida excepcional e que, por este motivo, deve ser interpretada de maneira restritiva, o que permite concluir que a condenação baseada nestas provas não pode se estender ao âmbito cível, uma vez que as circunstâncias extraordinárias que autorizaram a utilização daquelas provas no processo penal não estão presentes na ação civil. Vale dizer, o bem jurídico que se visou proteger no processo penal mediante a utilização excepcional das provas ilícitas não está em discussão na ação de reparação de danos, de modo que não há que se permitir o uso das provas ilícitas neste caso.

Palavras-chave: Crime organizado. Prova ilícita. Processo penal constitucional. Postulado normativo da proporcionalidade. Proteção penal suficiente. Reflexos civis da sentença penal condenatória.

ABSTRACT

The organized crime is a social phenomenon that, no matter its remote beginning, is still contemporaneous and requires a powerful repression from the State. The national system of repression on organized crime lacked a legal concept for this phenomenon until the validity of the Palermo's Convention in Brazil. That happened due to an omission of the 9.034/95 law at this particular. However, even before the international convention, the organized crime had an extra-legal definition, which was conveyed by the observation of the characteristics of these groups and a list of crimes that were considered more serious. Although, the concept followed nowadays is the one established by the Palermo's Convention. The criminal organized associations put at risk the structure of the State, so they demand an extra attention. It's not allowed to the State to give the citizens an unsatisfactory protection when it comes to criminal issues, other way the State will not be achieving the purpose for which it was created. Therefore, the illegally obtained evidences should be, exceptionally, allowed to struggle with the organized crime, because others constitutional values are threatened by the actions of these groups. This is right that the Federal Constitution forbids the utilization of the evidences obtained by the violation of the individual rights or evidences that were introduced into the process in irregular way. Although, the evidence's valuation system might improve as fast as the society in which it is introduced, so it's an urgency that the jurists give a new interpretation to that prohibition. There are already foreign theories, called proportionality and reasonability that permit this mitigation. In Brazil, however, doesn't matter the implicit prevision of the theory of proportionality in the constitution, the Trials and law's instructors resist to its application, which in probationary subjects is practically only used to benefit the accused. Though, there is no relation between this theory and the benefits of the accused, so it should be used any time its requisites are completed, no matter if it will be better or worse to the accused. Thus, we defend that the illegal evidences can be used in exceptional cases, mainly if necessary to combat the organized crime, even if it means some damages to the individual rights of the accused. This is an exceptional measure and, therefore, must be interpreted restrictively, which leads to the conclusion that the conviction based on these proofs cannot extend to the civil context, since the extraordinary circumstances that have authorized the use of evidence in criminal proceedings are not present in the civil action. Is to say, the value to be protected in criminal proceedings through the exceptional use of illegal evidence is not under discussion in the action of repair of damage, so that the illegal evidences should not be allowed in this case.

Keywords: Organized crime. Illegal evidences. Constitutional. Criminal procedure. Proportionality's theory. Sufficient criminal protection. Civil reflexes of the condemnatory criminal sentence.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. DESENVOLVIMENTO.....	12
2.1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO CRIME ORGANIZADO.....	12
2.1.1. Noções Gerais.....	12
2.1.2. Características Essenciais.....	16
2.1.2.1 Prolongamento no tempo.....	16
2.1.2.2. Pluralidade de agentes.....	18
2.1.2.3. Organização.....	19
2.1.3. Características Complementares.....	20
2.1.3.1 Finalidade Lucrativa.....	20
2.1.3.2. Legalização do produto do crime.....	22
2.1.3.3. Violência.....	24
2.1.3.4. Conexões locais e internacionais.....	26
2.1.3.5. Estrutura Hierárquica.....	27
2.1.4. Convenção de Palermo.....	29
2.2. ORIGEM HISTÓRICA DO CRIME ORGANIZADO.....	32
2.3. CONCEITO DE PROVA ILÍCITA.....	39
2.4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	43
2.5. DIREITO COMPARADO.....	48
2.5.1. Noções Introdutórias.....	48
2.5.2. O sistema de avaliação de provas nos Estados Unidos.....	50
2.5.3. O sistema alemão.....	52
2.6. “PRINCÍPIO” DA PROPORCIONALIDADE.....	53
2.6.1 Noções Gerais.....	53
2.6.2 Regras.....	55
2.6.3. Princípios.....	56
2.6.4. Postulado Normativo.....	58
2.7. UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO BRASIL.....	61
2.8. PROIBIÇÃO À PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE COMO OBJETO DE LEGITIMAÇÃO DO ESTADO.....	70
2.9. AÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i>	76
3. CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	85

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista que o presente trabalho tem como enfoque a utilização das provas ilícitas no combate ao crime organizado, mostra-se de curial importância, logo de início, traçar um conceito que possa bem identificar as características deste fenômeno social e distingui-lo dos demais modos de criminalidade. Este, pois, é o primeiro desafio a ser enfrentado.

Trata-se, porém, de um desafio penoso, uma vez que até que a Convenção de Palermo entrasse em vigor no Brasil, os juristas nacionais se deparavam com uma lacuna legislativa. Por este motivo, muitas foram as críticas da doutrina ao legislador em função de ter se quedado inerte no que diz respeito à conceituação de crime organizado.

Assim, não obstante à criação da lei 9.034/95, o ordenamento jurídico pátrio careceu de uma definição legal para o fenômeno da criminalidade organizada até 24 de março de 2004, quando entrou em vigor a mencionada Convenção.

No entanto, em que pese entendimento em contrário, as associações organizadas já contavam com uma conceituação extralegal que foi estabelecida mediante a miscigenação de três critérios diversos. Estes critérios levavam em conta as características do fenômeno em comento observadas no dia-a-dia e os crimes que eram cometidos.

Contudo, com a entrada em vigor da Convenção de Palermo, criou-se uma definição legal expressa, que, a partir de então passou a ser utilizada. Importante lembrar, no entanto, que este conceito também levou em conta os critérios já estabelecidos.

A criminalidade organizada é um problema que, embora remonte a tempos longínquos, continua atual e reclama um posicionamento radical por parte do Estado, para que este consiga se sobrepor aos grupos paraestatais.

Os cidadãos brasileiros têm se acostumado com as notícias das páginas policiais que freqüentemente noticiam crimes de extrema gravidade. Pavor,

insegurança, sentimento de impunidade. Estes são alertas de que o Estado não se faz presente de forma satisfatória no combate à criminalidade.

Com efeito, a hipossuficiência de atuação estatal tem custado a tranquilidade da sociedade brasileira. O crime ganha força quando não encontra barreiras para sua estruturação, principalmente quando se trata de associações organizadas.

A preocupação excessiva de frear a ação do aparelho estatal em face das garantias individuais dos cidadãos, desencadeada a partir do século XVIII com o movimento europeu iluminista, mostra-se atualmente anacrônica e insuficiente. A evolução da sociedade reclama novas soluções para novas formas de conflitos que apareceram no decorrer da história.

Importante, pois, ressaltar que a garantia da ordem social e a promoção da segurança pública são condições de legitimação do Estado. Deste modo, o Poder Público deve dispor de um instrumento eficaz no combate à criminalidade. Vale dizer, é vedado ao Estado prestar uma tutela penal insuficiente, principalmente no combate ao crime organizado, que, por vezes, coloca em risco a própria estrutura estatal.

Assim, os tribunais nacionais devem se esforçar na repressão à criminalidade, sobremaneira com relação aos crimes de maior repercussão social. Nesta missão, há que se buscar uma interpretação do ordenamento jurídico pátrio de forma a harmonizá-lo com a realidade em que o país se encontra.

Neste contexto, diante de situações que ameassem a ordem pública, o Estado, excepcionalmente, deve poder valer-se das provas obtidas por meios ilícitos, desde que estas sejam estritamente necessárias para uma proteção penal satisfatória a bens jurídicos de hierarquia constitucional.

A doutrina e a jurisprudência alienígenas, especificamente a alemã e a norte-americana, desenvolveram mecanismos de salvaguarda dos direitos constitucionais da coletividade que podem e devem ser aplicados no Brasil, pois em perfeita consonância com o ordenamento nacional. Trata-se da relativização da proibição às provas ilícitas no processo.

O postulado normativo da proporcionalidade, que está implícito no texto constitucional brasileiro, permite a mitigação do princípio de inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, para que outros valores constitucionais de maior relevância sejam protegidos.

Com efeito, nenhum direito é supremo que não possa de forma alguma sofrer mitigações. É preciso, entretanto, ousadia para quebrar com a tradicional vedação absoluta à utilização destas provas que impera nos Tribunais brasileiros quando o que se busca é uma condenação.

Neste contexto, vale lembrar que a jurisprudência nacional já desenvolveu raciocínio de exceção à proibição constitucional da utilização de evidências ilícitas. Basta, pois, coragem para aplicá-lo em prejuízo do réu, uma vez que, em face do caráter eminentemente garantista do processo penal brasileiro, estas exceções praticamente restringem-se às hipóteses em que o acusado pode dele se beneficiar.

Ocorre que o postulado normativo da proporcionalidade não guarda qualquer relação com prejuízo ou favorecimento do réu, de modo que deve ser aplicado ainda que ocasione a condenação do acusado. Deve haver, portanto, em casos excepcionais, a possibilidade de condenação do réu com base em provas obtidas ilicitamente.

Por outro lado, é de se perquirir quais seriam as consequências jurídicas desta condenação no âmbito cível. A utilização das evidências ilícitas é medida excepcional, de modo que seus efeitos não podem se estender para o âmbito cível, sem que haja circunstâncias especiais autorizadoras.

Assim, o artigo 91, I, do Código Penal, não tem aplicação em caso de condenação baseada em prova ilícita, de modo que embora seja possível embasar uma condenação penal nestas evidências, o decreto condenatório não repercutirá no âmbito cível, uma vez que o bem jurídico tutelado pela ação civil *ex delicto* não goza de mesma relevância que a segurança pública a que se pretende dar efetividade no processo penal.

Neste contexto, o propósito do presente trabalho é apresentar uma definição do fenômeno da criminalidade organizada, descrever suas características peculiares, demonstrar a viabilidade jurídica da utilização das provas ilícitas no

combate dos grupos criminosos organizados e, por fim, investigar a repercussão de uma sentença penal condenatória baseada em evidências ilícitas na seara do direito civil. Para tanto, utiliza-se de uma miscigenação dos critérios empírico-investigativo e lógico-indutivo.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO CRIME ORGANIZADO

2.1.1. Noções Gerais

A tentativa de conceituar o crime organizado é uma tarefa árdua, pois há que estabelecer uma definição consistente que possa abarcar todas as formas de criminalidade aparelhada, sem que sejam incluídos no conceito os delitos comuns. É que, por se tratar de um fenômeno que coloca em risco a própria estrutura do Estado, o crime organizado merece um tratamento repressivo diferenciado.

De extrema importância, portanto, delinear as diferenças entre os crimes ordinários cometidos em concurso de pessoa e os delitos praticados por associações organizadas, porquanto a resposta do Estado a estes últimos grupos deve ser mais abrasiva, sob pena de insuficiência da prestação da tutela penal, em desacordo com o dever constitucional do Estado de promover a segurança pública.

No entanto, o legislador brasileiro não foi claro quanto ao conceito de crime organizado quando introduziu ao ordenamento jurídico pátrio a Lei 9.034/95, que trata dos procedimentos investigatórios de repressão a esta forma de criminalidade.

É que o artigo 1º da lei em comento limitou-se a esclarecer que os instrumentos de investigação previstos naquele diploma legal se aplicam a “ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”, sem, contudo, definir tal expressão. Assim, a lei apenas equiparou o fenômeno às ações praticadas por quadrilha ou bando. Há que se frisar, no entanto, que se trata de institutos diferentes.

Assim, diante da ausência de conceituação legal expressa, alguns doutrinadores passaram a sustentar que a lei tornou-se inaplicável em razão do

princípio da legalidade, já que, por não haver prévia disposição legal, nenhuma ação poderia ser considerada praticada por organização ou associação criminosa.

Contudo, embora fosse de boa técnica que o legislador houvesse definido o instituto, não parece razoável a exigência de que haja um conceito legislativo em diploma legal específico da expressão “associação ou organização criminosa de qualquer tipo” para que a lei tenha aplicabilidade. É que o tipo pode conter expressões que dependam de valoração extrínseca.

Neste contexto, vale lembrar que a estrutura tipológica pode contar com: 1) elementos objetivos, que são aqueles meramente descritivos e independentes de qualquer valoração, pois existem de maneira concreta e autônoma (“matar” no crime de homicídio, por exemplo); 2) elemento subjetivo, que é a finalidade, genérica ou específica, da ação ou omissão do agente ou ainda a inobservância de cuidados objetivos nos casos em que a lei o exigir (dolo, genérico ou específico, e culpa), e 3) elementos normativos, que são aquelas informações presentes no tipo que dependem de uma valoração cultural, histórica, jurídica, sociológica ou de qualquer outro ramo do conhecimento humano para sua definição.

Assim, o elemento normativo é uma expressão descrita no tipo que não se exaure em si mesma, de modo que sua conceituação depende de valoração interpretativa. Podem existir, por outro lado, elementos normativos penais, extrapenais e até extrajurídicos, conforme a base interpretativa de valoração.

Sobre o elemento normativo do tipo, leciona Fernando Capez:

[...] ao contrário dos descritivos, seu significado não se extrai da mera observação, sendo imprescindível um juízo de valoração jurídica, social, cultural, histórica, política, religiosa, bem como de qualquer outro campo do conhecimento humano. Por exemplo: “mulher honesta” constante do revogado art. 219 do CP [...] (2008, pag. 4).

Deste modo, a expressão “associação ou organização criminosa de qualquer tipo” inserta na redação do artigo 1º da Lei nº 9.034/95 é elemento normativo que, portanto, depende de uma interpretação axiológica. Assim, não há que se falar em inviabilidade de aplicação da lei em razão da falta de conceituação

do fenômeno social. Basta que, por meio de um juízo de valoração, o interprete consiga criar o mencionado conceito.

Neste diapasão, segundo Antonio Scarance Fernandes (1995, p. 3) apud Silva (2009, p. 21-22), surgiram três critérios para definição do fenômeno: o primeiro parte da noção criminológica de associação organizada, segundo a qual são consideradas ações praticadas por grupos organizados os delitos cometidos por membros de determinadas organizações; o segundo é a eleição de um rol de crimes que, se cometidos em concurso por três ou mais pessoas devem ser considerados praticados por organizações criminosas; e o terceiro, por fim, é a estipulação das características essenciais dos grupos organizados, de modo que, preenchidas, no mínimo, três delas, estaria configurada a organização criminosa.

Nenhum dos três critérios, no entanto, é suficiente para uma definição consistente. É que não se pode qualificar uma conduta como oriunda de uma associação criminosa somente porque partiu de determinada organização, pois a adoção deste critério sem restrições implicaria no acolhimento do Direito Penal do autor, segundo o qual a conduta não é reprimida de acordo com sua gravidade, mas em função do agente que a praticou.

Assim, o acolhimento exclusivo desta definição não se afigura constitucional, pois, nos termos do artigo 5º, *caput* e inciso LVII, da Constituição da República todos são iguais perante a lei e presumidamente inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória, de modo que não se pode concluir que determinada conduta se amolda ao conceito de ação de organizações criminosas e, conseqüentemente dispensar-lhe um tratamento penal e processual mais severo, somente porque praticada por certo grupo de pessoas.

Da mesma forma, o segundo critério parece não apresentar uma definição que individualize o fenômeno enfrentado, pois, por mais grave que um crime possa ser, sua prática em concurso de pessoas, não necessariamente é fruto da atuação do crime organizado. Neste contexto, é de se reconhecer que esta definição também não é consistente, pois nem sempre proporcionará um diagnóstico correto diante do caso em concreto.

Por outro lado, a simples ocorrência conjunta de três características próprias das organizações criminais em determinado grupo não pode,

automaticamente, indicar a existência de uma facção criminal organizada e, deste modo, autorizar medidas repressivas de maior severidade. É que tais medidas devem ser excepcionais e estritamente necessárias, de modo que, no caso das três características estarem presentes de maneira aleatória, sem que haja realmente uma estruturação do grupo criminoso, não há que se concluir estar-se diante da atuação do crime organizado.

Ademais, a adoção exclusiva deste critério acaba por instituir um ciclo vicioso, pois para definir quais as características do grupo organizado seria indispensável que já houvesse um conceito do que seja crime organizado, ao passo que tal definição dependeria daquelas primeiras características.

Deste modo, os critérios isoladamente, não são suficientes para enquadrar de maneira satisfatória quais condutas podem ser consideradas fruto do crime organizado. Neste aspecto, a solução aparentemente mais coerente para a problemática é a mescla dos três critérios.

Com efeito, podem ser consideradas associações organizadas, os grupos reunidos com o propósito criminoso que preencham as características de uma organização criminosa, desde que tais particularidades sejam analisadas em meio ao contexto em que estão inseridas.

Não basta a simples ocorrência de três delas aleatoriamente, mas é indispensável que as características estejam interligadas de tal forma a proporcionar uma estruturação ao grupo criminoso que coloque em risco a ordem social. Aliás, a própria expressão “associação organizada” induz que o grupo seja provido de estruturação.

Por outro lado, é de se frisar que tais características devem ser extraídas daquele primeiro critério de cunho criminológico, ou seja, mediante observação empírica dos grupos estruturados que atuam no país e no mundo.

Do mesmo modo, a organização deve estar voltada à prática de ilícitos relevantes que justifiquem a intervenção estatal de maior proporção. Neste particular, embora não haja uma definição legal do que sejam os crimes de maior potencial, há delitos que se enquadrariam ao critério, independentemente de conceituação legal. É o caso, por exemplo, dos crimes hediondos e equiparados.

No momento, porém, cumpre descrever as características dos grupos que compõem o crime organizado, extraídas da observação de sua forma de atuação, com a ressalva de que estes atributos são divididos em dois grupos: o dos atributos complementares e o dos essenciais.

Estes últimos são aqueles indispensáveis à configuração de um grupo organizado, pois intrínsecos à própria expressão “associação ou organização criminosa”. Aqueles, por outro lado, não são cumulativos, de modo que a presença de apenas alguns deles é suficiente. É necessário, no entanto, que em razão deles o grupo seja provido de estruturação suficiente para colocar em risco a ordem social e a própria composição do Estado.

2.1.2. Características Essenciais

Por outro lado, são características imprescindíveis à configuração de um grupo criminoso organizado, por se tratar de atributos intrínsecos à própria expressão utilizada pela Lei 9.034/95 (“associações ou organizações criminosas”):

2.1.2.1 Prolongamento no tempo

Permanência do grupo com propósito criminoso. Embora esta característica não seja exclusiva do crime organizado, pois também presente em alguns tipos penais, como, por exemplo, no artigo 288 do Código Penal (formação de quadrilha ou bando), trata-se de requisito essencial para a configuração da organização criminosa.

É que a própria expressão “associação ou organização criminosa” indica que o grupo deve ter intuito de permanecer unido para a prática de delitos. Não basta, portanto, o mero conluio entre pessoas a fim de cometer determinada ação criminosa, pois, nesta hipótese, pode-se dizer apenas que o crime foi cometido em concurso de pessoas, nos termos do artigo 29 do Código Penal, sem que, contudo, se configure uma organização criminosa.

Assim, a ausência deste requisito exclui a possibilidade de reconhecimento de associação criminosa. Contudo, a existência deste pressuposto não tem o condão de, automaticamente, estabelecer que determinada conduta se amolde à criminalidade organizada. Para tanto, faz-se necessário a presença dos demais atributos essenciais e alguns dos complementares.

Neste contexto, é de se concluir que toda associação criminosa tem caráter permanente, mas nem toda agrupamento criminoso de caráter permanente pode ser considerado uma forma de crime organizado. Antes, o requisito organização deve ser preenchido mediante a presença dos atributos complementares.

Embora a lei 9.034/95 tenha incluído os crimes cometidos por quadrilha ou bando entre aqueles aos quais se aplicam os procedimentos previstos naquele diploma legal, há que se ter em mente que não necessariamente a atuação da quadrilha configura a formação de uma organização criminosa.

A formação de quadrilha ou bando é crime descrito pelo artigo 288 do Código Penal, ao passo que a criminalidade organizada é um fenômeno social, de modo que se trata de institutos distintos não obstante à incidência dos procedimentos repressivos previstos na lei 9.034/95 em ambos os casos.

2.1.2.2. Pluralidade de agentes

Parece óbvio que uma associação para que assim possa ser definida tenha que contar com pluralidade de agentes. No entanto, houve inúmeras controvérsias a respeito do tema. É que existem várias formas de associação com propósito criminoso punidas pelo legislador e, em cada uma delas, adotou-se um critério diverso de número de integrantes para sua configuração.

Neste contexto, o artigo 288 do Código Penal, que prevê o crime de quadrilha ou bando, exige a associação de mais de três pessoas com o propósito de cometer crimes, ou seja, é necessário o conluio de, no mínimo quatro pessoas para que o crime esteja configurado. Caso contrário, a conduta não se enquadrará ao tipo.

Da mesma forma, a associação para fins de genocídio reclama o agrupamento de, no mínimo, quatro pessoas, já que o artigo 2º da lei 2.889/56 exige também a presença de mais de três pessoas.

Por outro lado, o artigo 35 da lei 11.343/2006, que trata da associação para fins de tráfico de entorpecentes, contenta-se com a união de apenas duas pessoas, desde que o propósito, logicamente, seja a prática de tráfico de drogas.

Deste modo, ante a divergência de critérios numéricos para a configuração dos crimes de concurso necessário na legislação brasileira e diante da ausência de expressa previsão do número mínimo de pessoas para que um grupo possa ser considerado organizado, surgiu a celeuma quanto ao número mínimo de membros exigidos para a configuração de uma associação organizada.

Teoricamente, a união de apenas duas pessoas bastaria para que houvesse uma organização criminosa, uma vez que já se poderia falar em associação. Contudo, na prática é difícil imaginar um grupo que conte com apenas dois integrantes e que detenha estruturação suficiente para ser considerado uma organização criminosa.

2.1.2.3. Organização.

O terceiro requisito essencial à configuração de um grupo criminoso organizado é justamente a organização. No entanto, este atributo deve ser aferido mediante a constatação da presença dos elementos complementares já mencionados. Quanto mais características complementares um grupo ostentar, tanto mais organizado será.

Neste contexto, para a configuração de uma organização criminosa é necessário que estejam presentes os atributos obrigatórios de forma cumulativa e alguns dos atributos complementares, de modo a proporcionar ao grupo estruturação organizacional, que, na verdade, perfaz o terceiro requisito essencial.

Importante, ainda, registrar que há quem classifique a finalidade de lucro como um requisito essencial da criminalidade organizada em razão de estar presente em todas as formas de sua expressão. No entanto, a presença desta característica em todas as facetas do crime organizado é mera coincidência, ao menos até a vigência da Convenção de Palermo, que passou a exigir o intuito de obtenção de lucro para a configuração do fenômeno.

Não se trata, porém, de uma característica que se extraí da própria essência da expressão utilizada pela lei (“associações ou organizações criminosas”), de modo que não deve se enquadrar, ao menos até a vigência da referida Convenção (comentário adiante), como característica essencial, em razão do critério eleito por este trabalho para classificar um atributo como obrigatório ou complementar.

Neste contexto, é de se notar que a definição das organizações criminosas sempre foi conturbada e fica à mercê de uma valoração do intérprete um tanto quanto aberta, uma vez que, ante a ausência de conceito exposto, o jurista deveria analisar as características do grupo e aferir se estas podiam levá-lo à conclusão de que se tratava de uma associação criminosa organizada.

2.1.3. Características Complementares

Pode-se eleger como requisitos complementares, por se tratar de características que não são indispensáveis, mas que apenas conferem ao grupo nuances de organização:

2.1.3.1 Finalidade Lucrativa

O primeiro ponto que pode indicar a organização estrutural de um grupo criminoso é a acumulação de poder econômico mediante exploração de atividades ilícitas. Neste aspecto, vale frisar que o fim lucrativo não se resume ao mero produto das infrações praticadas, mas diz respeito ao desenvolvimento de uma verdadeira empresa do crime.

Assim, o proveito econômico auferido será novamente investido na prática de crimes, de modo que os lucros obtidos proporcionarão ao grupo meios de manutenção e expansão de suas atividades, além de assegurar a efetividade e impunidade de suas atuações.

Neste contexto, é de se ressaltar que o alto poder aquisitivo das organizações criminosas lhes confere grande capacidade de corromper e influenciar as camadas públicas, de modo que, não raramente, a atuação do crime organizado conta com a chancela do Poder Público, o que irá garantir a eficiência e impunidade das ações do grupo.

Aliás, este amálgama formado entre as associações criminosas organizadas e os agentes do Poder Público, decorrência lógica do alto poder aquisitivo destas organizações, pode ser considerado uma segunda característica do fenômeno da criminalidade organizada.

Daí a imprecisão de denominá-los como grupos “paraestatais”. O paralelismo pressupõe duas linhas de atuação que nunca se tocam, ao passo que o crime organizado, em especial em sua faceta endógena, está umbilicalmente entrelaçado com o Poder Público.

Segundo Rodolfo Maia, um dos piores danos da criminalidade organizada é a penetração do capital ilícito nas estruturas políticas, econômicas e financeiras com seus efeitos devastadores:

É aí, talvez, que reside o maior malefício da criminalidade organizada: a potencial penetração do dinheiro etiologicamente ilegal (a) nas estruturas políticas – através do suborno e da corrupção de funcionários públicos e financiamento de campanhas de políticos inescrupulosos, (b) nos sistemas financeiros nacionais – mediante investimentos no mercado de capitais e de títulos públicos, e (c) no processo econômico – por via da aquisição do controle e da criação de empresa com fins lícitos. Este processo, para além de assegurar a própria reprodução e ampliação e perpetuação das atividades criminais, produz um elevadíssimo ônus adicional para toda comunidade, visível em consequências deletérias tais como:

- a) A erosão da legitimidade dos mecanismos de representação democrática e da credibilidade de seus representantes;
- b) A impunidade dos criminosos poderosos, desagregadora de valores e geradora de descrença no sistema judicial;
- c) A corrupção da administração pública e de seus servidores, reforçado no imaginário social a liderança dos fora da lei e do descrédito do Estado;
- d) A sonegação fiscal, retirando vultosos recursos tributários necessários à implementação de políticas públicas e, desta forma, indiretamente, contribuindo no incremento das desigualdades sociais;
- e) A possibilidade de desestruturação da economia nacional, sobretudo de países do terceiro mundo, sequiosos por investimentos externos e destituídos de uma legislação protetiva adequada, quando tais capitais têm sua origem desvendada; e, ainda, na sua versão mais perversa,
- f) A crise no sistema financeiro, quando por sua volatilidade esses ativos abandonam inopinadamente o país, em busca de maiores lucros ou por receio de medidas repressivas, desestabilizando o sistema e deixando atrás de si um rastro de quebras, desemprego e perdas de poupanças populares. (MAIA apud FERRO, 2009, p. 408-409).

Ainda sobre a conexão estrutural ou funcional dos grupos organizados com o Poder Público, leciona Luiz Flávio Gomes:

O crime organizado, não raramente, tudo dependendo do seu grau de desenvolvimento, acaba por formar uma simbiose com o Poder Público, seja em razão do seu alto poder de corrupção, seja em virtude do seu alto poder de influência. Pode dar-se que da própria estrutura da organização tomem parte agentes do Poder Público. Pode ocorrer, de outro lado, que seu funcionamento seja favorecido pelo Poder Público. Em ambas as hipóteses temos um sinal patente de organização crime

nosa, que, para alcançar a impunidade, busca a todo custo união com os poderes estabelecidos (políticos e/ou jurídicos). Uma das formas mais comuns de se estabelecer essa união de interesses consiste na ajuda financeira para campanhas eleitorais. Alcançando-se esse nível é evidente o risco da constituição de um “Anti-Estado”, seja pela impunidade que resulta garantida, seja pelas atividades tipicamente estatais que a organização passa a desempenhar (GOMES apud FERRO, 2009, p. 394).

Neste contexto, vale destacar, a título de ilustração, o suposto envolvimento da juíza de direito da comarca de Mauá, grande São Paulo, flagrada por interceptações telefônicas como parte de um esquema do PCC para lavagem de dinheiro.

Importante, porém, salientar que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça, por unanimidade, afastou a magistrada de suas funções (GODOY, 2011 p.107-108). De qualquer forma, em que pese o afastamento da juíza, a participação de funcionários públicos nas atividades das facções criminosas é uma realidade que decorre do grande poderio econômico do crime organizado.

2.1.3.2. Legalização do produto do crime

Utilização de atividades lícitas como forma de “legalizar” o dinheiro obtido com o crime. A fim de desembaraçar os bens e valores alcançados com as atividades ilícitas, é comum que as organizações criminosas entrelacem em seus ramos de atuação empreendimentos legalizados. Este mecanismo serve para “lavar” os valores provenientes do submundo do crime, pois de nada adiantaria a acumulação de capitais, se estes não pudessem ser posteriormente aproveitados.

Neste contexto, num plano secundário as organizações criminosas geralmente estão ligadas à prática do crime de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, previsto no artigo 1º da Lei nº 9.613/98.

Aliás, de se ressaltar que o legislador brasileiro, atento a esta peculiaridade da atuação das organizações criminosas, previu como uma das formas de caracterização daquele crime, justamente, a atuação das associações

organizadas, conforme disposição do inciso VII, do referido artigo: “*Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bem, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: [...] VII – praticado por organização criminosa*”.

Outro indicativo, portanto, da estruturação de uma associação criminosa é a atuação organizada do grupo com o fim de tornar lícito o dinheiro adquirido com o crime.

Ocorre que as atividades legais desempenhadas pelas organizações criminosas não têm como finalidade apenas “legalizar” o produto dos crimes praticados, mas também servem como um instrumento de legitimação popular. Muitas vezes as facções criminosas oferecem uma larga escala de prestações sociais a populações carentes que deveriam ser prestadas pelo Estado.

Deste modo, o crime organizado procura ganhar a aprovação social e camuflar suas atividades ilícitas mediante uma atuação paralela que substitui o aparelho estatal em muitas de suas funções primárias e indispensáveis que, não raras vezes, são deficitárias. Trata-se do que Luiz Flávio Gomes denominou “*clientelismo*”.

Para o doutrinador, o fenômeno do “*clientelismo*” se traduz no oferecimento de inúmeras prestações sociais voltadas a suprir o déficit do Estado a fim de que a intervenção dos grupos criminosos passe a ser considerada necessária pela população que não tem acesso às prestações públicas oficiais. Trata-se, pois, de pura estratégia oportunista para que a sociedade passe a tolerar a atuação do crime organizado.

É que o amparo popular é tão interessante ao crime organizado quanto o sigilo de suas atividades ilícitas, de modo que se tornaram características deste fenômeno, promovidas, dentre outras maneiras, pela prestação social subsidiária ao Estado.

O denominado “*clientelismo*” também decorre da mistura dos grupos criminosos com a estrutura estatal, uma vez que, por vezes, a criminalidade organizada serve de intermediário entre a população e os governos.

De um lado, o crime organizado busca a legitimação popular de suas atuações mediante a substituição na prestação de serviços sociais públicos; por outro, suas “ações de caridade” servem de meio para angariar votos para políticos corruptos que estão envolvidos com o grupo e que posteriormente, eleitos, colocarão a máquina pública à disposição do crime.

2.1.3.3. *Violência*

Grande poder de intimidação em função do uso excessivo de violência. A decorrência direta desta especificidade é a formação de um grupo composto de membros extremamente fiéis aos objetivos da associação. A chamada “lei do silêncio”, denominada *omertà* pela doutrina italiana, institui entre os integrantes da organização um dever de cooperação e, principalmente, de acobertamento dos crimes praticados, de modo que, uma vez violada esta obrigação, aplica-se ao delator a pena capital.

Deste modo, as organizações conseguem manter suas ações em sigilo. Por este motivo, na tentativa de se contrapor ao poder intimidativo destes grupos organizados e a fim de desarticulá-los, o artigo 6º da Lei nº 9.034/95 possibilita a redução de um a dois terços na pena do agente que, por colaboração espontânea, auxiliar no esclarecimento das infrações penais cometidas pelo grupo e suas respectivas autorias.

Aliás, também a Lei nº 9.613/98, dentre inúmeras outras leis, preocupou-se com o instituto da colaboração processual, como forma de estimular a quebra do sigilo mantido entre os membros da organização em razão da “lei do silêncio”.

O artigo 1º, § 5º, do referido diploma legal permite a redução de um a dois terços na pena, o início do cumprimento da sanção em regime aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e até mesmo que o juiz deixe de aplicar a reprimenda, se o partícipe ou coautor no crime de “lavagem”

de dinheiro espontaneamente colaborar com a apuração das infrações penais e com a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Importante ressaltar, no entanto, que, embora o crime de “lavagem” de dinheiro esteja corriqueiramente relacionado à atuação de organizações criminosas, sua incidência não ocorre unicamente nestas hipóteses. Deste modo, os benefícios previstos no § 5º do artigo 1º da Lei nº 9.613/98 não são aplicáveis exclusivamente às associações criminosas, mas em qualquer caso em que esteja sob investigação o crime em comento.

Ainda em relação ao poderio de intimidação dos grupos organizados, outro aspecto que merece destaque é o fato de que as ameaças não se restringem aos membros da associação como mero mecanismo de manter o sigilo das operações. Antes, a intimidação se direciona a qualquer pessoa que possa representar um obstáculo ao sucesso das ações do grupo, inclusive autoridades públicas.

Oportuno, pois, transcrever que recentemente a juíza da 4º Vara Criminal de São Gonçalo, no estado do Rio de Janeiro, foi executada, ao que tudo indica, por membros das milícias que atuam nos morros cariocas, em razão de ser considerada muito rígida no combate ao crime. O caso é uma típica ação de organizações criminosas, pois, além do uso da violência como forma de intimidar as autoridades, as investigações indicam, ainda, que policiais militares estão envolvidos na morte da juíza, de modo que fica clara a estrutura da organização.

Em idênticas condições, também o juiz de direito da Vara de Execuções Criminais de Presidente Prudente, interior de São Paulo, foi assassinado em março de 2003, a mando de líderes do PCC. O magistrado também era considerado um entrave às atuações da facção, em razão da rispidez com a qual tratava o crime organizado.

Da mesma forma, a ameaça de testemunhas e a execução de membros de facções rivais também representam uma forma de intimidação por meio da violência como forma de garantir a impunidade e demonstrar a força que dispõem estes grupos, a fim de adquirir respeito no meio criminoso.

Esta característica da utilização de meios violentos não é comum em todas as formas de expressão da criminalidade organizada. Antes, trata-se de uma

particularidade do modelo de crime organizado mafioso. Por outro lado, as vertentes de criminalidade organizada empresarial, de rede ou endógena, apenas recorrem à violência como última opção.

Importante, ainda, ressaltar que o grau de violência utilizado pelo grupo é, de regra, inversamente proporcional à organização de seus membros, pois esta forma de atuação chama a atenção da população e causa repugnância social, ao passo que é de maior interesse ao grupo que suas ações passem despercebidas.

Contudo, existem exceções a esta regra, uma vez que há organizações criminosas de elevado nível de estruturação que têm como característica de sua atuação justamente o emprego da violência. É o caso, por exemplo, da facção paulista apelidada de PCC.

2.1.3.4. Conexões locais e internacionais

As associações criminosas têm expandido suas atividades de tal modo que a dispersão de seus membros pelo território nacional e a conexão com líderes internacionais tornou-se inevitável. Este atributo está muito mais presente na faceta do crime organizado de rede.

O processo de globalização aumentou o intercâmbio de informações, dados e costumes entre países de diversas localidades no mundo, pois atualmente há uma grande gama de instrumentos que facilitam a comunicação à longa distância.

Embora se trate de um fenômeno que trouxe inúmeros benefícios para a humanidade, principalmente quando o tema é a comodidade, é certo que os agentes criminosos também se aproveitaram do desenvolvimento da tecnologia para aprimorarem seus ramos de atuação.

Assim, os grupos organizados não raramente contam com apoio de “parcerias” internacionais que dão respaldo à atuação da associação. Esta

particularidade somente confere mais poder ao grupo em razão da maior organização estrutural, que dificulta a elucidação dos crimes cometidos e a desarticulação da organização “paraestatal”.

Ademais, como consequência desta expansão os danos ocasionados pela atuação do crime organizado deixaram de ser individuais e passaram a ser difusos, pois em razão da dispersão destes grupos, suas ações não estão mais voltadas a um determinado indivíduo ou esfera de pessoas, mas à toda a sociedade, que sente os reflexos do fenômeno de maneira conjunta.

2.1.3.5. Estrutura Hierárquica

Estrutura hierárquica piramidal com funções bem divididas entre os membros do grupo. Esta característica influi diretamente na eficiência da atuação criminosa, uma vez que cada membro especializa-se em sua função. O resultado é um modelo de produtividade empresarial que, aplicado em atividades ilícitas, garante maior margem de lucro às associações criminosas e, desta forma, confere-lhes ainda mais poder econômico.

Da mesma forma, a divisão bem definida das tarefas entre os membros do grupo é uma forma de dificultar ainda mais a repressão estatal às atividades criminosas praticadas, pois alguns grupos contam com uma divisão de tamanha organização, que a desarticulação de um setor de atuação não interfere no normal funcionamento das atividades da associação. Muitas vezes, estas “células” de atuação são de tal forma autônomas que a investigação sequer consegue chegar aos cérebros ou chefe do grupo.

Nas vertentes de atuação do crime organizado empresarial e mafioso esta característica pode ser facilmente observada, uma vez que, nestas formas de expressão do fenômeno é recorrente que haja uma submissão dos executores dos crimes a pessoas de maior nível intelectual e aos chefes do crime.

Essa estratégia de divisão de funções promove uma pacificação ilusória entre os membros da sociedade, pois o crime organizado sacrifica seus “soldados” – pessoas encarregadas de executar as tarefas braçais – a fim de que o Poder Público e a sociedade tenham a falsa impressão de que o grupo foi reprimido, para que, assim, os chefes e os encarregados da parte intelectual do crime organizado sejam poupados, o que, conseqüentemente, acarreta a continuidade da organização.

Aliás, muitas vezes a própria organização se encarrega de incriminar pessoas que não são tão relevantes para a atuação do grupo, em razão de sua fácil substituição, para resguardar os integrantes mais poderosos dentro da hierarquia do grupo. Deste modo, a sociedade cria uma falsa sensação de segurança que permite que as atividades da organização continuem sob sigilo.

Sobre a estruturação do crime organizado assim se manifestou Luiz Rodrigues Duarte:

Na criminalidade organizada tudo é diferente. A começar pela construção piramidal em que a empresa criminosa é edificada. No topo da pirâmide encontram-se os todo-poderosos mandantes que jamais são molestados, simplesmente porque desconhecidos, anônimos ou ‘cidadãos acima de qualquer suspeita’. Em degrau inferior e distinto, situam-se os cérebros da organização que representam um elevado percentual dentre os afazeres e as atividades empresariais ilícitas. Desses planejadores exigem-se dotes excepcionais de inteligência, contração ao trabalho, discrição laboral e uma aguçada lógica indutiva capacitada a prever um universo de hipóteses e suas soluções correspondentes. No último degrau da pirâmide estão os executores que se constituem no braço armado da entidade e, na maioria das vezes, são delinquentes contumazes, plurirreincidentes e que, no jargão penitenciário, são classificados como ‘cadeeiros’ segundo o feliz achado de Augusto Thompson. Funcionam como ‘iscas’ em relação à repressão policial porque ajudam o aparelhos estatais perante as exigências da opinião pública já que, presos, dão a falsa noção de que o crime está plenamente esclarecido, obrigando os órgãos oficiais à criação de fatos, ajustes de circunstâncias, artificialização de condições ambientais etc., a fim de produzir uma falsa versão fática que possa travestir-se de crível diante da sociedade revoltada. Mais uma vez, os órgãos de comunicação social prestam-se à sanha estatal encarregada do engodo produzido contra a sociedade debilitada.

Nesse quadro a criminalidade organizada mantém-se intangível. Cada patamar da pirâmide empresarial só toma conhecimento daqueles fatos que necessita saber para desenvolver sua parte na organização. A difusão de informações sobre a empresa criminosa é limitada àquelas notícias imprescindíveis ao desempenho específico de cada célula criminosa e nada mais. Ao capturar um ‘dormente’, o agir investigatório estatal frustra-se com a absoluta impossibilidade de avançar em direção a descoberta dos fatos nucleares praticados pela organização criminosa. A prisão de um executor só favorece a criação de um estelionato social de parte do Estado-Repressão. (DUARTE apud FERRO, 2009, p. 398).

A prisão de um executor, portanto, pode representar parte da estratégia da própria organização para manter em sigilo o restante do grupo, de modo que a sociedade, enganada, sinta-se segura e não atrapalhe a atuação da criminalidade organizada.

Por outro lado, é de se ressaltar que esta característica da hierarquia piramidal não se coaduna com determinadas formas de criminalidade organizada, como, por exemplo, o crime organizado de rede, em que a subdivisão de tarefas ou a cooperação entre os vários componentes do fenômeno se dá num plano horizontal.

2.1.4. Convenção de Palermo

É certo, porém, que o imbróglio sobre o conceito de crime organizado passou a contar com um elemento a mais a partir da vigência do Decreto 5.015/2004, que introduziu ao ordenamento jurídico brasileiro a Convenção de Palermo – Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, pois referido tratado apresentou uma definição expressa sobre o fenômeno.

Importante ressaltar, porém, que o conceito apresentado pela Convenção remonta aos critérios já mencionados, razão pela qual a conceituação sugerida não merece ser desprezada.

É que, conforme artigo 2º, alínea “a”, do mencionado diploma internacional, considera-se grupo criminoso organizado *“o 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”*

Ou seja, a definição baseou-se no preenchimento de determinadas características da criminalidade organizada, extraídas de uma observação criminológica do fenômeno e restrita ao cometimento dos crimes previstos nos artigos 5º, 6º, 8º e 23 da Convenção ou das chamadas “*infrações graves*”, nos termos do artigo 2º, “b” do mesmo diploma normativo.

Deste modo, a partir de 24 de março de 2004, em razão da expressa definição introduzida pela Convenção, a configuração de um grupo criminoso organizado passou a pressupor o preenchimento de todos os requisitos mencionados pelo tratado.

Passaram, portanto, a ser características essenciais à configuração de uma organização criminosa todos os atributos mencionados pelo tratado. Todas as demais são complementares e integram o conceito de atuação concertada a que menciona o artigo 2º, “a” da Convenção.

O conceito, pois, passou a ser mais fechado, de modo que não autoriza uma valoração ampla do interprete como se dava anteriormente. Convém, pois, destacar os requisitos erigidos pela Convenção de Palermo para a configuração de um grupo criminoso organizado e que, portanto, a partir de sua vigência passaram a ser requisitos essenciais.

Com efeito, o tratado internacional estipulou como requisito básico para a configuração de uma organização criminosa a associação de, no mínimo, três pessoas. Assim, a convenção fugiu dos critérios numéricos adotados pelo legislador brasileiro na tipificação dos crimes de concurso necessário.

Contudo, na prática, é difícil imaginar associações que, com apenas três integrantes, consigam se enquadrar nos demais requisitos trazidos pela norma internacional. É de se registrar, porém, que a partir de 24 de março de 2004 o número mínimo de três integrantes passou a ser uma exigência legal.

O segundo requisito apontado pela Convenção é a permanência do grupo, conforme se denota da expressão “existente há algum tempo” inserta no artigo 2º, alínea “a” do referido diploma legal. Aliás, importante lembrar que ambas as especificidades já eram pressupostos essenciais à configuração de um grupo organizado, pois decorrem não só da definição legal trazida pelo tratado, mas também da própria ontologia da expressão “associação ou organização criminosa”.

O terceiro requisito que se extrai da leitura da Convenção é a atuação de forma concertada, ou seja, somente podem ser consideradas organizações criminosas aquelas associações em que haja estruturação voltada para a prática de delitos. Por outro lado, a real estruturação do grupo deve ser aferida mediante a observância da existência dos atributos complementares.

Outra exigência feita pela Convenção é que a associação para ser considerada organização criminosa deve ser afeta ao cometimento dos crimes descritos na própria Convenção (artigos 5º, 6º, 8º e 23) ou às chamadas “infrações graves”, assim denominadas aquelas cuja pena máxima cominada em abstrato não seja inferior a quatro anos de privação de liberdade, conforme estipula o artigo 2º, alínea “b” do mencionado diploma internacional.

Importante frisar, porém, que os artigos 5º, 6º, 8º e 23 da Convenção não descrevem tipos penais com cominação de pena para determinada conduta, mas apenas estipulam uma obrigação dos Estados signatários de criminalizar no âmbito interno aquelas determinadas ações.

Desta forma, a efetiva criminalização da conduta depende do Estado cumprir com a obrigação internacional assumida e produzir normas de direito doméstico que contenham o preceito secundário do tipo – a pena – para aquelas condutas.

São, pois, condutas a serem criminalizadas pela legislação interna, de acordo com a Convenção: a) participação em um grupo criminoso organizado; b) lavagem do produto do crime; c) corrupção; e d) obstrução à justiça. É certo, porém, que tais condutas já haviam sido previstas como crime pelo legislador brasileiro mesmo antes da ratificação do tratado internacional.

Deste modo, de acordo com a definição legal de “grupo criminoso organizado” introduzida pela Convenção, podem ser objeto da atuação de organizações criminosas os crimes de quadrilha ou bando (art. 288 do CP), associação para o tráfico (artigo 35 da Lei n. 11.343/2006), associação para fins de genocídio, exceto em sua modalidade de transferência forçada de crianças (art. 2º da Lei n. 2.88/56)¹, lavagem ou ocultação de bens direitos ou valores (art. 1º da Lei

¹ A convenção faz menção a associações que tenham como intuito o cometimento de “infrações graves”. Por outro lado, são infrações graves aquelas cuja pena máxima em abstrato não seja inferior

n. 9.613/98), corrupção passiva (art. 317 do CP), corrupção ativa (art. 333 do CP), corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-A do CP), resistência, desde que contra ato de funcionário público que atuava no combate às infrações previstas na Convenção (art. 329 do CP) e coação no curso do processo, desde que o processo também esteja relacionado aos crimes previstos na Convenção (art. 344 do CP).

Fora os tipos legais mencionados, que se enquadram nas condutas descritas nos artigos 5º, 6º, 8º e 23 da Convenção, podem ainda ser objeto da atuação das organizações criminosas as denominadas “infrações graves”, ou seja, aquelas cuja pena máxima cominada não seja inferior a quatro anos, nos termos do artigo 2º, “b” da Convenção de Palermo.

Por fim, deve estar presente ainda o propósito lucrativo da associação para que esteja configurada uma organização criminosa, pois este requisito passou a ser essencial a partir da definição proposta pela Convenção de Palermo.

Diante do citado pressuposto, exclui-se do conceito de crime organizado os grupos terroristas, que, embora contem com uma organização estrutural utilizada no cometimento de crimes, não atuam com o intuito de tirar proveito econômico, mas apenas de expansão de seus dogmas religiosos e políticos. A rigor, portanto, os grupos terroristas não estão inclusos no conceito de grupo criminoso organizado.

2.2. ORIGEM HISTÓRICA DO CRIME ORGANIZADO

É certo que as sociedades modernas, em especial a brasileira, têm sido forçadas a conviver com grupos de pessoas que se associam de maneira organizada com o objetivo pré-determinado de cometer crimes.

a 4 anos. Assim, a associação para fins de genocídio na modalidade de transferência forçada de crianças não satisfaz à exigência da norma, pois este crime tem pena máxima de 3 anos.

Contudo, o estudo da criminalidade organizada nos remonta a tempos bem anteriores, porquanto há muito já existiam notícias de grupos estabelecidos com tarefas bem divididas entre seus integrantes e cujo propósito é cometer atos ilícitos. São os denominados grupos precursores do crime organizado.

Uma característica comum a estes grupos é a origem, que, geralmente, é uma forma de resposta às atrocidades cometidas pelo Estado. Vale dizer, os grupos se organizaram para, num primeiro momento, defender-se das ingerências indevidas do Estado na vida dos particulares.

Assim, tais associações gozam de grande popularidade e, por tal motivo, contam com um número de adesão vultuoso, o que acaba por facilitar o exercício dos grupos, já que se torna possível a divisão de trabalhos.

Uma das primeiras associações organizadas de que se tem notícia é o bando conhecido por Tríades Chinesas, que teve origem no ano de 1644 com o propósito de expulsar os invasores do Império Ming. O grupo, no entanto, mais adiante passou a se dedicar ao mercado da venda de ópio e, em seguida, ao tráfico da heroína.

No Japão, a máfia apelidada *Yakuza* teve início ainda na época feudal e se aproveitou das insuficiências estatais para a exploração de inúmeras atividades ilícitas, tais como cassinos, turismo pornográfico, tráfico de drogas, armas e mulheres, lavagem de dinheiro e prostíbulos.

É certo, porém, que o bando também se dedicava a atividades lícitas, a fim de dar publicidade às suas iniciativas. No século XX, com a industrialização japonesa, o grupo passou a utilizar-se de chantagens corporativas, pela atuação dos *sokayas*², que se infiltravam nas empresas e, após comprarem suas ações, exigiam juros exorbitantes, para que não revelassem suas informações confidenciais às empresas concorrentes.

Na Itália, por outro lado, a famosa máfia siciliana surgiu como resistência ao rei de Nápoles, que no ano de 1812 modificou as bases da estrutura agrária da Sicília por meio de decreto que reduzia os privilégios feudais e limitava os

² Chantagistas profissionais

poderes dos príncipes. Por tal razão, estes passaram a contratar pessoas para proteger as investidas contra a região.

A partir de 1865, com a unificação forçada da Itália, os grupos passaram a lutar pela independência da região, motivo pelo qual ganharam a simpatia da população. Contudo, após a segunda metade do século XX a máfia passou a se dedicar a atividades criminosas.

Os grupos terroristas, por sua vez, não obstante à conotação ideológica de suas ações, podem ser comparados a uma vertente do crime organizado, embora não estejam abrangidos pelo conceito de “grupo criminoso organizado” estabelecido pela Convenção de Palermo.

É que, embora estes grupos sejam alimentados pelo ideal de difusão de seus dogmas políticos ou religiosos, é certo que também contam com estruturação hierarquicamente bem definida e que seus integrantes se entregam fielmente aos objetivos da associação.

Deste modo, a simples ausência de fins lucrativos não tem o condão de descaracterizar a organização destes bandos criminosos, apesar de colocá-los à margem do conceito de crime organizado. Entretanto, em razão da similitude com as organizações criminosas, merecem também ser mencionados.

Com efeito, o primeiro grupo terrorista de que se tem notícia na história teve início em 1855, quando militantes franceses, defensores da anarquia, realizaram atentados contra Napoleão III, após o que se refugiaram na Bélgica. A partir do acontecimento, passou-se por um desenvolvimento legislativo que acarretou na criação da Lei francesa de 28 de julho de 1894.

Posteriormente, os grupos terroristas passaram a ter como alvo não mais o Poder Público, mas a população civil. O primeiro ataque desta natureza ocorreu em 1972, quando os terroristas japoneses do exército vermelho atacaram o aeroporto israelense de Lod. A partir de então, inúmeros outros ataques terroristas vitimaram a população mundial, a exemplo do que ocorreu em 11 de setembro de 2001 no atentado às torres gêmeas nos Estados Unidos.

Neste diapasão, importante registrar que há notícias de grupos miscigenados que contam com características da criminalidade organizada e de

grupos terroristas ao mesmo tempo. Os fenômenos, portanto, aproximaram-se e, em alguns casos, podem ser considerados um só.

São exemplos os grupos terroristas da Al Qaeda e do Tlibã, que atualmente também fazem parte do mercado de drogas internacional. Esta atividade tem finalidade lucrativa e serve de renda para a manutenção do grupo, em que pese suas raízes eminentemente de expansão dos dogmas políticos e religiosos.

Da mesma forma, os atentados perpetrados contra a população civil pelo PCC no ano de 2006 em todo o Estado de São Paulo têm evidente viés terrorista, em que pese tratar-se de um típico grupo criminoso organizado.

Outros grupos que merecem destaque no cenário internacional no submundo do crime são as *gangs* americanas de tráfico de bebidas alcólicas. Tais bandos se dedicaram ao comércio do álcool no final da década de 20, momento em que a venda de bebidas alcólicas havia sido proibida nos Estados Unidos. A prática contava com a conivência de autoridades públicas subornadas além de chantagens a empresários.

Na Rússia, a organização criminoso mais conhecida – *Vor v zakone* – teve início na última década do século XIX e estava ligada à prática de inúmeras atividades ilícitas, tais como tráfico de mulheres, corrupção, desvio de dinheiro público, extorsão e roubos.

A máfia russa, posteriormente, sofreu forte influência das nuances política que abalaram a tranquilidade naquele país. Com a morte de Stalin houve a criação de diversos grupos de corrupção estatal e exploração do mercado negro. Em seguida, com a implantação da reforma política denominada *perestroika*, no governo de Mikhail Gorbachev, esses grupos passaram a representar instituições de defesa do Estado contra o capitalismo ocidental, razão pela qual ganharam a popularidade entre os russos.

Na América do Sul, a exploração da folha da coca começou ainda na época da colonização do século XVI, quando os espanhóis, por meio da mão-de-obra indígena, dominavam o mercado nas regiões da Bolívia e Peru. Mais tarde, com a criação de um método de refinamento da planta, que deu origem a uma substância excitante chamada cocaína, os sul-americanos tomaram a frente do negócio e os grupos expandiram sua atuação para a Colômbia, onde iniciaram uma

cadeia de exportação do produto para os Estados Unidos e países da Europa. Este era o embrião dos atuais e poderosos cartéis do narcotráfico que estabeleceram sua sede, principalmente, nas cidades de Cali e Medellín, na Colômbia.

Em território brasileiro, os primeiros antecedentes de criminalidade organizada apareceram com o movimento conhecido por Cangaço, que se resumia a um grupo composto de jagunços dos coronéis que, por meio da colaboração de fazendeiros, chefes políticos e policiais corruptos, atuavam no sertão nordestino entre o século XIX e XX sob a liderança do lendário Virgulino Ferreira da Silva – o Lampião. Os membros do grupo já detinham uma organização hierárquica e se dedicavam a prática de ilícitos.

Contudo, a primeira infração penal considerada organizada no Brasil foi a prática da contravenção penal do “jogo do bicho”. Instituída pelo Barão Drumond com o propósito de angariar fundos para manutenção dos animais do zoológico do Rio de Janeiro, o jogo de azar passou a ser monopolizado por verdadeiras quadrilhas que açambarcaram o ramo mediante corrupção de políticos e autoridades policiais. Atualmente, estes grupos mudaram seu foco de atuação para as máquinas de jogo eletrônico, tais como os caça-níqueis.

Por outro lado, a vertente mais hodierna de crime organizado no Brasil e a que, atualmente, mais tem preocupado a sociedade, em razão da violência com que atua e a gravidade dos crimes a que estão afetos emergiu de dentro das penitenciárias brasileiras com a conivência dos agentes estatais, primeiramente no Estado do Rio de Janeiro e, algum tempo depois, também em São Paulo.

No Estado carioca, é de se destacar a facção criminosa denominada “Falange Vermelha”, instituída no presídio da Ilha Grande entre 1967 e 1975. O grupo se especializou na prática de assalto à mão armada, principalmente a instituições bancárias.

Ainda na década de 70, o grupo sofreu uma espécie de evolução e passou a ser denominado “Comando Vermelho”. Fundada na penitenciária de Bangu I, a facção alcançou também o monopólio do tráfico de entorpecentes no Rio de Janeiro. Alguns presidiários, no entanto, que eram contrários à prática de sequestros e outros crimes comuns no âmbito de atuação da organização, deram início ao “Terceiro Comando”, grupo dissidente daquela primeira facção.

Na tentativa de minimizar a influência do “Comando Vermelho” no tráfico de drogas, outra facção foi criada na década de 90 e se aliou ao “Terceiro Comando”: ADA (Amigo dos Amigos). Assim, os bandos organizados passaram a lutar entre si pelo controle do lucrativo narcotráfico carioca. Em 2002, com a criação do “Terceiro Comando Puro” no Complexo da Maré o antigo “Terceiro Comando” foi extinto após a morte de seu líder.

Importante registrar também que ainda nos anos 90 grupos de caráter paramilitar de mesma estrutura hierárquica das facções criminosas, começaram a atuar nas favelas do Rio com a camuflada finalidade de expulsar o crime organizado do controle do tráfico local.

Estas milícias, formadas por policiais, bombeiros e soldados encontram o respaldo de políticos e de lideranças comunitárias, pois, supostamente oferecem segurança aos moradores locais contra os traficantes, tudo, no entanto, com o intuito de controlar o dinheiro e o território destes últimos.

Há registros do extensivo uso de violência e extorsão por parte destes grupos paramilitares, que cobram taxas exorbitantes dos moradores das favelas cariocas em troca da suposta segurança oferecida. No final de 2006, cerca de 90 comunidades cariocas dentre as mais de 500 favelas, estava sob o comando dos grupos milicianos (SILVA, 2009, p. 11), o que demonstra a ausência do aparelho estatal nestas localidades, ocasionada pela falta de interesse político em dar fim ao crime organizado.

Por outro lado, no Estado de São Paulo a primeira facção criminosa surgiu na Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, nos anos 90. Trata-se de uma organização intitulada “PCC” – Primeiro Comando da Capital, dedicada à prática de ilícitos de variada natureza, que atualmente detém conexões com diversos Estados da Federação e, inclusive, com o crime organizado internacional.

É de se salientar, no entanto, que num primeiro momento as autoridades estatais foram omissas em relação à criação desta organização criminosa, que se deu em meio a uma simples rebelião penitenciária, pois não se vislumbrou o potencial de estruturação do grupo, que atualmente é similar às máfias internacionais.

Porém, quando a facção começava a ganhar força, na tentativa de desestruturar o comando, adotou-se uma política de segurança pública que, em efeito reverso, acabou por auxiliar a expansão do grupo por todo o Estado. O intuito era o de separar os líderes do grupo em penitenciárias distantes. Contudo, o mecanismo gerou a ampliação da facção para as diversas regiões do Estado.

Do mesmo modo, por falha de estratégia nas políticas de segurança pública, líderes do PCC foram realocados em penitenciárias em que se encontravam presos alguns dos chefes de organizações internacionais, o que facilitou o contato entre a facção paulista e os grupos alienígenas. Por este motivo, atualmente, o comando mantém relações com grupos internacionais e já não depende mais de intermediários para a aquisição da cocaína que abastece o mercado nacional.

A atuação da facção hoje se encontra ramificada em “células” funcionalmente independentes, de tal modo que a desarticulação de uma destas não influi na continuidade das atividades do comando. Tal particularidade torna ainda mais difícil a repressão à criminalidade organizada.

Outra modalidade de crime organizado bem conhecida pela população brasileira são os grupos de políticos e autoridades que atuam dentro do aparelho estatal no desvio de verbas públicas. Estes grupos se utilizam de mecanismos que o cargo de seus membros lhes dá acesso e, muitas vezes, atuam sob a chancela do Poder Público.

Enfim, há que se reconhecer que, embora a criminalidade organizada tenha sofrido algumas modificações ao longo dos anos, é um fenômeno que continua atual e reclama uma postura enérgica por parte do Estado, especialmente, porque a repressão a este tipo de associação encontra diversas barreiras na organização estrutural dos grupos.

2.3. CONCEITO DE PROVA ILÍCITA

O conceito de prova deve ser estabelecido sob duas perspectivas diversas: uma objetiva, outra subjetiva. A objetiva diz respeito aos meios de prova propriamente ditos, que são os instrumentos colocados à disposição das partes para demonstrarem os fatos ao Juiz; a subjetiva, por outro lado, é o estado psíquico que se busca imprimir no magistrado para influenciar seu veredicto.

A prova, portanto, seja em sua definição objetiva ou subjetiva, está intimamente ligada ao direito das partes de exercer influência na decisão judicial. Assim, o direito à prova decorre diretamente dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e neste aspecto, vale frisar resguarda-se não apenas o direito das partes de participar do processo, mas de sua efetiva inserção neste de tal modo que suas razões sejam levadas em consideração para a prolação do *decisum*.

Tendo em vista que para a satisfação das exigências mínimas de um Estado Democrático de Direito expressamente adotado pelo constituinte, toda decisão deve levar em conta as alegações de ambas as partes envolvidas no litígio, urge seja proporcionado aos litigantes formas de demonstrar a veracidade destas, sob pena de infração ao texto constitucional e conseqüente nulidade do processo.

No entanto, este direito de demonstrar a veracidade dos argumentos deduzidos no processo não é ilimitado. Ao contrário, conforme definição da Carta Política de 1988, *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos* (art. 5º, LVI).

Da redação do artigo supracitado, extrai-se que a Constituição da República adotou como forma de resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos a inutilizabilidade das provas obtidas por meios ilícitos e neste mesmo sentido seguiu a legislação infraconstitucional (art. 157 do CPP).

Trata-se, pois, de uma forma de se obrigar os agentes estatais a não transgredirem os direitos constitucionais dos cidadãos. É certo, porém, que esta

inadmissibilidade não pode ser tomada como um valor hermeticamente rígido, conforme será analisado mais adiante em momento oportuno.

Contudo, no momento urge esclarecer que as provas ilícitas são divididas em *provas ilícitas strictu sensu* e *provas ilegítimas*. Estas são provas que foram introduzidas de forma inadequada no processo, de sorte que devem ser descartadas pelo julgador; aquelas são provas cuja obtenção tenha ferido norma de direito material, em especial, direitos fundamentais.

Conforme leciona o eminente jurista Guilherme de Souza Nucci:

O conceito de ilícito advém do latim (*illicitus = il + licitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo *ilícito*, vedando-se a prova ilegal e a ilegítima. Nesse contexto, abrem-se duas óticas, envolvendo o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei). Este último enfoque (formalmente ilícito), como defendemos, é o ilegítimo. (2008, p. 349)

Bem delineada a diferença entre as *provas ilícitas strictu sensu* e *provas ilegítimas*, insta registrar que são, ainda, inadmissíveis no processo as provas que decorrem destas. São as denominadas *provas ilícitas por derivação*. Estas são provas cuja produção ou inserção aos autos ocorreu de forma perfeita, no entanto, sua origem está de tal forma maculada pela ilicitude das evidências que lhe deram origem que não poderão ser utilizadas no processo. São, pois, provas lícitas, porém obtidas em razão de outras evidências adquiridas de forma irregular.

Nas palavras de Luiz Francisco Torquato Avolio:

Concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido (1999, p. 73).

A vedação à utilização destas provas no processo é uma proibição subsidiária, cuja intenção maior é a de evitar a transgressão de outro impedimento: o

emprego indireto das provas ilícitas. É que as provas ilícitas por derivação carregam a mácula das provas ilícitas propriamente ditas, porquanto somente adquiridas em função delas.

De se salientar, entretanto, que o artigo 157, § 1º do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.690/2008, prescreve que tais provas poderão ser utilizadas nos casos em que, independentemente da prova ilícita de origem, as investigações criminais chegariam àquela nova evidência ou quando a conexão entre ambas é insignificante. Trata-se das teorias da *Inevitable Discovery* e *Independent Source*. Neste sentido:

[...] excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre uma e outra é tênue, de modo a não colorarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery* (GRINOVER; FILHO e FERNANDES, 2009, p. 128-129)

Evidente, portanto, que se trata de prova lícita que somente não é admitida nos autos porque obtida em função de outras evidências ilícitas. Assim, uma vez que o motivo do impedimento é a ligação entre a obtenção da prova com outras provas ilícitas, cessa-se a proibição a partir do momento em que se demonstra a quebra deste liame. Vale dizer, quando a prova seria obtida mesmo que as evidências ilícitas não existissem ou quando a ligação for insignificante.

Importante, entretanto, ressaltar que as provas ilícitas por derivação foram objeto de grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais, porquanto somente no ano de 2008 a lei processual, expressamente previu sua inadmissibilidade.

Assim, por tempos discutiu-se se a proibição estendia-se também às provas ilícitas por derivação. Por um lado, sustentava-se que a Constituição foi taxativa ao erigir como inadmissíveis as provas ilícitas, de modo que por não haver menção alguma, sequer em leis infraconstitucionais, às provas ilícitas por derivação, estas não estavam englobadas pelo impedimento.

Por outro lado, alguns doutrinadores entendiam que a expressão “obtidas por meios ilícitos” constante da Constituição deveria ser interpretada de

forma extensiva para abranger também as provas ilegítimas e as ilícitas por derivação.

Ademais, a vedação às provas ilícitas por derivação era uma decorrência lógica da própria proibição à utilização de provas ilícitas, pois caso aquelas fossem permitidas, abrir-se-ia uma possibilidade para driblar o impedimento constitucional.

Tal discussão não mais tem sentido, porquanto a Lei 11.690/2008 incluiu expressamente a vedação às provas ilícitas por derivação ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como descreveu as ocasiões em que elas poderão ser utilizadas.

No entanto, em que pese a classificação das provas como ilícitas em razão da transgressão a direitos materiais ou processuais, é certo que a etimologia da palavra “ilícita” indica algo contrário ao direito.

Assim, não basta que uma prova transgrida direitos materiais ou afronte regras processuais para ser considerada ilícita, mas é indispensável que ela seja ainda contrária ao direito.

A título de exemplo pode-se citar a quebra do sigilo bancário de um investigado, mediante autorização judicial e observação a todas as exigências legais. Não há que se sustentar tratar-se de prova ilícita.

Contudo, é cediço que, ainda que tenha sido autorizada, a prova continua a transgredir o direito à privacidade do réu, expressamente protegido pela Constituição. Assim, nesta hipótese a prova será lícita em que pese a violação ao direito à privacidade do investigado.

É que a ilicitude deve ser analisada de forma objetiva, de tal sorte que não se pode conceber algo que seja ilícito e autorizado pelo direito ao mesmo tempo. Por outro lado, a privacidade do réu não é um valor constitucional absoluto, razão pela qual comporta mitigação e, portanto, há que se admitir autorização para sua transgressão em determinados casos.

Neste contexto, somente pode-se considerar prova ilícita *stricto sensu* aquela que for proibida pelo direito porque viola direitos materiais; por outro lado, considera-se ilegítima a prova que for contrária ao direito em razão da violação de

regras processuais e, por fim, será ilícita por derivação se houver se originado naquelas duas primeiras.

Contudo, a utilização das provas ilícitas, sejam elas, *ilícitas strictu sensu*, *ilegítimas* ou *ilícitas por derivação* é matéria que deve ser melhor estudada, pois há uma tendência doutrinária e jurisprudencial, em especial no direito comparado, que tem cada vez mais ganhado força, no sentido de aceitá-las na instrução de processos em casos excepcionais a fim de melhor atendimento aos anseios da sociedade e, por conseqüência, para o alcance de pacificação social.

2.4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Nos primórdios das civilizações humanas o direito era encarado como um desdobramento divino. O líder da comunidade era a pessoa escolhida pela autoridade divina para guiar a sociedade. As transgressões às normas por ele estabelecidas representavam um desrespeito à própria vontade de Deus. Não havia uma distinção eficaz entre os delitos e pecados. Direito e religião formavam um amálgama.

Com o processo penal não era diferente. A forte influência religiosa acabava por imprimir no processo crenças e superstições que levavam a julgamentos desarrazoados e sem qualquer grau de cientificidade. Desde esta época, entretanto, já se tinha a noção de prova como instrumento colocado à disposição das partes para influenciar na convicção do magistrado.

Os sistemas de prova, por outro lado, desde os primeiros resquícios de civilização, sempre guardaram relação com a distinção entre *verdade material* e *verdade formal*. Uns contentavam-se mais com esta; noutros a busca por aquela era mais intensa, de acordo com a realidade social de cada civilização.

Cumprе, porém, antes de adentrar ao tema, distinguir o que se denomina *verdade material* de verdade absoluta. É que esta última jamais será

alcançada. As partes buscam demonstrar as “suas verdades” no processo e, deste modo, por mais consistente que sejam as provas, sempre haverá uma combinação extraordinária de circunstâncias imagináveis capazes de desfazer a certeza antes alcançada.

Assim, a busca da verdade nas diferentes civilizações a que se refere, por mais desenvolvidas que estas sejam, nunca será relacionada à verdade absoluta, mas à *verdade material*, entendida esta como o estado psíquico suficientemente estável para imprimir no magistrado a certeza dos fatos.

Enfim, bem delineada a questão referente à distinção entre *verdade material* e verdade absoluta, de se retornar à evolução histórica dos sistemas de provas já adotados. Com efeito, como se propunha, as tendências políticas, sociais e, principalmente, religiosas influíam diretamente no sistema adotado pelas civilizações.

Naquelas mais arcaicas em que a superstição e as crenças místicas se faziam presentes no Direito, adotavam-se as *ordálias*,³ típicas das comunidades germânicas. Havia a crença da intervenção divina no processo para que os culpados fossem sempre condenados e os inocentes sempre absolvidos.

Estas sociedades se serviam de um sistema de provas mais afeto à *verdade formal*, pois a busca pelos acontecimentos verdadeiros restava prejudicada, ante a crença de que as decisões eram sempre justas, por refletirem a vontade de Deus.

Ademais, os juízes eram obrigados a seguir os resultados obtidos pela produção das provas místicas, mesmo que sua convicção íntima fosse nitidamente em sentido contrário.

Entretanto, por mais primitivo que fosse, não se pode dizer que estas civilizações não possuíam seu próprio sistema de avaliação de provas. Não só o possuíam, como foi este modelo, afeto à *verdade formal*, que predominou durante toda a Idade Média. Neste período utilizava-se de métodos nada técnicos como a análise “do sangue que corria das feridas quando se fazia o acusado tocar o cadáver da vítima” (MITTERMAIER, 2008, p. 30) para se aferir a culpa deste.

³ Juízos de Deus.

Mais tarde, com a evolução dos pensamentos liberais e da percepção de que os magistrados detinham em seu poder o destino da honra, do patrimônio e mesmo das vidas de seus concidadãos, passaram a surgir sistemas que levavam em conta a convicção do magistrado, a qual, no entanto, deveria ser limitada pelas diretrizes traçadas pelo legislador. Ganhou força, portanto, um modelo de sistema probatório parecido com aquele outrora adotado pela civilização romana.

Na república de Roma, no entanto, estas diretrizes não foram bem estabelecidas. Os julgamentos eram proferidos por juízes leigos, que prolatavam a decisão de acordo com o seu livre convencimento. Embora o sistema, à primeira vista, tenha privilegiado o princípio da verdade real, pois o julgador não estava atrelado a qualquer fórmula para chegar a uma conclusão; antes, era autônomo para apreciar as provas independentemente de qualquer regra, livre, portanto, para buscar a verdade, o sistema probatório nem sempre consagrava a *verdade material*.

Ocorre que, conforme explanado, os julgamentos eram proferidos por juízes leigos, os quais se deixavam levar pelas emoções, por consideração a serviços antigos e, não raras vezes, absolviam um culpado. A *verdade material* nestes casos era colocada em segundo plano.

Somente com o advento do Império é que os julgamentos populares perderam força entre os romanos e a busca pela verdade real passou a ser mais intensa. Com efeito, não havia um sistema tarifado de provas, mas a averiguação destas ficava ao critério do juiz, que era livre para decidir de acordo com suas convicções.

É certo, porém, que neste período, embora não houvesse um sistema tarifado de provas, os imperadores começaram a se preocupar em traçar algumas regras sobre a matéria em suas constituições. Não se tratava de normas exaurientes sobre o tema, mas meras diretrizes. Os juristas romanos não se preocuparam muito com a matéria e limitaram-se a tecer apenas algumas indicações.

O direito canônico, por sua vez, diante da evolução dos pensamentos e de uma ponderação mais crítica a respeito das provas, adotou um modelo de prova inquisitivo, ou seja, o juiz era obrigado a perseguir a verdade. Este sistema estava mais ligado ao princípio da verdade real, embora houvesse maior rigor quanto aos critérios de valoração da prova que os juízes deviam adotar.

As *ordálias*, predominantes entre os povos germânicos, tornaram-se inadmissíveis. Por outro lado, os juízes deixaram de gozar da autonomia da livre convicção pura e passaram a ser obrigados a se guiar pelas inúmeras regras sobre prova que foram criadas pelo direito canônico e influenciadas em parte pelo direito romano.

Diante deste contexto histórico foi que *Schwartzemberg* elaborou a ordenança de Carlos V, na qual se nota esforços do legislador para aproximar o direito processual penal do princípio da verdade real. Buscou-se estabelecer regras objetivas para extinção de condenações injustas e baseadas em meras probabilidades.

A partir de então o tema ganhou cada vez mais importância perante os estudiosos e iniciou-se um processo de desenvolvimento da teoria da prova. Dentre as legislações dos séculos XIV e XV que trataram da matéria convém citar a Baviera, a qual representava com maior fidelidade os ideais dominantes à época sobre o assunto.

Neste modelo de sistema probatório admitia-se ainda a tortura e a aplicação da pena mitigada em caso de prova incompleta, como se a convicção para a condenação fosse diferente de acordo com a natureza da pena a ser aplicada. Representou, no entanto, grande avanço sobre o tema.

Do mesmo modo, a Ordenança de José II sobre a justiça penal trouxe grandes melhoramentos quando aboliu a tortura e o juramento expiatório, além de permitir a condenação com base em indícios.

Nesta mesma esteira seguiu a legislação de Leopoldo, grão-duque da Toscana, promulgada em 1786 na qual se buscou colocar o acusado a salvo de qualquer procedimento injusto. Aboliu, igualmente, a tortura, no entanto, conferiu menor valor aos indícios, ao permiti-los somente em caso de penas menos graves, de modo que, neste aspecto, retomou o sistema da Baviera.

No fim do século XVIII, Beccaria introduziu o pensamento de que a condenação em matéria criminal deve repousar na certeza íntima do julgador e jamais pode ficar à mercê de um sistema legal de provas. Defendia o ilustre jurista que os jurados, guiados pelo senso de justiça que todo homem possui nas decisões importantes da vida, representavam a melhor solução para a problemática da

avaliação das provas. Propunha, pois, o júri popular como instrumento hábil a efetivação da justiça.

Na Alemanha, por outro lado, os primeiros incentivos à instituição do júri somente apareceram como forma de flexibilizar a rigidez do sistema de provas tarifadas adotado, o qual, por muitas vezes, acabava por impor ao juiz a adoção de determinados critérios preestabelecidos que culminavam numa decisão nem sempre justa.

Em posição diametralmente oposta estava o código austríaco, que contentava-se em ditar algumas regras, mas deixava ao prudente arbítrio do juiz a análise das provas que lhe eram apresentadas, para formar seu convencimento e aplicar o direito.

Enfim, percebe-se que ao longo da história, desde as primeiras civilizações, o sistema de provas adotado, seja ele arcaico ou complexo, está intimamente ligado à realidade social de cada comunidade. O momento histórico, as tendências políticas, as influências religiosas e, principalmente, a evolução dos pensamentos ditam qual o modelo de apreciação de provas adotado.

É que a teoria da prova criminal deve ser dialética o suficiente para seguir a evolução da comunidade a que se aplica, sob pena de tornar-se um conjunto de regras imprestáveis à normatização da vida em sociedade e, portanto, inócua ao fim a que presta.

Neste particular, imperioso mencionar que no Brasil a promulgação da Constituição da República de 1988, em que está prevista a proibição do uso das provas ilícitas, deu-se em um contexto histórico conturbado, logo após um longo período de ditadura militar.

Razoável, portanto, o anseio do constituinte em frear ao máximo à ingerência estatal em face dos direitos e liberdades individuais recém-conquistados. No entanto, importante lembrar que este contexto de supressão das liberdades individuais não mais subsiste, de modo que a interpretação dos preceitos constitucionais deve se inserir numa realidade diversa.

A atual conjuntura é a de um Estado hipossuficiente, que acaba por permitir a atuação incisiva do narcotráfico, do crime organizado e das facções

criminosas, as quais aterrorizam a paz social e o próprio convívio em sociedade. Ou seja, a transgressão aos direitos individuais se dá não mais em razão da ação do Estado, mas de sua omissão.

As garantias constitucionais dos acusados não são absolutas, conforme será abordado mais adiante em momento oportuno. Assim, a interpretação a ser dada aos instrumentos de freio do aparelho estatal, em especial à proibição das provas ilícitas no processo, deve ser relativizada, mesmo que isso signifique mitigar garantias individuais em alguns casos, para que o hodierno sistema de provas esteja em harmonia com a atual realidade social e, principalmente, para que o convívio em sociedade não se torne impraticável diante da crescente criminalidade.

2.5. DIREITO COMPARADO

2.5.1. Noções Introdutórias

O sistema probatório em nível internacional é dividido. Embora algumas nações tenham começado a admitir o uso das provas ilícitas para embasar uma condenação criminal em casos excepcionais e alguns doutrinadores manifestem-se favoráveis a esta posição, a regra em sede internacional é a inutilização destas provas no processo penal.

A proteção aos direitos individuais em nível internacional ganhou força nos últimos anos e, deste modo, a aplicabilidade das provas ilícitas passou a encontrar novo obstáculo à sua operacionalização. No entanto, a proteção aos direitos humanos, dentre os quais se inserem as garantias judiciais, não impedem a utilização das provas ilícitas.

Ao contrário, o que se propõe, longe de caracterizar uma violação aos direitos individuais, é um novo enfoque destes mesmos direitos, para que a observância deles em relação ao criminoso não represente sua privação em relação à sociedade. Nas hipóteses em que não for possível observá-los de maneira irrestrita e concomitante, deve-se sacrificar a eficácia daqueles menos relevantes.

A defesa dos direitos humanos não pode ser utilizada como sucedâneo para o cometimento de crimes. É que tais direitos não são privativos daqueles acusados de cometerem delitos, mas pertencem a todos os homens. Assim, a partir do momento em que a salvaguarda destes direitos em relação ao criminoso esbarrar na proteção dos direitos humanos da sociedade, os interesses mais valiosos devem prevalecer.

Vale transcrever que no direito comparado os primeiros dogmas que serviram de sustentáculo para a utilização da prova ilícita no processo penal foram os princípios do livre convencimento do juiz e da verdade real. Os primeiros juristas a defenderem a aplicabilidade daquelas provas agarravam-se à busca da verdade material e ao poder do juiz de decidir segundo sua convicção.

Com efeito, uma vez que o que se busca no processo penal é a verdade real, não poderia o magistrado fechar os olhos à realidade que lhe era apresentada pelas provas ilícitas. Do mesmo modo, convencido o juiz da veracidade do conteúdo daquelas provas, sua decisão, inevitavelmente, poderia nelas se amparar. Caso contrário, o magistrado seria obrigado a decidir contra sua convicção.

Dentre os países que começaram a aceitar o uso de provas ilícitas, podem-se citar a Alemanha e os Estados Unidos. No país europeu, os juristas apoiaram-se no raciocínio de que o interesse da coletividade de ver os criminosos punidos deveria sobrepor-se à antijuridicidade dos meios pelos quais a prova foi obtida.

Sem embargo da utilização das provas, os responsáveis por sua colheita indevida ficariam sujeitos a sanções civis, penais ou administrativas. Os juristas norte-americanos adeptos à utilização das provas ilícitas seguiram na mesma linha de raciocínio.

É certo que tanto na Alemanha quanto nos Estados Unidos a utilização das provas ilícitas no processo é vedada. Tal ocorre como forma de salvaguardar as

garantias individuais dos cidadãos, que estão expressas na Lei Fundamental Alemã e na IV Emenda Americana.

Assim, as visões de busca pela verdade real e autonomia da convicção do magistrado, à primeira vista, também não poderia embasar a utilização de provas ilícitas contra o réu, pois em contradição direta com os direitos individuais previstos na Carta Maior.

2.5.2. O sistema de avaliação de provas nos Estados Unidos

Deste modo, as *illegally obtained evidences*⁴, como regra, não são permitidas no processo, em razão de serem consideradas inconstitucionais. Embora não haja norma expressa que determine sua inutilização, a proibição à utilização de provas ilícitas no processo norte-americano decorre de um raciocínio jurisprudencial de salvaguarda das garantias individuais.

Com efeito, a partir da entrada em vigor da quarta alteração à Constituição Americana passaram a ser aplicadas as denominadas *rules of exclusion*, em função das quais as provas obtidas com violação dos direitos constitucionais individuais dos cidadãos, de regra, não poderiam ser utilizadas.

Neste contexto, vale citar, ainda, o julgamento do caso *Weeks vs. United States* (1914) em que a Suprema Corte Americana aprovou pela primeira vez a “regra de exclusão” das provas obtidas por meio ilícitos. Em seguida, nos casos de *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* (1920) e *Nardone vs. United States* (1939) a proibição foi estendida às provas ilícitas por derivação. Surgia a denominada *fruits of the poisonous tree doctrine*⁵.

No entanto, é certo que, como forma de mitigar a mencionada proibição, ganha força entre os americanos a doutrina da razoabilidade, segundo a

⁴ Evidências obtidas ilegalmente

⁵ Doutrina dos frutos da árvore envenenada – teoria de origem norte-americana segundo a qual as provas ilegais, não podem embasar a obtenção de outras provas permitidas. Neste caso, o uso destas últimas também está vedado. A teoria já foi adotada pelo STF (HC 73.351).

qual para que uma prova obtida por meio de violação aos direitos individuais dos cidadãos pudesse ter validade no processo, seria imprescindível a razoabilidade de sua produção.

Assim, criou-se um padrão do que seria considerado razoável. Trata-se da *warrant clause*, segundo a qual somente seria razoável e, portanto, aceitável, a prova que transgredisse a privacidade individual das pessoas, caso fosse ela precedida de permissão da autoridade competente.

A permissão, por outro lado, deveria estar embasada em fundada suspeita sobre o investigado. Caso contrário, não poderia permitir-se a produção das provas. Deste modo, a regra é a vedação às provas ilícitas no processo e sua utilização uma exceção, condicionada à prévia consulta à autoridade competente.

Existem hipóteses, entretanto, em que, diante da impossibilidade de se conseguir a autorização judicial sem que a prova pereça, o emprego de tais evidências obtidas em transgressão aos interesses individuais dos cidadãos foi admitido de forma independente de autorização. Trata-se da exceção da exceção. Neste sentido, já se pronunciou a Corte Americana no caso *United States vs. Ortiz*.

Importante frisar, ainda, que existem outras situações extraordinárias contempladas pela Corte Americana que permitem uma exceção às regras de exclusão. São aquelas situações em que estão presentes circunstâncias em que há veemente interesse social, sem que haja outro meio eficaz para lhe dar respaldo.

Nesta hipótese, deverão ser observados os meios que menos interfiram na vida particular dos cidadãos, mas a produção e utilização da prova serão permitidas. Neste sentido foram os julgamentos dos casos de *Michigan v. Sitz* (1990) e *Estados Unidos v. Martinez Fuerte* (1976).

Da mesma forma, a mais alta Corte jurídica americana passou a entender que algumas peculiaridades do caso em concreto poderiam retirar da prova sua ilicitude. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que o investigado tem sua privacidade invadida, mas antes mesmo da investigação carecia de uma expectativa de privacidade, ou seja, aqueles casos em que o próprio indiciado expõe sua vida particular. É o que se extrai do julgamento do caso de *Katz vs. United States* (1967).

2.5.3. O sistema alemão

A Corte Constitucional Alemã, por sua vez, adotou como forma de harmonizar a dicotomia entre a busca da verdade real e as regras de exclusão da prova o postulado normativo da proporcionalidade.

No período pós II Guerra Mundial, romperam-se os sistemas de governo ditatoriais e iniciou-se uma era de conquistas de liberdades públicas. Assim, a proibição das provas ilícitas decorria da infração destas ao texto constitucional, fato que as tornava inutilizáveis.

Contudo, o Tribunal alemão entendeu que referida proibição admite exceções quando se tratar de realizações superiores de caráter público ou privado. Surge, pois, o princípio do “balanceamento dos interesses e valores” (Güterund Interessenabwägung) e, em via reflexa, o princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip).

O raciocínio adotado foi o de que em alguns casos, o sistema de exclusão das provas deve ceder em face de outro bem jurídico de maior relevância, quando a tutela deste depender da utilização daquelas provas obtidas por meios ilícitos. Trata-se de uma opção entre qual bem proteger.

Contudo, o cotejo entre os bens a serem protegidos não deve operar-se no plano processual, mas no plano material. É que a busca da verdade, escopo primordial de todo e qualquer processo, não pode embasar, por si só, a violação de direitos constitucionais.

Há que se verificar qual o bem jurídico será transgredido pela referida violação e, caso este seja de menor importância que os bens que serão tutelados por meio de uma condenação calcada nas provas ilícitas, deve prevalecer a admissibilidade da prova colhida. Caso contrário, as provas serão inadmissíveis.

2.6. “PRINCÍPIO” DA PROPORCIONALIDADE

2.6.1 *Noções Gerais*

Primeiramente, cumpre esclarecer que o propósito do presente ensaio não é o de explanar, aprofundadamente, o princípio em questão. Tal tarefa demandaria estudos outros divorciados da finalidade deste trabalho, que se restringe à aplicação do princípio em relação à doutrina da inadmissibilidade das provas ilícitas. Deste modo, a abordagem será circunscrita a este enfoque.

Com efeito, a teoria da proporcionalidade surgiu na Alemanha Federal, no período pós-guerra, influenciada pelas vertentes jusnaturalistas que se afloraram no seio daquela sociedade recém-liberal. Vale dizer, o princípio da proporcionalidade surgiu em meio ao contexto histórico de queda dos regimes totalitários que se deflagraram naquele país, marcados pelo positivismo jurídico exacerbado que acabou por embasar diversas atrocidades.

Importante, porém, ressaltar que a ideia de proporcionalidade é bem anterior a este período, pois ínsita ao direito. O próprio senso comum de justiça busca o proporcional e o razoável. Assim, a teoria alemã apenas desenvolveu de modo científico, aquilo que já fazia parte da própria noção de direito. Há que se reconhecer, entretanto, que referida teoria representou grande avanço para a ciência do direito.

No Brasil, adota-se o princípio da proporcionalidade a partir de um raciocínio lógico que extrai do texto constitucional sua previsão indireta. Quer dizer, este princípio não está expresso na Carta Política brasileira, porém decorre da própria essência com a qual foram tratadas as liberdades públicas em seu texto, ou seja, a intervenção nos direitos fundamentais somente ocorrerá em caso de extrema necessidade e, ainda assim, pelo meio adequado e na medida razoável.

A respeito da matéria compilou o eminente jurista Antônio Scarance Fernandes:

Entre nós, assinalam a constitucionalidade do princípio Gilmar Ferreira Mendes e Luís Roberto Barroso, enquadrando-o na cláusula ampla do devido processo legal. Suzana de Toledo Barros pondera que o princípio está inserido no contexto normativo dos direitos fundamentais e de seus mecanismos de proteção. Trata-se de uma “garantia especial”, exigindo-se que toda intervenção na esfera dos direitos fundamentais “se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida.” (2002, p. 53).

Contudo, é de se ressaltar que a denominação “princípio” é imprópria. Antes, trata-se de postulado normativo, que somente pode receber aquele apelido caso se tenha em mente tratar-se de um princípio com efeitos peculiares. Para dar maior embate àquela primeira denominação se faz necessário tecer algumas considerações a respeito da classificação das normas. Cumpre, pois, distinguir regras de princípios e postulados normativos.

2.6.2 Regras

Com efeito, as regras são normas eminentemente descritivas que estabelecem uma conduta a ser seguida pelo destinatário. Em razão disso, as regras têm uma menor flexibilidade que os princípios e postulados normativos. Diz-se, pois, que as regras possuem a chamada “eficácia de trincheira”.⁶

Por determinar especificamente qual o comportamento deve ser adotado, por muito tempo entendeu-se que não há ponderação em relação às regras. Vale dizer, ou o aplicador do direito verifica sua vigência e aplica-a quando preenchidos os seus requisitos; ou a regra não está em vigência e então, e somente nesta hipótese, não deve ser colocada em uso, sem, contudo, atentar-se para os efeitos produzidos no mundo real.

Deste modo, o conflito entre duas regras é facilmente resolvido. Basta examinar qual das normas está em vigência e aplicá-la. Para tanto, o jurista deve fazer uso dos critérios de resolução das antinomias (hierarquia, cronologia e especialidade). A norma vigente, pois, será aplicada sem restrições, ao passo que a norma revogada não gerará qualquer efeito.

No entanto, modernamente já se tem entendido que mesmo as regras devem ser relativizadas diante das peculiaridades do caso concreto. É que, conforme esposado, as regras são normas que já predeterminam uma conduta a ser seguida. Cediço, porém, que o legislador não reúne condições para, de antemão, prever todas as situações em que ela será utilizada, de modo que, já por isso, nem sempre o comportamento prescrito será adequado para a promoção de sua finalidade.

Assim, ocorre que, em determinados casos, a aplicação da regra vira-se contra o próprio propósito de sua confecção. Nestas hipóteses, não se deve aplicá-la, mesmo que esteja vigente no ordenamento e que se tenham verificado seus requisitos de aplicação.

⁶ Diz respeito à rigidez da aplicação das normas.

Deste modo, embora as regras sejam normas mais rígidas, não se pode dizer que este seja o diferencial determinante delas em relação aos princípios e postulados normativos, pois, conforme já explanado, eventualmente pode-se relativizá-las.

O ponto de distinção, portanto, é a descrição do comportamento a ser adotado pelo destinatário. Somente as regras demonstram o caminho a ser trilhado pelo aplicador do direito para alcançar o fim desejado.

2.6.3. Princípios

O princípio, por sua vez, é uma norma imediatamente finalística que aponta para um estado ideal, sem descrever a conduta a ser seguida. Trata-se de uma norma que indica um fim a ser promovido, mas que não estabelece de que forma fazê-lo. Sua observância, portanto, é mais aberta ao jurista.

Por outro lado, dois princípios igualmente vigentes podem entrar em colidência e, neste caso, não pode o jurista se socorrer dos meios de solução de antinomias. É que estas técnicas servem para estipular qual norma deve ser aplicada, ou melhor, qual norma está em vigência.

Diferentemente das regras, no entanto, os princípios em confronto são aplicados concomitantemente, já que ambos estão em vigência. Por outro lado, para que isso ocorra, a abrangência destas normas deve ser mitigada. É certo, porém, que a mitigação não pode ser de tal magnitude que acabe por neutralizar um dos princípios.

Somente a título de ilustração vale citar o conflito entre o princípio da efetividade da tutela jurisdicional e os princípios do contraditório e da ampla defesa, todos de cunho constitucional. Muitas vezes, para que a tutela não perca sua efetividade a oportunidade de se defender da parte contrária deve ser relativizada.

Ocorre que, em determinados casos, o tempo transcorrido para que a parte adversa possa se manifestar torna inócua qualquer futura intervenção judicial.

Deste modo, nesta ocasião a tutela deve ser prestada antes mesmo que a parte contrária tenha a oportunidade de se manifestar. Note-se que os princípios da ampla defesa e do contraditório foram atenuados, mas não neutralizados, pois em seguida a parte terá o direito de se defender e até mesmo reverter o quadro.

Da mesma forma, a norma inscrita no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República sugere um estado ideal de coisas. Trata-se do princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo. Note-se, no entanto, que este estado ideal de coisas, em verdade, apenas busca proteger as garantias individuais e processuais dos acusados, pois estas não poderão ser transgredidas pela prova, sob pena de sua inadmissibilidade.

Ora, ocorre que tais garantias constitucionais e processuais não são absolutas. Ao contrário, devem harmonizar-se com outras normas da mesma hierarquia estabelecidas pela Carta Magna. Neste diapasão, o estado ideal de coisas proposto pelo princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas não pode neutralizar, por exemplo, o direito à liberdade, à segurança, à integridade física e até mesmo à vida.

Neste contexto, é que se propõe, como será melhor abordado adiante, a mitigação desta norma, para que, em casos excepcionais, possam as provas obtidas por meios ilícitos ser utilizadas no processo, a fim de salvaguardar aqueles outros valores constitucionais, mormente no combate ao crime organizado, que, em razão de suas peculiaridades, muitas vezes não se contenta com os meios de prova ordinários.

2.6.4. Postulado Normativo

Delineados os conceitos de regras e princípios, cumpre esclarecer o que são postulados normativos. Com efeito, trata-se de métodos de harmonização de princípios e regras que se encontrem em conflito. O exemplo de postulado normativo por excelência, portanto, é o denominado “princípio” da proporcionalidade.

Como afirmado, nada impede seja este postulado normativo classificado como princípio, desde que se tenha em mente sua estruturação própria, diversa daquela proposta para os demais princípios. Contudo, para evitar confusões acerca da denominação utilizada, deste ponto em diante a proporcionalidade deve ser tratada como postulado normativo.

Com efeito, o postulado normativo da proporcionalidade tem como escopo conciliar a aplicação de dois princípios ou regras em conflito. Aliás, somente por este motivo é que deve ser classificado como postulado normativo.

É certo que, quando dois princípios entram em choque quanto a sua aplicação, um deles deve preponderar sobre o outro sem, contudo, eliminá-lo. No entanto, para que a escolha entre qual dos valores deve predominar não se torne demasiadamente subjetiva, lança-se mão da teoria da proporcionalidade.

Esta teoria, pois, serve de instrumento para valorar qual a medida a ser tomada no caso em concreto, de modo a prevalecer o estado ideal de maior importância sem neutralizar o princípio menos relevante. Trata-se de um utensílio de padronificação de método para solução de conflitos entre normas.

Com efeito, o método de conciliação está ligado a três submáximas da proporcionalidade, cuja observância conduz à solução do conflito de maneira mais objetiva. São elas: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação diz respeito a uma relação de meio e fim entre a medida adotada e o resultado que se pretende obter. Para que uma medida seja considerada adequada, deve ser apta a produzir a consequência jurídica esperada.

Por outro lado, verifica-se a necessidade da medida quando for ela a menos restritiva aos direitos fundamentais envolvidos no conflito de normas. Não basta que a utilização daquele meio seja suficiente para resolver o conflito, mas é indispensável que dentre todas as possibilidades existentes, seja o que importará em menor interferência nos direitos.

É que, se houver outro meio menos radical para a solução do conflito normativo, reputa-se desnecessária a intervenção mais restritiva, porquanto o resultado pretendido poderia ser obtido sem ela. Neste caso, a mitigação do direito é prescindível e, portanto, injustificada.

Em matéria de prova ilícita, imperioso frisar que a necessidade da medida deve ser aferida no momento em que o juiz for julgar o processo. Assim, mesmo que as autoridades policiais pudessem se valer de meios conforme o direito para instruir o inquérito policial, por exemplo, mediante autorização judicial para uma interceptação telefônica e não o tenham feito, deve ser admitida a prova.

É que o magistrado, ao se deparar com os autos, deve levar em conta o que deles consta, de modo que, na impossibilidade de utilização de outras provas no momento do julgamento, a utilização das provas ilícitas afigura-se necessária, ou seja, representa a menor restrição possível aos direitos fundamentais naquela circunstância.

O terceiro e último desdobramento do postulado normativo em apreço é a proporcionalidade em sentido estrito. Esta serve de parâmetro para medir a importância dos bens jurídicos tutelados pelas normas em conflito, para que o bem de maior valor seja resguardado.

Confunde-se esta submáxima com outro postulado normativo, denominado de razoabilidade. Pode-se dizer, portanto, que a razoabilidade está inserida no conceito do postulado normativo da proporcionalidade.

Para que uma medida seja proporcional, portanto, é imperioso que seus benefícios superem as restrições que lhe são inerentes. Não pode o jurista se valer de medidas de proteção a determinados bens jurídicos, quando sua aplicação importar em interferência em outros direitos individuais mais valiosos.

Assim, diante de um conflito de normas, deve-se buscar a tutela do bem mais relevante. Jamais se pode lançar mão de medidas cujas consequências impliquem em restrição a direitos mais preciosos que aquele que se pretende proteger.

Neste contexto, sustenta-se que não pode a restrição ao uso das provas ilícitas, bem como a tutela da privacidade e intimidade do criminoso se sobrepor ao direito à liberdade, à segurança, à integridade física e à vida dos demais cidadãos.

Assim, deve aquela norma, em casos excepcionais em que estejam ameaçados estes direitos, ter sua eficácia relativizada, para que bens outros de maior importância sejam salvaguardados.

Deste modo, para solucionar os conflitos entre normas jurídicas, no enfoque proposto por este trabalho, especificamente entre princípios, deve o intérprete utilizar-se de meios de menor restrição possível aos direitos individuais que sejam adequados ao fim pretendido e que não importem em consequências negativas que superem suas benesses.

Neste aspecto, importante ressaltar que o crime organizado é um câncer que corrói a sociedade, de modo que o Estado não pode manter-se inerte diante da atuação de grupos estruturados, tampouco permitir que estas associações ajam sob a chancela do Poder Público.

Não se pode mais admitir, portanto, absolvições ou trancamento de ações penais com base no simples argumento de que processo tenha transgredido direitos individuais do acusado, pois a impunidade estimula o fortalecimento dos grupos organizados, que passarão a atuar de forma ainda mais incisiva.

Ademais, a criminalidade organizada conta com características peculiares que, muitas vezes, tornam inócuos os meios de prova ordinários. O envolvimento do Poder Público com estes grupos e a divisão de tarefas de forma hierarquizada reclama uma perseguição mais voraz a estas associações que, vez ou outra, pode culminar com a transgressão de determinadas garantias constitucionais ou processuais dos integrantes da facção. A transgressão, no entanto, será plenamente justificada.

Assim, há que se aplicar o postulado normativo da proporcionalidade para que provas obtidas por meios ilícitos possam ser utilizadas como base de uma condenação penal, a fim de que os grupos organizados encontrem barreiras contra sua atuação.

Imperioso frisar, portanto, que há um permissivo constitucional para a produção destas provas em casos excepcionais, exteriorizado no postulado normativo da proporcionalidade. Assim, a rigor estas provas não poderiam sequer ser consideradas ilícitas diante do caso em concreto, pois estão conforme o direito.

Contudo, não é essa a classificação que a doutrina dá a elas, razão pela qual tratar-se-á delas como “provas ilícitas”, a fim de melhor identificar a que tipo de provas se faz referência, em que pese sejam extraordinariamente permitidas pelo direito como forma de proteção a bens jurídicos de maior relevância.

2.7. UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO BRASIL

Em sede de matéria probatória, ponto que merece destaque no cenário nacional é a possibilidade de utilização de provas ilícitas em favor do réu. O argumento é o de que o acusado não pode ver seu direito à liberdade cerceado somente porque a prova de sua inocência foi obtida por meios ilícitos.

Há um contraste nestes casos entre o direito constitucional de liberdade e a proibição de utilização das provas ilícitas no processo. Assim, mediante a ponderação sugerida pela doutrina da proporcionalidade – adequação, necessidade e razoabilidade da medida – a vedação cede espaço àquela primeira garantia.

Não se pode conceber uma condenação de alguém que se saiba ser inocente, somente para sustentar um dogma de inutilização das provas ilícitas, mormente se o dogma se esbarrar em outra garantia constitucional de maior relevância como o direito à liberdade. Neste sentido:

Na jurisprudência pátria, somente se aplica o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude (RTJSP 138/526) ou em prol do princípio da inocência (STF – 1ª T. HC nº 74.678/DF – Rel. Min. Moreira Alves. *Informativo STF*, nº 75). (MORAES, 2007, p. 336).

É de se ressaltar também que a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo tem como fundamento, em primeiro plano, a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos em face do Estado, ou seja, o princípio constitucional tem como escopo primordial frear a ação do aparelho estatal diante das garantias individuais.

Assim, não faria sentido deixar de utilizar as provas ilicitamente obtidas quando estas puderem proteger o cidadão do poder punitivo do Estado, conforme leciona Eduardo Querobim:

É que a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas é, preponderantemente, uma garantia fundamental do cidadão contra o arbítrio inquisitivo do Estado; logo, se a obtenção de prova por meio ilícito trouxer vantagem processual ao cidadão acusado, não haverá, a rigor, colisão de direitos fundamentais, porque a garantia de vedação das provas ilícitas, proclamada em seu favor, não poderia valer contra seu próprio interesse no caso concreto. (2008, p. 99).

Por outro lado, os Tribunais brasileiros tem rechaçado a aplicação do postulado normativo da proporcionalidade *pro societate*, de modo que o entendimento que predomina é o de que as provas obtidas por meios ilícitos não podem fundamentar uma condenação. Neste sentido:

STF – ‘O Estado não pode, especialmente em sede processual penal, valer-se de provas ilícitas contra o acusado, ainda que sob invocação do princípio da proporcionalidade. Cabe ter presente, ainda, que o princípio da proporcionalidade não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Esse postulado, portanto, não deve ser invocado discriminadamente, ainda mais quando se acharem expostos à clara situação de risco, direitos fundamentais assegurados pela Constituição, como ocorre na espécie ora em exame, em que se decidiu, na esfera do Tribunal *a quo*, que a prova incriminadora dos ora recorridos foi produzida, na causa penal, com ofensa às cláusulas constitucionais

que tutelam a inviolabilidade domiciliar e preservam a garantia à intimidade' (STF – Rextr. nº 251.445-4/GO – Rel. Min. Celso de Mello, despacho) (MORAES, 2007, p. 336).

Habeas corpus. Cabimento. Prova ilícita (...). 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinção em relação ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, em qualquer caso, da verdade real no processo. Consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. (SILVA, 2009, p. 61).

Verifica-se, pois, que, embora o postulado normativo da proporcionalidade não esteja atrelado ao direito de liberdade do réu, a jurisprudência nacional insiste em restringi-lo aos casos em que o acusado possa dele se favorecer. O postulado, portanto, segundo o entendimento jurisprudencial, não poderia ensejar uma condenação penal.

No entanto, é de se ressaltar que, ao contrário do que têm entendido os Tribunais, a doutrina da proporcionalidade deve ser aplicada independentemente de quem irá dela se favorecer. O que se deve ter em mente é que o direito de maior importância deve preponderar, ainda que em razão disso o acusado venha a sofrer algum prejuízo.

O processo penal brasileiro é eminentemente garantista e, com isso, por vezes, antagonicamente, acaba por deixar sem proteção direitos constitucionais de grande importância, que se tornam letra morta, tudo em prol das garantias judiciais do réu.

Ocorre que não só os direitos fundamentais do acusado devem ser protegidos pelo processo, mas também os da sociedade. Assim, o processo como instrumento pelo qual o aparelho estatal se movimenta para sancionar os transgressores de normas e, desta forma, assegurar a pacificação social, deve pautar-se também pelas garantias fundamentais da coletividade.

Por vezes, a falta de punição aos criminosos ocasiona efeitos muito mais nefastos à pacificação social, finalidade precípua do Direito, que a própria transgressão às garantias fundamentais do réu. Nestes casos, a teoria da

proporcionalidade deve ser aplicada, para que o direito de maior importância seja resguardado, independentemente de favorecimento ou prejuízo ao réu.

Assim, da mesma forma que a vedação às provas ilícitas cede espaço ao direito de liberdade do réu, quando aquelas forem aptas a demonstrar sua inocência, também devem sucumbir diante de outros direitos constitucionais de igual importância, tais como o direito à segurança, à integridade física, à vida, ainda que isso signifique prejuízo ao acusado.

É o que defende Antonio Scarance Fernandes:

Contudo, vai tomando corpo entre nós a aceitação da teoria da proporcionalidade, visando-se a evitar a aplicação muito rígida do inc. LVI do art. 5º quando a ofensa a determinada vedação constitucional é feita para proteção de valor maior também garantido pela Constituição. É interessante mencionar duas situações concretas que mostram a necessidade de se admitir critério de proporcionalidade. Em determinado caso, para impedir fuga de presos considerados perigosos de estabelecimento penitenciário, violou-se a correspondência desses presos, descobrindo-se que, no plano de fuga, constava o seqüestro de um juiz de direito quando todos estariam reunidos em audiência em determinada comarca do Estado de São Paulo. Como a violação de correspondência é vedada pela Constituição Federal (art. 5º, XII), a aplicação rigorosa da norma constitucional impediria que pudessem ser usadas como prova as cartas interceptadas, pois, sendo obtidas por meio ilícito consistente em afronta à referida vedação constitucional, não seriam admitidas em eventual processo criminal. (2002. p. 86-87).

Não há porque restringir a aplicação da teoria da proporcionalidade aos casos em que ela possa favorecer o réu. Neste aspecto, importante ressaltar que não obstante à resistência dos Tribunais de utilizar o postulado normativo da proporcionalidade para embasar uma condenação, a jurisprudência tem se pautado pelo critério de proporcionalidade para aferir se determinada prova que transgride direitos individuais do investigado, obtida mediante autorização judicial, deve ser considerada lícita. Neste sentido:

Prova criminal – Interceptação Telefônica – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre o envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (*due process of law*), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade (ApCrim nº

185.901-3 – Indaiatuba – 3ª Câmara Criminal – Rel. Segurado Braz – 30.10.1995) (SILVA, 2007, p. 25)

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (HC 70.814-5, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.03.1994, p. 16.649-16.650).

Note-se, no entanto, que nestes casos, embora a prova tenha infringido direitos individuais dos réus, sua colheita observou os trâmites legais estabelecidos pelo legislador infraconstitucional. Nestas hipóteses sua utilização tem sido admitida pela jurisprudência, porquanto não são consideradas ilícitas.

Contudo, é de salientar que as provas colhidas com base nestas leis autorizadoras não deixam de ferir os direitos individuais dos réus. Ocorre que a violação é justificada por circunstâncias excepcionais previamente estabelecidas pelo legislador e verificadas pelo juiz que as autorizou, quando tal autorização for pressuposto para a colheita da prova.

A título de ilustração vale citar a interceptação de cartas dos presidiários, expressamente autorizada pelo artigo 41, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84). O preceito constitucional inserto no artigo 5º, XII, da Constituição da República prescreve a inviolabilidade do sigilo de correspondência, de modo que, à primeira vista, a norma da Lei de Execução seria inconstitucional.

No entanto, inconstitucionalidade não há, porquanto a norma pretende proteger outro bem jurídico também tutelado pela Carta Política – Segurança Pública – de modo que a excepcional transgressão ao sigilo de correspondência torna-se justificada. Deste modo, forçoso concluir que não é a existência de norma infraconstitucional que torna viável a transgressão, mas a existência de situação fática extraordinária.

Por outro lado, não é porque a colheita da prova não passou pelo controle prévio do Judiciário ou porque não respeitou as regularidades formais que aquelas circunstâncias excepcionais deixaram de existir. Deste modo, mesmo as provas obtidas sem a autorização judicial e ao arrepio das formalidades legais

merecem ser aproveitadas no processo, desde que presentes as circunstâncias excepcionais que as justifiquem, ou seja, desde que indispensáveis à tutela de um bem jurídico de maior relevância.

A lei infraconstitucional não tem o condão de autorizar uma transgressão a direitos garantidos pela Constituição, de modo que a mera observância das formalidades legais não tornaria a prova lícita. Esta autorização somente é válida porque o que se pretende com ela é a proteção de outros bens também de natureza constitucional.

Deste modo, embora a lei esteja em confronto com determinada norma constitucional em específico, está de acordo com a Constituição como um todo. Assim, também as provas obtidas sem a observância das regularidades formais devem ser admitidas, pois se nem mesmo a contradição da prova com determinada norma constitucional em específico é óbice para sua utilização, muito menos a inobservância de irregularidades legais.

Por outro lado, para fins de se aferir as consequências àquele que obteve a prova, há que se distinguir se havia a possibilidade de, no caso concreto, colher a prova mediante autorização do juiz e em concordância com as formalidades legais ou se tais formalidades poderiam colocar em risco a produção da prova, ante a urgência de sua colheita. Há que se perquirir se o agente estatal agiu dentro dos limites de sua função. Tal aferição, no entanto, não está relacionada à possibilidade de utilizar as provas no processo, mas tão somente às consequências para o agente que as colheu.

Com efeito, caso houvesse aquela possibilidade, a colheita da prova sem a observância dos ditames legais importará em constrangimento ilegal, pelo qual seu responsável deve responder administrativa, civil e penalmente, sem prejuízo, no entanto, da utilização da prova no processo.

Por outro lado, caso não fosse possível observar aquelas cautelas, não deve subsistir qualquer tipo de punição para o agente que colheu a prova em razão de haver atuado no estrito cumprimento do dever legal (dever legal de promover a segurança pública). Neste caso, igualmente a prova deve ser aproveitada no processo.

Sobre a utilização de provas ilícitas, os então Ministros do Supremo Tribunal Federal, P. Brossard e Sydney Sanches, em apreciação do HC 69.912, prolataram voto no qual entenderam que a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos não pode servir de amparo para a impunidade de criminosos de alta periculosidade, como, por exemplo, grandes traficantes de entorpecentes. Na oportunidade, a colheita da prova não obedeceu às formalidades legais, porquanto a lei que as autorizaria ainda não estava em vigência. Inobstante à irregularidade das provas, os ministros votaram por sua aceitação.

O Min. Brossard invoca, em geral, o princípio da proporcionalidade para que a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas não acabasse por anular uma condenação por tráfico de drogas, em que a apreensão da droga e a prisão do traficante se haviam dado em razão de uma interceptação telefônica vedada (porque autorizada antes da Lei regulamentadora); a repressão ao tráfico, para o Ministro, era essencial ao Estado Brasileiro e se traduzia em autêntico compromisso internacional (citou vários tratados internacionais na matéria que tinham sido ratificados pelo Brasil), interesse social e estatal este que deveria prevalecer à tutela extrema da garantia de sigilo de comunicações de indivíduo comprovadamente marginal e delinqüente. O Min. S. Sanches entendia insuportável e inadmissível que, no confronto de interesses, a violação da intimidade e sigilo de conversa de um traficante pudesse comprometer todas as evidências que se produziram sobre o terrível delito de tráfico, cuja punição não poderia sucumbir na situação, máxime pela subsistência de outras provas (apreensão das drogas, oitiva de policiais) (QUEROBIM, 2008, p. 101).

No entanto, os Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello apresentaram voto naquele mesmo *writ* pela inadmissibilidade das provas ilícitas, e este foi o entendimento que se perpetuou posteriormente na Suprema Corte.

Alguns juristas, por outro lado, entendem que a utilização de tais provas se justificaria em razão de configurarem legítima defesa das liberdades públicas. Neste sentido, calha transcrever julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual foi reconhecida a excludente da ilicitude na colheita de provas que violavam direitos constitucionais:

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental por um dos interlocutores, vítima de concussão sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal Federal HC nº 74.678-1, DJ de 15-8-97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97,

ambos da Primeira Turma. (STF – 1ª T. – REextr. nº 212.081-2/RO – Rel. Min. Octávio Gallotti, Diário da Justiça, Seção I, 27 mar. 1998, p. 23).

Note-se que, embora o argumento utilizado para a aceitação da prova seja diverso, o raciocínio de proteção ao bem jurídico é similar ao que dá embasamento ao postulado normativo da proporcionalidade, uma vez que a aplicação de ambos tem como finalidade proteger um determinado direito constitucional em detrimento de outro.

Assim, se é admitida a prova colhida de forma irregular quando esta representa autodefesa de quem as produziu, há que se concluir que o princípio da inutilização das provas ilícitas não é absoluto e, por esta razão, deve comportar mitigação, mediante a aplicação do postulado normativo da proporcionalidade, nos casos em que bens jurídicos de maior relevância estiverem em conflito com a vedação.

Importante, ainda, destacar que o processo penal tem como seu objetivo principal restringir direitos individuais do réu, já que a meta nele estabelecida é a aplicação de uma pena. Evidente que para tanto há que ser respeitado o devido processo legal, com as garantias a ele inerentes, de modo que somente após o trânsito em julgado do decreto condenatório é que se pode falar no cumprimento de uma pena.

Contudo, não parece razoável sustentar que um instrumento cuja utilização visa, em via reflexa, a restrição de determinados direitos individuais, tal como ocorre com a aplicação de pena privativa de liberdade, não possa se valer de determinadas provas, somente porque obtidas em violação a prescrição constitucional ou legal de menores importâncias que a própria liberdade.

Vale dizer, se o processo penal pode, diante da gravidade da conduta do acusado, restringir-lhe até mesmo o direito de liberdade, inclusive cautelarmente antes do trânsito em julgado da sentença, com muito mais razão é de se aceitar a utilização de provas ilícitas em casos excepcionais em que a repressão à conduta mereça maior atenção que a proteção das garantias individuais do réu.

Aliás, se por um lado a inutilização das provas ilícitas compõe o princípio do devido processo legal, por outro, também a efetividade deste no caso

concreto deve ser levada em consideração para se aferir se realmente o processo se desenvolveu da forma devida, pois sua eficiência e tempestividade também fazem parte da noção de devido processo legal.

Ademais, há que se atentar para o contexto histórico em que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas foi inserido na Constituição de 1988. Tratava-se de uma sociedade que acabara de conquistar as liberdades individuais, após longo período de ditadura militar.

Não é esta, entretanto, a atual conjuntura do país. Ao contrário, nos presentes dias o que se verifica é um Estado incapaz de assegurar as liberdades individuais dos cidadãos, não porque as fere diretamente como ocorria na época do regime de exceção⁷, mas porque não dispõe de meios e estrutura suficientes para salvaguardá-los. Deste modo, o sistema de provas deve evoluir com sociedade, para poder, de forma efetiva, dar respaldo aos conflitos sociais.

Porém, em recente pronunciamento sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o posicionamento garantista dos tribunais brasileiros, ao determinar o trancamento da ação penal decorrente da denominada operação “Castelo de Areia”, em que a polícia federal averiguou a atuação de grupos organizados ligados a crimes contra o sistema financeiro e lavagem de dinheiro.

As investigações haviam indicado o envolvimento da poderosa construtora Camargo Correia que, aparentemente, estava ligada a um forte esquema de corrupção, lavagem de dinheiro e crimes contra o sistema financeiro. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ilegal a instauração de inquérito com base em denúncia anônima e, conseqüentemente, determinou o trancamento da ação penal, mediante o provimento do HC 137.349.

Neste contexto, vale destacar o voto dissidente do Ministro Og Fernandes, que, embora de forma isolada, foi favorável ao prosseguimento da ação penal. Registre-se, no entanto, que o ministro não se manifestou favorável à utilização de provas colhidas ao arrepio da legislação diante da excepcionalidade do caso, mas apenas considerou lícitas as provas colhidas durante a operação “Castelo de Areia”, uma vez que entendeu serem proporcionais e suficientes as diligências

⁷ Embora ainda ocorram transgressões das garantias fundamentais pelo Estado, o panorama é outro. As liberdades individuais atualmente estão muito mais vulneráveis em razão da omissão do Estado do que por sua atividade violadora direta.

preliminares realizadas pela polícia federal antes da colheita das provas mais invasivas.

Contudo, o HC foi concedido e, desta forma, a sociedade é obrigada a conviver com mais uma impunidade enquanto a Justiça brasileira privilegia os criminosos com a expedição de salvo-conduto para o cometimento de crimes em prol das “intocáveis” garantias individuais dos investigados.

2.8. PROIBIÇÃO À PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE COMO OBJETO DE LEGITIMAÇÃO DO ESTADO

A noção de liberdade afeta à ideia de que o homem é livre por natureza e senhor de seu próprio destino existe desde os tempos mais remotos. Contudo, a própria vida em sociedade pressupõe uma mitigação deste conceito. É que, como já sustentava Hobbes, o homem social deve ceder parte de suas liberdades individuais para se submeter ao poder de um ente coletivo denominado Estado.

Vale destacar que o homem naturalmente livre nos termos do conceito acima descrito é incapaz de conviver em comunidade, pois admitir que o indivíduo seja, ilimitadamente, seu próprio senhor é o mesmo que lhe dar poderes para adotar qualquer tipo de comportamento, o que obviamente acabaria por colidir com os interesses de outros indivíduos.

Neste contexto, para evitar que os mais fortes ou mais numerosos impusessem suas ambições aos demais, criou-se a figura do Estado para regulamentar e direcionar as ações de seus membros individuais de modo que ninguém pudesse se valer de vantagem física ou numérica para transgredir interesses alheios em prol de suas próprias vontades.

Assim, o Estado surgiu para assegurar aos cidadãos o pleno gozo de seus direitos individuais, livre de indesejáveis interferências de terceiros. Deste modo, o aparente paradoxo de ceder parte das liberdades para ter asseguradas as

próprias liberdades singulares, representa a base de qualquer organização estatal. Vale dizer, os indivíduos somente aceitaram se submeter às regras do Estado e, portanto, a ceder parte de suas liberdades individuais, na condição de que este ente poderoso pudesse lhes assegurar os direitos que não foram abdicados para a vida em sociedade.

Neste aspecto, aliás, de se ressaltar que até mesmo Locke, expoente das teorias liberalistas de garantias individuais em face do Estado, não nega a função deste ente de proporcionar segurança aos cidadãos no gozo de seus direitos. Neste sentido:

Se o homem, no estado de natureza é tão livre, como foi dito. Se ele é o senhor absoluto de sua pessoa e de seus bens, igual ao maior e sujeito a ninguém, porque ele abriu mão de sua liberdade? Por que ele desistiria desse império, e sujeitar-se-ia a dominação e controle de um outro poder? A resposta é óbvia, pois apesar de ter, no estado de natureza, o direito, o seu gozo é muito incerto e constantemente exposto à invasão de outros, pois todos são reis como ele. Todo homem é igual e muitos deles não são observadores atentos da equidade e da justiça, então o uso da propriedade que ele tem nesse Estado é muito incerto e muito inseguro. Isso faz com que ele abandone uma condição que, embora livre, é cheia de medos e perigos contínuos e não é por outra razão que ele procura e está disposto a unir-se em sociedade com outros, que já estão unidos, ou tem a intenção de fazê-lo, para a preservação mútua de suas vidas, liberdades e propriedades, o que eu chamo pelo nome genérico, *propriedade*. (LOCKE, apud BALTAZAR JR., 2009, p. 187).

É que a teoria liberal de Estado, que está ligada à noção de mínima interferência, não se contrapõe ao dever deste de assegurar a liberdade a seus membros individuais. Ao contrário, as noções se complementam, de tal modo que é imperioso concluir que o dever de promover a segurança é compatível com os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, destinados a frear a interferência do aparelho estatal na vida particular dos indivíduos.

O caráter subjetivo dos direitos fundamentais, expresso na proibição de que o Estado interfira na vida particular dos indivíduos, e o caráter objetivo, impresso nestes mesmos direitos a partir da evolução das relações sociais, que, ao revés, reclama uma postura positiva do ente estatal para promover a proteção destes em relação a particulares, são, portanto faces de uma mesma moeda.

Dessa forma, o direito à segurança está implícito na própria razão de ser do Estado, de modo que ainda que não estivesse expressamente previsto, estaria garantido pela Constituição por ser decorrência lógica da efetividade das demais garantias individuais, além de representar a própria finalidade para a qual o Estado foi instituído.

Esta é, por exemplo, a realidade do atual Estado Alemão em que, não obstante a ausência de expressa menção constitucional ao direito de segurança, este deve ser assegurado pelo Estado em razão de ser considerado um pressuposto para a salvaguarda das garantias individuais.

É de se registrar, no entanto, que as constituições brasileiras sempre previram, conforme, aliás, ocorre na atual Carta Política nos artigos 5º e 144, o direito à segurança pública, que deve ser promovida pelo Estado. Assim, extrai-se do ordenamento jurídico nacional que o Estado tem o dever de oferecer aos indivíduos, instrumentos eficientes de combate ao crime que se exteriorizam na figura do processo efetivo, capaz de reprimir o futuro cometimento de delitos em prol da ordem social. Trata-se da vedação à proteção penal insuficiente.

Sobre o princípio da eficiência da proteção penal, aliás, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA. ROUBO QUALIFICADO. QUADRILHA ARMADA. ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI DA AÇÃO CRIMINOSA. PRINCÍPIOS VERSUS GARANTIAS. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL NEGADA. DESCABIMENTO. I - Manutenção da custódia preventiva fundamentada na garantia da ordem pública e, em especial, diante do modus operandi da ação criminosa. II - Necessidade da segregação demonstrada e que, no âmbito cognitivo do recurso apresentado, não se demonstra ilegal. III - Princípios garantidores contra o arbítrio coexistem com princípios de proteção penal eficiente. IV - Embargos não conhecidos. V - Conversão em agravo regimental negada por falta de previsão legal. Precedentes. (STF – PRIMEIRA TURMA – HCED 90138/PR, LEWANDOWSKI, Ricardo).

De se reconhecer, portanto, que está a cargo do Estado proporcionar uma proteção penal eficiente que seja satisfatória o bastante para assegurar o

mínimo de segurança aos cidadãos que lhe entregaram sua parte de liberdade individual em prol do convívio em sociedade, pois existe uma perspectiva destes de que o Estado lançará mão de seu escudo, quando necessário, para protegê-los da criminalidade. Por outro lado, a frustração desta expectativa além de gerar insegurança, abala a normalidade das atividades em sociedade.

Aliás, importante frisar que a promoção da ordem social é pressuposto para a plena aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, como fundamento da República, pois não há como se imaginar seres dignos em uma sociedade caótica, desprovida de um mínimo de paz e proteção.

Neste diapasão, ainda, não é muito lembrar que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos que foi inserida ao ordenamento doméstico pelo decreto 678/92. Referido diploma internacional prescreve em seu artigo 2º o dever das nações signatárias de garantir, por meio da adoção de política de proteção aos direitos humanos o gozo das garantias fundamentais dentro de seu território, que devem ser assegurados por meio de um processo eficiente.

Vale dizer, o tratado não impõe somente um dever de abstenção do Estado quanto à violação dos direitos humanos, mas lhe exige uma postura positiva no sentido de dar plena efetividade aos direitos fundamentais dos cidadãos, dentro de critérios de razoabilidade.

Aliás, é entendimento pacífico da Corte Interamericana de Direitos Humanos que o Estado-parte também é responsável por atos negativos que violem os direitos humanos. Este posicionamento foi sustentado no emblemático caso contencioso *Velasquez Rodriguez vs. Honduras* em que o Estado de Honduras tentou se eximir do sequestro e desaparecimento de um jovem estudante sob o argumento de que o agente estatal responsável pelo ocorrido havia agido em desobediência às regras do Estado, de modo que este não poderia ser punido.

Na oportunidade, a Corte emitiu pronunciamento em que não só responsabilizou o Estado de Honduras pelos fatos, como, ainda, deixou claro que os Estados-partes estão obrigados a adotar políticas de prevenção contra a prática de atos que violem os direitos humanos dentro de seus limites geográficos, inclusive aqueles praticados por particulares.

Assim, conclui-se que o dever do Estado de viabilizar aos indivíduos instrumentos eficazes no combate à criminalidade com o fim de promover a ordem social e, conseqüentemente, o gozo dos direitos e garantias fundamentais como forma de ascensão dos direitos humanos é compromisso internacional do Estado brasileiro. Ademais, a obrigação encontra amparo na própria Constituição da República, de modo que é constitucionalmente vedado ao Estado prestar uma proteção penal insuficiente.

Deste modo, o Estado deve permanecer entre a proibição de excesso e a proibição da proteção insuficiente. Há quem sustente que ambas as teorias apontam para um mesmo foco, de modo que o ponto de encontro entre elas seria a postura a ser tomada pelo Poder Público.

No entanto, este pensamento é muito simplista e não propõe uma solução consistente para os conflitos sociais. A proibição do excesso está vinculada à ação do Estado, que não pode se valer de meios demasiadamente invasivos e desnecessários. Por outro lado, a teoria da proibição da proteção insuficiente relaciona-se com a inação do Poder Público, que não poderá ser inerte ao ponto de deixar que particulares desrespeitem os direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, as teorias não se confundem.

Portanto, o aparelho estatal deve manter-se, ao mesmo tempo, além do limite de insuficiência e aquém do excesso. Contudo, entre estes dois pontos existem inúmeras medidas intermediárias de nível de eficiência variado, que poderão ser adotadas pelo Estado.

Ainda no que diz respeito à proteção penal, calha mencionar as teorias do funcionalismo penal, adotadas sob perspectivas opostas por Günther Jakobs e Claus Roxin.

O primeiro jurista propõe um funcionalismo sistêmico-teórico, segundo o qual a aplicação do direito deve pautar-se pela dogmática científica sem que haja qualquer influência de fatores externos à ciência. Não há, portanto, ou não deveria haver nuanças empíricas e pragmáticas na aplicação do direito.

Roxin, por sua vez, defende um funcionalismo racional-final, para o qual a ciência do direito deve sim se pautar pela dogmática científica a fim de evitar arbitrariedades em sua aplicação. Contudo, há a possibilidade de alteração destes

dogmas em razão da modificação fática externa, uma vez que a aplicação do direito deve expressar uma relação de simbiose entre a ciência penal e as políticas criminais. Assim, uma solução cientificamente adequada, mas que não gera um resultado prático desejável não merece ser adotada (BALTAZAR JR, 2010 p. 88-89).

A par das teorias mencionadas, é de se destacar o surgimento de duas escolas contrapostas, que exprimem uma proposta de aplicação penal de “velocidades” diversas.

De um lado, a teoria do Direito Penal Liberal adotada pela escola de Frankfurt, segundo a qual a finalidade precípua do Direito Penal não é o combate ao crime, mas a criação de um limite ao poder de punir do Estado, de modo que as regras penais representam direitos subjetivos do réu, que não pode sofrer reprimenda mais voraz que a prevista.

Assim, esta corrente despreza totalmente o caráter de controle da criminalidade do Direito Penal, de modo que mostra-se inconsistente. É que se o Direito Penal tivesse como única finalidade frear o Estado, melhor seria que nem mesmo existisse, pois, nesta hipótese o indivíduo poderia gozar do grau máximo de liberdade.

Em posição diametralmente oposta, encontra-se a teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida por Jakobs, para quem os autores de determinados crimes devem ser taxados como verdadeiros inimigos do Estado, de forma que perdem o *status* de pessoas e os direitos a elas inerentes.

A teoria, no entanto, afigura-se inconstitucional na medida em que fere o princípio da presunção de inocência, a dignidade da pessoa humana e os pressupostos mínimos de um Estado Democrático de Direito.

O que se propõe, portanto, é uma postura intermediária em que o Direito Penal acompanhe a evolução da sociedade e se amolde às novas formas de conflitos que aparecem, de modo a dar uma resposta eficiente e proporcional ao mesmo tempo.

É de se reconhecer, portanto, que, quando o princípio da inutilização das provas ilícitas for óbice a uma tutela penal satisfatória do Estado, que possa

garantir a segurança pública, há que prevalecer este último dever em detrimento da garantia individual do acusado, já que de muito maior relevância.

Neste contexto, importante ressaltar que o crime organizado, em razão de suas características próprias, coloca em risco a ordem social e, por vezes, até a própria estrutura do Estado, de modo que é plenamente justificável que provas ilícitas sejam, excepcionalmente, utilizadas no combate a este tipo de criminalidade, pois o bem jurídico que se pretende tutelar também encontra amparo constitucional e é mais importante que as garantias individuais dos integrantes do grupo.

2.9. AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

A sentença penal condenatória torna certo o dever de reparar o dano causado pelo crime, conforme prescreve o artigo 91, inciso I, do Código Penal. Neste contexto, importante ressaltar que tal particularidade é efeito automático da sentença, de modo que independe do juiz expressamente consigná-la em sua decisão.

Ademais, o artigo 475-N, II, do Código de Processo Civil prescreve que a sentença penal condenatória transitada em julgado é título executivo judicial, razão pela qual a vítima do crime pode, em posse da sentença penal condenatória, executá-la no seara cível.

A regra buscou prestigiar o princípio da economia processual, pois se já houve discussão na esfera penal sobre a ocorrência do fato e a culpa do agente, não parece razoável que a vítima tenha que rediscutir tais pontos na esfera cível para ser indenizada, pois estes assuntos já foram pacificados no processo crime. Obviamente, entretanto, é indispensável que a sentença criminal já tenha transitado em julgado, pois, caso contrário, a discussão ainda estaria *sub judice*.

Aliás, a própria redação do artigo 63 do Código de Processo Penal, que trata da ação civil *ex delicto*, e do artigo 475-N, II, do Código de Processo Civil

mencionam o trânsito em julgado da sentença condenatória como condição para que a decisão tenha executoriedade também no âmbito cível. Assim, transitada em julgado a sentença que condenou o réu, somente persiste na esfera cível a discussão sobre o *quantum* indenizatório. Todas as demais questões estão abrangidas pelo manto da coisa julgada.

Por outro lado, é de se ressaltar que a Lei nº 11.719/2008, que introduziu o parágrafo único ao artigo 63 e modificou a redação do inciso IV do artigo 387, ambos do Código de Processo Penal, estipulou que, não obstante ao efeito automático da sentença de tornar certa a obrigação de reparar o dano, o magistrado deve, ainda, fixar na própria decisão penal o valor mínimo da indenização.

Assim, a partir de 2008, o juiz criminal tem o dever de mencionar o valor dos danos causados pelo crime e, desde já, fixar um mínimo indenizatório, ao qual o juiz cível estará vinculado. Neste diapasão, importante ressaltar tratar-se de um dever do juiz criminal, não mera faculdade, pois o artigo 387 impõe ao magistrado a obrigação de fixar o valor mínimo da reparação civil ao proferir a sentença penal condenatória.

Contudo, há que se destacar que o montante é arbitrado em favor dos legitimados à propositura da ação civil *ex delicto*, de modo que, caso estes entendam que o crime lhes ocasionou prejuízo maior, poderão reabrir a discussão na esfera cível em relação ao *quantum* indenizatório, a fim de majorá-lo.

Nesta hipótese, a quantia fixada na sentença penal pode ser executada, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido, conforme prescreve o parágrafo único do artigo 63 do Código de Processo Penal.

Deste modo, as vítimas e seus herdeiros possuem duas opções: 1) contentes com o valor arbitrado na sentença penal condenatória, podem, desde já promover a execução civil do valor mencionado; ou 2) inconformados com o valor fixado, poderão promover nova liquidação para majorar o montante, com a observação de que o magistrado da vara cível não poderá diminuir a indenização estipulada na sentença criminal. Note-se, no entanto, que em ambos os casos não haverá discussão quanto ao dever de indenizar. Ao contrário, o embate se restringirá apenas ao valor da indenização.

Contudo, diante da conclusão de que as provas ilícitas podem, excepcionalmente, ser admitidas para uma condenação penal, urge analisar se a sentença condenatória que se funda em tais provas também faz coisa julgada no cível.

À primeira vista, a sentença geraria todos os seus efeitos, dentre os quais o de tornar certa a obrigação de indenizar, pois trata-se de efeito automático e o artigo 91, inciso I, do Código Penal não faz qualquer ressalva em sentido contrário. Da mesma forma, o artigo 475-N, II, do Código de Processo Civil também não estabelece qualquer exceção em que a sentença penal condenatória não poderia ser considerada título executivo.

Assim, qualquer condenação penal geraria o dever de reparação dos danos causados pelo crime e valeria como título executivo. Todavia, há que se ter em mente que a redação dos artigos mencionados foi projetada em um sistema normativo que inadmite a utilização de provas ilícitas, de tal modo que o legislador não se preocupou com a hipótese de sentença penal condenatória fundada em tais evidências. Isso simplesmente porque não haveria esta possibilidade.

Deste modo, imperioso concluir que a regra da executoriedade da sentença penal no juízo cível foi estabelecida exclusivamente para os casos previstos pelo legislador no momento da confecção da norma. Vale dizer, os preceitos normativos em comento foram criados sob a premissa de que a sentença penal condenatória somente poderia estar fundada em provas lícitas.

Porém, como forma de resguardar bens jurídicos mais relevantes, defende-se que, excepcionalmente, as provas ilícitas possam ser utilizadas como fundamento para a condenação penal. O argumento é o de que quando existirem duas normas de mesma hierarquia constitucional em confronto, há que preponderar a de maior relevo, sem que uma anule a outra. Para tanto, deve-se lançar mão dos meios adequados e estritamente necessários ao alcance do referido resultado.

Ora, é evidente que o bem jurídico a que se busca dar efetividade no processo penal é diverso daquele protegido pela norma civil que embasa a ação de reparação de danos. Enquanto no primeiro caso se busca a punição dos transgressores das normas penais como forma de proteção aos bens jurídicos por elas tutelados, no último, o que se pretende é o ressarcimento dos danos

experimentados. Busca-se, pois, como regra, a recomposição do patrimônio da vítima.

Assim, não há fundamento para que as provas ilícitas sejam utilizadas na ação de reparação civil de danos, pois, por mais relevante que seja o patrimônio da vítima, este não pode sobrepujar às garantias individuais do investigado. Deste modo, a aplicação do postulado normativo da proporcionalidade terá efeito inverso, pois, neste caso, o bem jurídico de maior importância é justamente aquele tutelado pelo princípio da inutilizabilidade das provas ilícitas.

Ocorre que na ação civil *ex delicto* a fase de conhecimento do processo penal aproveita ao processo civil, de modo que o estado de certeza do magistrado já foi aperfeiçoado durante a persecução penal. Basta, pois, na sequência dar início aos atos de execução. Desta forma, a prova ilícita, caso tenha sido utilizada para embasar a condenação penal, já foi utilizada como elemento de convicção para o magistrado.

Contudo, conforme já explanado, a utilização das provas ilícitas deve ser uma medida excepcional que tenha como único intuito resguardar bens jurídicos de maior relevância. Assim, por ser uma medida extraordinária, sua incidência merece ser limitada estritamente aos casos em que haja risco de perecimento de um direito mais importante que a própria proibição destas provas.

Tendo em vista que o que se busca na ação civil *ex delicto* é apenas a reparação do patrimônio da vítima, não há razão para que a prova ilícita possa ser utilizada. Vale dizer, estas evidências foram admitidas no processo penal exclusivamente para assegurar a integridade de um bem jurídico que não é objeto da ação civil. Deste modo, não se pode pretender expandir a aplicação destas provas ao âmbito da responsabilidade civil, já que se trata de uma medida excepcional e que, portanto, somente comporta interpretação restritiva.

Nada obsta, entretanto, que a vítima proponha ação civil de conhecimento para que, por outros meios, consiga provar os danos suportados e, conseqüentemente, tenha os prejuízos indenizados. O dever de indenizar, porém, não emerge automaticamente da condenação penal.

Neste contexto, o magistrado da vara criminal, que, de acordo com o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, está obrigado a fixar um valor mínimo

para a indenização dos danos causados pelo crime quando da prolação da sentença condenatória deve expressamente fundamentar que deixa de estipulá-lo pelos motivos já transcritos. Importante, no entanto, que o juiz se manifeste expressamente sobre a matéria, sob pena de desobediência ao artigo mencionado.

Por outro lado, a absolvição penal também pode gerar consequências no âmbito cível. É que a sentença penal absolutória obsta a futura propositura de ação civil de reparação de danos relacionados ao delito em determinados casos. São hipóteses em que a fase de conhecimento no processo penal também aproveita à ação civil.

Com efeito, quando o réu for absolvido com fundamento na inexistência do fato (artigo 386, I, CPP); na não concorrência para a infração penal (artigo 386, IV, CPP), ou em razão da existência de circunstâncias que excluam o crime (artigo 386, VI, primeira parte, CPP), não será possível à vítima intentar ação civil de reparação de danos contra o réu.

Contudo, se a prova de uma destas circunstâncias foi obtida por meios ilícitos, também não há razão para que o veredicto penal se estenda ao âmbito cível. É que, conforme já sustentado, a prova ilícita somente foi aceita no processo penal para resguardar o direito de liberdade do acusado. Contudo, o *status libertatis* não está sob apreciação no processo de reparação civil de danos, de modo que não pode o réu querer estender a incidência daquelas provas ao processo civil.

Há que se ressaltar, no entanto, que o ônus da prova na ação civil será daquele que a propuser, nos termos do artigo 333, I, do CPC, de modo que, se o conjunto probatório for frágil, a decisão lhe será desfavorável. Assim, tendo em vista que, conforme já restou apurado no processo penal, ainda que por meio de provas ilícitas, inexistiu o fato, não foi o réu o autor do crime ou existirem causas de exclusão do crime, parece pouco provável que o autor da ação civil tenha sucesso em sua pretensão. Contudo, não deve haver impedimento para que a vítima proponha a ação de reparação de danos.

3. CONCLUSÃO

A criminalidade organizada é um fenômeno que merece atenção especial em razão de suas consequências calamitosas para o convívio em sociedade. Neste contexto, de extrema importância que se estabeleça um conceito de crime organizado para que se possa diagnosticá-lo no caso concreto e, desta forma, dispensar-lhe tratamento adequado.

A lei 9.034/95 introduziu ao ordenamento jurídico brasileiro formas de repressão a esta forma de criminalidade. Contudo, o diploma foi omissivo no que diz respeito à definição do fenômeno. Por este motivo, não faltaram críticas dos doutrinadores, que chegaram, inclusive, a defender a inutilização da lei.

Contudo, não parece razoável que a simples inexistência de uma definição legal tenha o condão de colocar em risco a aplicabilidade do diploma normativo. Ocorre que, embora não houvesse conceito legislativo a respeito do tema, é certo que a criminalidade organizada é um fenômeno que pode ser observado no dia-a-dia da sociedade brasileira.

Assim, a definição deveria ser extraída da própria sociedade. Neste contexto, surgiram três critérios para que fosse estabelecida uma conceituação da expressão “associações ou organizações criminosas de qualquer tipo”, prevista no artigo 1º da Lei 9.034/95.

O primeiro critério é o criminológico pragmático que preconiza estar configurada a atuação do crime organizado quando a ação advier de determinados grupos previamente considerados organizados. O segundo, diz respeito à eleição de um rol de crimes que, se cometidos em concurso de três ou mais pessoas, configuraram ação de associação organizada. Por fim, o último critério é o da verificação de, no mínimo, três características do fenômeno.

No entanto, nenhum dos critérios isoladamente mostrou-se suficiente, razão pela qual a solução proposta foi a mescla de todos eles. A partir de 2004, porém, entrou em vigor no Brasil a Convenção de Palermo, que instituiu um conceito

legal para o fenômeno, a partir do que passou a ser seguida a definição estabelecida pela própria convenção.

Por outro lado, uma vez estabelecido o conceito do que se entende por crime organizado, tendo em vista a dificuldade estatal de aniquilá-lo e as consequências que traz para a sociedade, o que se propõe é a utilização, excepcional, das provas obtidas por meios ilícitos para embasar a condenação penal de seus integrantes, a fim de desarticular a criminalidade ordenada e promover a segurança pública.

É que a segurança pública é um verdadeiro dever legitimador do Estado, pois os indivíduos submetem-se as regras estatais com o único fim de ter as liberdades singulares asseguradas. Assim, quando for necessário à segurança e à ordem pública, o Estado deve lançar mão até mesmo de provas obtidas por meios ilícitos para dar efetividade à tutela penal.

Surge, pois, a necessidade de se definir o que são provas ilícitas. Com efeito, estas são gênero do qual sobressaem as provas ilícitas em sentido estrito e as provas ilegítimas. A expressão constitucional “obtidas por meios ilícitos”, constante do artigo 5º, LVI, da Carta Política deve ser interpretada extensivamente para abranger não só as provas ilícitas estrito senso, mas todas aquelas contrárias ao direito, de modo que nelas estejam também inseridas as provas ilegítimas.

Da mesma forma, são proibidas as provas ilícitas por derivação, ou seja, aquelas provas obtidas licitamente, mas em decorrência de outras evidências ilícitas. Trata-se de uma vedação subsidiária extraída de um raciocínio lógico da interdição constitucional do uso de provas ilícitas, pois, do contrário, a proibição seria inócua.

Contudo, em relação a estas últimas existem casos expressos em que se permite sua utilização, conforme prevê o artigo 157, § 1º do Código de Processo Penal. São as denominadas teorias da fonte independente e da descoberta inevitável, que expressam situações em que o liame entre a prova originária e a derivada foi quebrado.

Por outro lado, a ilicitude da prova deve ser analisada de maneira objetiva, porquanto não se pode conceber que algo seja autorizado pelo direito e ilícito ao mesmo tempo. Assim, as provas que transgridam direitos materiais ou

processuais dos acusados, mas colhidas com amparo no postulado normativo da proporcionalidade não devem ser consideradas ilícitas nos casos específicos em que podem ser utilizadas.

No entanto, não é essa a denominação que a doutrina dá a elas, de forma que, para melhor identifica-las, referiu-se a elas neste trabalho pela classificação “provas ilícitas”.

No contexto histórico da evolução dos sistemas de provas adotados, verifica-se que estes estão umbilicalmente ligados à realidade social da civilização em que são aplicados. Deste modo, a teoria da prova deve evoluir com a sociedade em que será aplicada para poder dar melhor respaldo aos conflitos nela existentes.

Assim, a visão garantista processual brasileira deve ser revista, pois o sistema de provas adotado no Brasil prende-se a uma realidade social diversa da que se vive atualmente. A teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas foi criada em momento conturbado, após longos anos de ditadura militar. Razoável, portanto, que o constituinte tentasse resguardar de forma mais veemente as liberdades públicas recém-conquistadas.

Porém, a salvaguarda dos direitos constitucionais deve levar em consideração medidas aptas a viabilizá-los não somente aos réus em processos criminais, mas à toda a sociedade brasileira e, quando o direito do acusado esbarrar em garantias constitucionais da sociedade, deve prevalecer o interesse jurídico de maior valor.

Com efeito, a atual conjuntura é a de um Estado hipossuficiente que perde espaço para atuação de facções criminosas, grupos ligados ao narcotráfico e à criminalidade organizada em geral, de sorte que não se justifica a rigidez com a qual é tratada a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas.

A doutrina e jurisprudência estrangeiras se desenvolveram no sentido de admitirem, excepcionalmente, as provas ilícitas em casos em que outro direito de maior relevância deva ser resguardado. É a aplicação da teoria da proporcionalidade, que, embora não seja expressa, está presente também na Constituição Federal brasileira.

O postulado normativo da proporcionalidade, por sua vez, deve ser analisado sob três ângulos: adequação, necessidade e razoabilidade. Deste modo, uma vez preenchidos seus requisitos, deve ser aplicado para mitigar a inutilizabilidade das provas ilícitas, pois trata-se de postulado normativo constitucional. Concluí-se, pois, que sua aplicação é juridicamente viável no ordenamento pátrio.

Contudo, os tribunais brasileiros tem posicionamento mais garantista e praticamente só contemplam o uso das provas ilícitas se em favor do réu. A aplicação da teoria da proporcionalidade, portanto, tem sido indevidamente restringida.

Vale destacar, porém, que o postulado deve ser utilizado independentemente de prejuízo ou favorecimento ao réu. O que se deve ter em mente é que o valor jurídico de maior relevância deve prevalecer. Somente assim o combate ao crime ganharia efetividade, para que conseqüentemente se alcançasse a pacificação social.

Urge, pois, que o postulado normativo da proporcionalidade passe a ser aplicado com mais regularidade pelos tribunais, para que, então, a sociedade brasileira se veja amparada contra a crescente criminalidade, em especial contra as organizações criminosas, que colocam em risco a própria estrutura estatal.

Por fim, importante frisar que por se tratar de medida excepcional, a utilização da prova ilícita deve ser interpretada de maneira restritiva, de sorte que a condenação penal baseada em provas ilícitas não deve se estender à esfera cível, para tornar certo o dever de indenizar. É que o bem jurídico tutelado no processo civil é diverso daquele protegido pelo processo penal, de forma que há que se lhes dispensar tratamento condizente com a relevância de cada um deles.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. São Paulo, Saraiva, 1994.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2004.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed., 1999

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2010.

_____. **Limites Constitucionais à Investigação. O conflito entre o direito fundamental à segurança e o direito de liberdade no âmbito da investigação criminal**. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo, Editora Saraiva, 12ª Ed., 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 3ª Ed, 2002.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime Organizado e Organizações Criminosas**. Curitiba, Juruá Editora, 2009.

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. **Crime Organizado e seu Tratamento Jurídico Penal**. Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 11ª Ed., 2010.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Campinas, Editora Bookseller. 2ª Ed. 2001.

MELLADO, José Maria Asencio. **La Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso Penal**. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. 2008.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas, Editora Bookseller. 5ª Ed. 2008.

MOARES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. Editora Jurídico Atlas. 7ª Ed. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 8ª Ed. 2008.

QUEROBIM, Eduardo. **Lei 11.690/08 e a Regulamentação do Inc. LVI do Art. 5º da Constituição Federal – a inadmissibilidade processual das provas**. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - Revista Jurídica julho/dezembro 2008 – Reforma Processual Penal – procedimentos e provas.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 5ª Ed, 2007.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado Procedimento Probatório**. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2ª Ed., 2009.