

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

CRISTIANO FRANKE CHEONG

**A LEGITIMIDADE DA PROVA OBTIDA POR MEIO DA INFILTRAÇÃO
DE AGENTES NOS CRIMES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E DE
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS**

**CURITIBA
2009**

CRISTIANO FRANKE CHEONG

**A LEGITIMIDADE DA PROVA OBTIDA POR MEIO DA INFILTRAÇÃO
DE AGENTES NOS CRIMES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E DE
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. José Laurindo de Souza Neto.

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

CRISTIANO FRANKE CHEONG

A LEGITIMIDADE DA PROVA OBTIDA POR MEIO DA INFILTRAÇÃO
DE AGENTES NOS CRIMES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E DE
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____
José Laurindo de Souza Neto

Avaliador: _____

Curitiba, de dezembro de 2009.

“(...) a história dos julgamentos é uma história de erros; e não só de erros, mas também de sofrimentos e abusos, todas as vezes em que no processo se fez uso de medidas instrutórias diretamente aflitivas, da tortura até o moderno abuso da prisão preventiva. (...) O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros da justiça sumária é o fato que ele persegue, em coerência com a dúplice função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes. É essa segunda preocupação que está na base de todas as garantias processuais que circundam o processo e que condicionam de vários modos as instâncias repressivas expressas pela primeira. A história do processo penal pode ser lida como a história do conflito entre essas duas finalidades, logicamente complementares, mas na prática contrastantes.”

Luigi Ferrajoli

Direito e razão: teoria do garantismo penal, 2ª ed., São Paulo: RT, 2006.

SUMÁRIO

| | |
|---|-------------|
| EPÍGRAFE | iv |
| RESUMO | vii |
| ABSTRACT | viii |
| INTRODUÇÃO | 1 |
| 1. PARADIGMAS ATUAIS PARA A MANIFESTAÇÃO DO PODER ESTATAL NA RESTRIÇÃO DE DIREITOS | 3 |
| 1.1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 3 |
| 1.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS | 8 |
| 1.2.1. Conceito | 8 |
| 1.2.2. Evolução e Dimensões..... | 10 |
| 1.2.3. Eficácia..... | 14 |
| 1.3. PROCESSO COMO INSTRUMENTO DA ATUAÇÃO ESTATAL E RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 17 |
| 1.3.1. Jurisdição e processo..... | 18 |
| 1.3.2. A Garantia do Devido Processo Legal..... | 20 |
| 1.3.2.1. O Devido Processo Legal Processual | 22 |
| 1.3.2.2. O Devido Processo Legal Substancial | 23 |
| 2. A VALIDADE DA PROVA OBTIDA POR MEIO DA INFILTRAÇÃO DO AGENTE POLICIAL | 28 |
| 2.1. FUNDAMENTO LEGAL..... | 28 |
| 2.2. REQUISITOS | 30 |
| 2.2.1. Procedimento formal, indícios e necessidade | 33 |
| 2.2.2. Manifestação do Ministério Público | 34 |

| | |
|---|-----------|
| 2.2.3. Autorização Judicial Prévia, Descrição Detalhada dos Meios de Prova e das Ações e Comportamentos dos Agentes | 35 |
| 2.2.3.1. Descrição Detalhada dos Meios de Prova..... | 37 |
| 2.2.3.2. Descrição das Ações e Comportamentos dos Agentes..... | 41 |
| 2.2.4. Prazo e Procedimento | 43 |
| 2.3. A VALIDADE DA PROVA OBTIDA PELA INFILTRAÇÃO DE AGENTES..... | 49 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 52 |
| REFERÊNCIAS..... | 54 |

RESUMO

Este trabalho apresenta os requisitos mínimos que devem ser observados pela autoridade judicial para o deferimento da infiltração de agentes como meio de prova em investigações destinadas à apuração de crimes organizados e de tráfico ilícito de drogas. A infiltração de agentes está prevista no art. 2º, inciso V, da Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034/95) e no art. 53, inciso I, da Lei de Tóxicos (Lei n. 11.343/06). Nas duas disposições legais, estabeleceu-se a obrigatoriedade da autorização judicial para a sua utilização, sem a fixação de parâmetros de orientação ao magistrado, havendo inúmeros questionamentos, principalmente, relacionados à violação aos direitos fundamentais, notadamente, da intimidade e da vida privada. A solução para o problema reside na observância aos paradigmas do sistema constitucional brasileiro e ao devido processo legal substancial do direito norteamericano, podendo fazer-se, também, a verificação da adequação e da necessidade da medida, segundo doutrina dos direitos fundamentais, de Robert Alexy. Observando os critérios referidos e os requisitos elencados no capítulo 2, estar-se-á diante de elemento probatório legítimo a ser utilizado para fundamentar eventual decisão condenatória.

Palavras-Chave: direitos fundamentais – infiltração de agentes – validade da prova.

ABSTRACT

This paper presents the minimum requirements to be observed by the court to grant the infiltration of agents as evidence for the investigation of organized crime and trafficking in narcotics. Infiltration of agents is provided in article 2, item V, of the Organized Crime Law (Law 9034/95) and in article 53, item I, of the Toxic Law (Law 11.343/06). In the two laws, established judicial authorization for their use without setting parameters guide the magistrate, with countless issues, especially relating to the violation of fundamental rights, notably, of intimacy and privacy. The solution to the problem is in the observance of the paradigms of Brazilian constitutional system and checking the suitability and necessity of the measure, according to the doctrine of fundamental rights by Robert Alexy. Noting the above criteria and requirements listed in Chapter 2, be will be faced with conclusive evidence that could be used to support any sentencing.

Keywords: fundamental rights - infiltration of agents - validity of evidence.

INTRODUÇÃO

O art. 2º, inciso V, da Lei n. 9.034/95, que trata do crime organizado, e o art. 53, inciso I, da Lei n. 11.343/06, que trata do tráfico ilícito de drogas admitem a infiltração de agentes como meio de prova.

Em nenhuma das duas leis acima citadas se faz referência ao procedimento que poderá ser adotado pelos agentes durante a infiltração, o prazo de duração da medida e a sua responsabilidade penal, no caso de cometerem crimes durante a operação.

Por essa razão, surgem inúmeras dúvidas acerca da legitimidade de uma decisão condenatória que eventualmente se fundamente em elementos de prova colhidos por esse meio probatório.

Daí surgiu a nossa preocupação em abordar o tema, tomando em consideração que a autorização judicial – um dos requisitos necessários para a infiltração de agentes – impõe o respeito aos paradigmas constitucionais, principalmente, o do Estado democrático de direito (art. 1º, caput); o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III); o dos direitos fundamentais (notadamente referidos no art. 5º, mas apenas nele), que incluem o direito ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e, acima de tudo, à inadmissibilidade de provas ilícitas (incisos LIV, LV e LVI, todos do art. 5º).

Nessa linha, faz-se necessário considerar também que os investigados têm o direito à intimidade e à vida privada, de modo que a infiltração de um agente do Estado na vida íntima e na vida privada de alguém só se justifica diante da demonstração de que a medida é adequada e extremamente necessária, para que

não haja ataque a direitos fundamentais, conquista historicamente obtida com muitas lutas durante séculos, até a derrocada do Antigo Regime, que não se admite no sistema jurídico vigente.

Tocando em tema tão delicado como o dos direitos fundamentais, que requisitos são mínimos para que uma autorização judicial seja concedida para a infiltração de agentes? Que validade têm as provas colhidas por esse meio? Podem sempre fundamentar uma decisão penal condenatória? Se o agente infiltrado cometer um crime, que responsabilidade penal terá? Como a teoria dos direitos fundamentais encontra solução para as questões acima propostas?

Essas são as principais questões que se colocam neste trabalho, que se desenvolverá em dois capítulos.

No primeiro, faremos a apresentação dos paradigmas necessários para justificar a manifestação repressiva do Estado face aos direitos dos indivíduos, alguns já referidos no quarto parágrafo desta introdução.

No segundo, analisaremos os requisitos que devem ser tomados em consideração pelo magistrado para autorizar a infiltração de agentes nos crimes de organização criminosa e daqueles previstos na Lei de Tóxicos.

Esperamos que este pequeno trabalho possa trazer algum esclarecimento, por mínimo que seja, para que restem preservados os direitos fundamentais, conquistados ao longo da história e que resguardam a cada um de nós das arbitrariedades que marcaram as atrocidades cometidas em tempos remotos, sem desconsiderar a adequação e a necessidade da preservação desses mesmos direitos por meio de medidas como a infiltração de agentes, para o combate daqueles que ousam desrespeitá-los, por entregarem-se à atividade criminosa.

1. PARADIGMAS ATUAIS PARA A MANIFESTAÇÃO DO PODER ESTATAL NA RESTRIÇÃO DE DIREITOS

1.1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O art. 1º, da Constituição da República brasileira, consagrou o Estado democrático de direito, que na lição de José Afonso da Silva, não se limita a englobar os conceitos de Estado de direito e democracia, mas vai além, criando um novo conceito.¹

O Estado de direito é produto do Iluminismo. Está relacionado à Revolução Francesa, de 1789, quando se superou o *Ancien Regime*, que concentrava o poder do Estado nas mãos do monarca, tendo como base a teoria do direito divino, criada por Jacques Bossuet e Jean Bodin², cuja manifestação maior se revelou na expressão *L'État c'est moi*, empregada por Luís XIV.

O Iluminismo, denominação dada pela História à evolução nas mais diversas áreas do conhecimento humano, que lançaram o homem para o centro do universo, relativizando a soberania do poder divino³, aliado às transformações sociais,

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p. 123.

² Jean Bodin afirmava em “A República” que “(...) a autoridade do rei se assemelhava à do pai: era por isso ilimitada” e Jacques Bossuet escreveu em “Política Extraída da Sagrada Escritura” que a autoridade do rei era sagrada porque emanava de Deus, de modo que a discussão acerca de sua legitimidade era sacrilégio. Luís XIV foi conhecido como o “Rei-Sol”. ARRUDA, José Jobson de A. e PILETTI, Nelson. *Toda a História: História geral e história do Brasil*, São Paulo: Ática, 1996. p. 168-169.

³ “O Iluminismo (...) ganhou aspecto essencialmente crítico no século XVIII, quando os homens passaram a usar a razão para entenderem a si mesmos no contexto da sociedade. (...) Os iluministas diziam que leis naturais regulam as relações entre os homens, tal como regulam os fenômenos da natureza. Consideram os homens todos bons e iguais; e que as desigualdades seriam provocadas (...) pela sociedade. Para corrigi-las, achavam necessário mudar a sociedade, dando a todos

decorrentes do então insipiente capitalismo que surgia, por meio da instalação das máquinas nas indústrias – movimento esse conhecido como Revolução Industrial – e que provocou alterações nos anseios da população.⁴

Havia questionamentos acerca do exercício do poder soberano do rei. Montesquieu escrevera “O Espírito das Leis”, identificando as três atividades principais do Estado e a necessidade do exercício de cada uma delas por pessoas distintas, reduzindo, assim, o exercício arbitrário do poder estatal.⁵

O abade de Sieyès escreveu “Que é o Terceiro Estado”, referindo-se aos burgueses, comerciantes, camponeses e demais componentes da sociedade civil francesa como os verdadeiros detentores do poder estatal em contraposição à nobreza e ao clero, que gozavam de inúmeros privilégios advindos das riquezas obtidas pelo Estado francês.⁶

Estavam lançadas as bases que contribuíram para a queda do absolutismo e a instalação de um novo modelo de Estado, o Estado de direito, que surge, inicialmente, com a missão de assegurar o exercício pleno das liberdades civis, em sua maior extensão, razão pela qual se adota o modelo liberal, do *laissez faire*,

liberdade de expressão e culto, e proteção contra a escravidão, a injustiça, a opressão e as guerras. O princípio organizador da sociedade deveria ser a busca da felicidade; ao governo caberia garantir *direitos naturais*: a liberdade individual e a livre posse de bens; tolerância para a expressão de idéias; igualdade perante a lei; justiça com na punição dos delitos, conforme defendia o jurista (...) Beccaria. (...). *Idem*. p. 181.

⁴ ARRUDA, José Jobson de A. e PILETTI, Nelson. *Op. cit.*, p. 178.

⁵ A obra foi publicada no ano de 1748 e nela Montesquieu afirmava que a única maneira de se garantir a liberdade exigia a independência das funções legislativa, executiva e judiciária do Estado. *Idem*. p. 181.

⁶ Como relata Alexandre de Moraes: “O titular do Poder Constituinte, segundo o abade Emmanuel Sieyès, (...) é a *nação*, pois a titularidade do Poder liga-se à idéia de soberania do Estado, uma vez que mediante o exercício do poder constituinte originário se estabelecerá sua organização fundamental pela Constituição, que é sempre superior aos poderes constituídos, de maneira que toda manifestação dos poderes constituídos somente alcança plena validade se se sujeitar à Carta Magna” MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2008. p. 26. Em nota de rodapé, Alexandre de Moraes esclarece que o título da obra de Sieyès é “Qu’est-ce que le tiers État?”.

*laissez passer, le monde va de lui meme.*⁷

No Estado de direito liberal ficam estabelecidas três características: (a) primado da lei; (b) delimitação de um conjunto mínimo de direitos e garantias fundamentais; e, (c) separação de poderes.⁸ Nele, surgem inúmeras injustiças decorrentes da inação do Estado, o que permitia que os mais fortes cultural e economicamente prevalecessem sobre os mais fracos. Isso porque a preocupação inicial após a superação do Antigo Regime era a de assegurar a mais ampla liberdade e o exercício de todos os direitos pelos indivíduos, com a atuação mínima em contraposição ao regime anterior, em que a atuação do rei era constante e absoluta.

Com isso, os proprietários das indústrias oprimiam os trabalhadores, fazendo surgir a classe do proletariado. As injustiças sociais originaram vários movimentos em busca da concretização material dos direitos, destacando a necessidade de se assegurar o bem-estar social de todos.

É a partir daí que nasce o Estado social de direito, que supera o abstencionismo estatal do modelo anterior, passando a revelar preocupação com a questão social, buscando atingir um “Estado material de direito”.⁹

Não se nega que o Estado liberal de direito tem importância porque trouxe a

⁷ A frase era de Gournay, que defendia a existência de leis da natureza em torno da economia. ARRUDA, José Jobson de A. e PILETTI, Nelson. *Op. cit.*, p. 182. É importante registrar que muito antes da Revolução Francesa, houve revoluções na Inglaterra e também nos Estados Unidos e que essas revoluções também compõem todo o movimento ocorrido na Europa e que impôs a queda do Antigo Regime.

⁸ “Na origem liberal, como é sabido, o *Estado de direito* era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. **Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de direito**, que configura uma grande conquista da civilização liberal.” (o grifo é nosso) SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 116-117.

⁹ *Idem*. p. 119.

noção de legalidade, limitando a atuação do poder estatal e consagrando um conjunto mínimo de direitos e garantias fundamentais, bem como a separação de poderes; tampouco que o Estado social de direito buscou a superação das omissões do modelo anterior para a concretização do bem comum.

Cada qual dessas estruturas de Estado de direito serviu para a sua época.¹⁰

Contudo, a participação popular efetiva e operante nos destinos do Estado passou a se impor como necessidade. Por isso, evoluiu-se para um modelo de Estado democrático de direito, caracterizado também, e acima de tudo, pelo direito que se dá ao povo de participar – de maneira direta ou indireta, dependendo do modelo de democracia adotado – de forma efetiva nos destinos da nação.¹¹

José Afonso da Silva leciona que “(...) a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de (...) liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, (...), **mas especialmente da vigência de**

¹⁰ José Afonso da Silva destaca que o Estado de direito não se realiza exclusivamente por meio do princípio da legalidade, já que seria possível justificar-se, daí, os Estados totalitaristas. Eis a sua lição: “(...) se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial. Essa doutrina converte o Estado de Direito em mero Estado Legal. Em verdade destrói qualquer idéia de Estado de Direito”. Com relação ao Estado Social de direito, leciona o mesmo autor: “O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social, conforme nota Lucas Verdú, que acrescenta: ‘Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito, o Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social”. *Idem*. p. 118-119.

¹¹ “O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no *caput* do artigo, adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado *princípio democrático*, ao afirmar que ‘todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 23.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22.

condições (...) suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício".¹² (o grifo é nosso)

É essa a noção de democracia, que consiste no meio de concretização dos direitos fundamentais que o povo conquista ao longo de sua evolução social.¹³

No modelo adotado pelo art. 1º, da Constituição Federal, consagrou-se a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, o que impõe a exceção na adoção de qualquer forma de restrição a direitos.

A consagração da dignidade da pessoa humana como valor fundamental se justifica porque é a partir dela que se desenvolvem os direitos fundamentais. Foi a partir da opressão do Estado absolutista sobre os indivíduos que os ingleses obrigaram o Rei João Sem Terra a assinar a *Magna Charta libertatum*, em 1215, consagrando o direito da terra (*law of the land*), que protegia a propriedade e a liberdade, exigindo-se o *due process of law* (devido processo legal), hoje consagrado no inciso LIV, do art. 5º, da Constituição Federal, tema que será objeto de análise no item 1.3.2.

Tratando da dignidade da pessoa humana, leciona Alexandre de Moraes¹⁴ que ela corresponde a um:

"(...) valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*".

É com base na idéia de dignidade da pessoa humana que se desenvolvem

¹² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 124.

¹³ José Afonso da Silva diz que a democracia "(...) é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história". *Idem*. p. 130.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 22.

vários direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à vida, o direito à intimidade, à vida privada, e, sobretudo, o da liberdade.

1.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.2.1. CONCEITO

Os direitos fundamentais correspondem a um dos principais temas da atualidade do direito¹⁵ e são definidos, por Alexandre de Moraes, como “conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal (...).”¹⁶

São, em síntese, direitos mínimos que devem ser assegurados a toda pessoa, em razão de sua condição humana, que podem ser conhecidos sob várias nomenclaturas, além de terem o seu rol ampliado de acordo com a evolução social¹⁷

¹⁵ José Augusto Delgado, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, menciona em artigo intitulado “A Evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia” que: “Há unanimidade no entendimento dos doutrinadores de que, no direito contemporâneo, nenhum tema é mais importante do que o vinculado ao exame dos direitos fundamentais, haja vista a importância que ele assume para a instituição de um novo modelo democrático. Lembrada é, constantemente, a regra do art. 16 da Declaração de 1789, feita pelos americanos: ‘Não tem Constituição a sociedade em que não estiver assegurada a garantia dos direitos (fundamentais), nem determinada a separação dos poderes.’” *In*: DELGADO, José Augusto. A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/docs/art1.doc>>. Acesso em 22.set.09 às 21h33min.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Anotada*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 162.

¹⁷ Ensina José Afonso da Silva que: “(...) a **ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso**. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se **empregarem várias expressões para designá-los**, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos

e que dependem de reconhecimento constitucional¹⁸, o que não basta para que sejam efetivos.

A necessidade de reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais decorre da própria idéia de legalidade, que integra o Estado democrático de direito, o que permite a sua posterior invocação e denunciação. A esse respeito, Uadi Lammêgo Bulos¹⁹ aponta que:

Ao se utilizar a locução *direitos fundamentais do homem*, quer-se aduzir, com o seu emprego, o **complexo das prerrogativas e institutos inerentes à soberania popular**, que garantem a convivência digna, livre e igualitária de qualquer indivíduo, independentemente de credo, raça, origem ou cor. Os direitos são *fundamentais*, porque sem eles os seres humanos não têm a base normativa para ver realizadas, no plano concreto, suas aspirações e desejos viáveis de tutela constitucional. Ademais, são *fundamentais*, porque sem eles a pessoa humana não se realiza, não convive, e, em alguns casos, nem sobrevive. Como ficariam a igualdade, a legalidade, a liberdade, o respeito à dignidade, a tutela do patrimônio sem a constitucionalização, em bases legislativas sólidas, desses direitos impostergáveis da pessoa humana? (o grifo é nosso)

Como dissemos acima, a inclusão dos direitos fundamentais na Constituição não é suficiente para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais porque a tutela nos casos em que restem eles violados depende da atuação de órgãos estatais, pessoas jurídicas com legitimação extraordinária ou da própria pessoa que sofreu a violação a um de seus direitos dessa natureza, o que se torna quase impossível diante da ausência de bases legislativas mínimas que possam ser

subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.” (o grifo é nosso). SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 156.

¹⁸ A esse respeito leciona J. J. Gomes Canotilho: “Sem (...) posituação jurídico-constitucional, os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*). Por outras palavras, que pertencem a CRUZ VILLALON: **onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais**. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios’. Daí a conclusão do autor em referência: **os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas.**”¹⁸ (o grifo é nosso). In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6.^a ed., revista, Coimbra: Almedina, 1996. p. 84.

¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, 4. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº. 35/2001. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 70.

invocadas.

O rol dos direitos fundamentais não fica reduzido em razão da necessidade de seu reconhecimento constitucional. É possível extrair-se outros direitos fundamentais a partir da análise do sistema, incluindo tratados internacionais.²⁰

Em linhas gerais, os direitos fundamentais (a) são direitos que dependem de previsão constitucional para que possam ser exercitados, sob pena de serem apenas retórica política, impossível de ser exigida; (b) a previsão constitucional não precisa ser expressa, sendo possível o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes da análise do sistema, incluindo-se aqueles previstos em tratados internacionais, (c) cabe aos indivíduos ingressar com as medidas necessárias para exigir do Poder Público a sua efetivação.²¹

1.2. EVOLUÇÃO E DIMENSÕES

O rol dos direitos fundamentais, atualmente reconhecidos pela grande maioria das Constituições, não se estabeleceu de uma só vez, mas é produto de uma lenta evolução histórica²², que continua em curso e avança para uma

²⁰ A própria Constituição prevê a possibilidade do reconhecimento de outros direitos e garantias fundamentais não expressos nela. O art. 5º, §2º, da Lei Fundamental assim dispõe: “Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

²¹ Uma última idéia que precisa ser referida em relação aos direitos fundamentais é que cada Estado tem o seu rol de direitos fundamentais, a despeito de atualmente haver uma semelhança entre os direitos reconhecidos como tais nos ordenamentos jurídicos da grande maioria dos Estados que adotam o modelo constitucionalista.

²² Sobre a evolução dos direitos fundamentais, Manoela Andrade apresenta um breve relato histórico. Comenta ela: “Em 1215, a **Magna Carta Inglesa** reconheceu em seu texto direitos fundamentais como a liberdade de religião, o devido processo legal e a instituição do julgamento popular para os crimes contra a vida, entre outros. No entanto, esse documento só se destinava aos homens livres daquela sociedade, excluindo da sua órbita de incidência os escravos. Ainda na Inglaterra, em 1628,

ampliação.²³

A explicitação deles como tais ocorreu a partir do século XVIII, quando surgem inúmeros documentos que fazem referência a eles, confirmando-se a sua vinculação à sua evolução histórica.²⁴

Segundo Uadi Lammêgo Bulos²⁵, a doutrina divide os direitos fundamentais em três gerações ou dimensões²⁶, como referimos no título dado a esse item.

Os direitos de primeira dimensão surgiram com as primeiras Constituições, durante a fase do liberalismo político, época em que era necessário assegurar as liberdades públicas como o direito de ir e vir, o de pensamento, o de liberdade religiosa e o da inviolabilidade do domicílio. Nesse momento histórico, era necessário proteger o indivíduo contra a interferência abusiva do Estado.²⁷

a **Petition of Rights** - documento elaborado pelo Parlamento Inglês, por meio do qual se pleiteou o efetivo cumprimento pelo Rei dos direitos previsto na Magna Carta de 1215 - ratificou a importância dos direitos fundamentais. Em 1689 o **Bill of Rights**, declaração dos direitos formada após a Revolução Gloriosa, rompeu com as bases políticas da época - monarquia onipotente - consolidando a monarquia constitucional, que se caracterizou pela supremacia do parlamento. No entanto, as declarações inglesas, apesar do seu relevante valor histórico, **não podem ser consideradas como a "certidão de nascimento" dos direitos fundamentais, pois só se destinavam a parcela de seu povo.**" (o grifo é nosso) ANDRADE, Manoela. *Direitos fundamentais: conceito e evolução*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1229/Direitos-Fundamentais-conceito-e-evolucao>>. Acesso em: 27 de setembro de 2009 às 11h37min.

²³ A esse respeito Uadi Lammêgo Bulos, que menciona que: "a doutrina utiliza um critério didático, vislumbrando (...) as gerações em que os direitos fundamentais atravessaram". BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 67. Manoela Andrade comenta que: "Os direitos fundamentais não foram reconhecidos de uma só vez nem de uma vez por todas". ANDRADE, Manoela. Artigo Citado.

²⁴ "(...) a partir do séc. XVIII, diversos documentos influenciaram na explicitação dos direitos fundamentais, tais como a Declaração do Bom Povo da Virgínia, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 e a Convenção Interamericana dos direitos humanos, o conhecido e adotado pelo Brasil, Pacto de São José da Costa Rica. (...) pode-se afirmar que os direitos fundamentais não podem ser estudados dissociados de uma realidade histórica, pois refletem os anseios e os desafios vivenciados pela sociedade **em um determinado contexto**. Em verdade, os direitos fundamentais, **face sua natureza histórica, não nasceram na extensão que hoje se conhece, pois evoluíram e sofreram varias transformações em aspectos do seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação.**" (o grifo é nosso). ANDRADE, Manoela. Artigo Citado.

²⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 67.

²⁶ O emprego da expressão "dimensão" parece mais adequado do que "geração". É que o signo geração cinde os direitos fundamentais, restringindo-os ao momento histórico em que surgiram, ao passo que o signo dimensão traz a "idéia de cumulação" dos direitos fundamentais, revelando-se a evolução e a integração desses direitos, que também sofrem adaptações às novas realidades. ANDRADE, Manoela. Artigo Citado.

²⁷ Como diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho "(...) são *liberdades*. Ou seja, poderes de agir, ou não agir, independentemente da ingerência do Estado. (...) Aí se incluem a liberdade em geral (...), a segurança (...), a liberdade de locomoção (...), a liberdade de opinião (...), a liberdade de expressão

Superado o primeiro momento em que era necessário assegurar ao indivíduo as liberdades públicas, percebeu-se que o Estado precisava atuar em alguns setores, para atender a algumas carências sociais. Essas carências se revelaram de forma mais severa com a destruição ocorrida em vários países da Europa, decorrente da Primeira Guerra Mundial. Percebeu-se a necessidade de atuação dirigente do Estado, no sentido de estabelecer-se alguns programas governamentais voltados para a realização do bem-estar social, surgindo, daí, os direitos sociais, econômicos e culturais.²⁸

Enquanto os direitos fundamentais de primeira dimensão se revestem de cunho negativo, impondo restrições à atuação estatal diante das liberdades individuais, os de segunda dimensão são dotados de cunho positivo, exigindo uma atuação estatal para assegurar a satisfação de determinadas necessidades sociais, como a saúde, a educação, o trabalho, a assistência social, a liberdade de sindicalização, o direito de greve, dentre outros.

Após o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, relacionados ao indivíduo, passou-se a reconhecer a existência de direitos fundamentais relativos à coletividade. Esses direitos fundamentais são conhecidos como de terceira dimensão, podendo ser citados o direito à paz, ao meio ambiente, à conservação do patrimônio cultural. São direitos ligados à solidariedade.²⁹

(...) e a propriedade (liberdade de usar e dispor dos bens) (...). E seus corolários: a presunção de inocência (...), a legalidade criminal (...)". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos fundamentais*: São Paulo: Saraiva, 1995, p. 23.

²⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 68.

²⁹ Na lição de Manoela Andrade²⁹: "(...) os direitos fundamentais até então assegurados tinham como destinatário o homem enquanto indivíduo. Já os **direitos fundamentais de Terceira Dimensão tem como traço característico o fato de não mais estarem centrados no homem individualmente considerado, mas sim na coletividade**. Surgem os direitos coletivos e difusos. Como exemplo pode-se citar o direito a paz, ao meio ambiente e a conservação do patrimônio cultural." (o grifo é nosso). ANDRADE, Manoela. Artigo Citado. Tratando também dos direitos fundamentais de terceira

Celso de Mello, tratando das três dimensões dos direitos fundamentais, manifestou-se em voto proferido no julgamento do Mandado de Segurança nº. 22.164/SP³⁰, da seguinte forma:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, **consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos**, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (o grifo é nosso)

Existem autores que defendem a existência de direitos de quarta dimensão, que estariam relacionados à participação do indivíduo em uma sociedade global, sem fronteiras, com o reconhecimento de seus direitos em nível internacional, não mais apenas em relação a cada Estado.

Um dos defensores dessa idéia é Paulo Bonavides, para quem, conforme referência do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado³¹, poderiam ser citados como exemplos: o direito à democracia e à informação, o direito ao pluralismo, à manipulação genética, à mudança de sexo, dentre outros.³²

geração, leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “O reconhecimento dos direitos sociais não pôs termo à ampliação do campo dos direitos fundamentais. Na verdade, a consciência de novos desafios, não mais a vida e a liberdade, mas especialmente à *qualidade* de vida e à *solidariedade* entre os seres humanos de todas as raças ou nações, redundou no surgimento de uma nova geração – a terceira – (...). São estes chamados, na falta de melhor expressão, de direitos de *solidariedade*, ou *fraternidade*. A primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 57.

³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.164/SP. Publicado no Diário da Justiça da União, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206, RTJ 164/158.

³¹ DELGADO, José Augusto. Artigo Citado.

³² Manoela Andrade noticia acerca dos direitos fundamentais de quarta dimensão que: “Os seus defensores argumentam que os direitos fundamentais precisam acompanhar a globalização que, pondo fim as fronteiras geográficas entre os países, exigem sua universalização. **O homem não pode mais ser visto “em cada Estado”, mas sim como entidade universal. Se não há mais fronteiras para as relações políticas, econômicas e sociais é preciso que também não haja fronteiras para os direitos fundamentais.** Entretanto, é preciso ressaltar que essa universalização não pode ser instrumento de imposição ou superação de culturas e de minorias. **São reputados como direitos de quarta geração o direito a democracia, o direito a enfumaça e**

Entretanto, existem opositores ao reconhecimento desses direitos de quarta dimensão. Dentre eles, inclui-se Ingo Wolfgang Sarlet³³, que aborda o tema da seguinte maneira:

Contudo, também a dimensão da globalização dos direitos fundamentais, como formulada pelo Prof. Bonavides, **longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional, não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética**, embora não necessariamente utópica, o que, aliás, se desprende das palavras do próprio autor citado, para quem, os direitos de quarta dimensão 'compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política. (negritos nossos)

1.2.3. EFICÁCIA

Os direitos fundamentais, no sistema brasileiro, aplicam-se não só em relação ao Estado, mas também nas relações que os particulares têm entre si. Trata-se da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Constatou-se que atualmente não só o Estado exerce o poder, mas a sociedade também, sendo possível admitir-se que um ente privado possa, em determinadas situações, como quando se encontra em posição de supremacia em relação a outrem, violar-lhe os direitos fundamentais.

O art. 18, item 1, da Constituição Portuguesa de 1976, estabelece que: "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas." Lá, portanto, não há dúvida alguma de que os direitos fundamentais também devem ser

o direito ao pluralismo. (o grifo é nosso). ANDRADE, Manoela. Artigo Citado.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria Advogado, 1998. p. 53.

respeitados nas relações entre particulares.

Ao contrário da Constituição Portuguesa, a Constituição Federal de 1988 não tem um dispositivo que expressamente imponha o respeito aos direitos fundamentais também pelos particulares em suas relações. Entretanto, Armando Cruz Vasconcelos³⁴ esclarece que Sarlet entende que é possível reconhecer-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por meio da atribuição do mesmo sentido do art. 18, item 1, da Constituição Portuguesa ao §1º, do art. 5º, da Constituição Federal brasileira, conforme a seguinte lição:

“A Constituição brasileira de 1988, entretanto, limitou-se, no art. 5º, parágrafo 1º, a declarar que tais normas teriam aplicabilidade imediata. Desta forma, portanto, não restou positivado em nossa Carta Magna, de forma expressa, quais seriam os destinatários das obrigações decorrentes das normas jusfundamentais. Aponta Ingo Sarlet, no entanto, que seria possível atribuir ao dispositivo do art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Carta, o mesmo sentido outorgado ao art. 18, item I, da Constituição portuguesa.

Em algumas situações, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é evidente como nas hipóteses dos arts. 5º, incisos IV, V, XI e XII, da Constituição Federal, bem como também nas relações trabalhistas, em que a Constituição estabelece vários direitos dos empregados e limita a atuação dos empregadores.³⁵

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu em várias decisões a necessidade

³⁴ VASCONCELOS, Armando Cruz. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de subordinação*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12595>>. Acesso em 28.out.09 às 16h43min.

³⁵ “Por outro lado, há hipóteses de direitos fundamentais que, claramente, vinculam os particulares, como o direito à indenização por dano moral ou material em caso de abuso do direito de livre manifestação do pensamento (art. 5º, incisos IV e V, da Constituição), o direito à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, da Carta), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII).^[36] Contudo, o maior exemplo parece ser o dos direitos dos trabalhadores, elencados sobretudo no art. 7º, do texto magno. Com efeito, os destinatários, por essência, dos direitos trabalhistas são os empregadores, geralmente, antes privados, sendo, pois, indiscutível sua vinculação a esses direitos.” VASCONCELOS, Armando Cruz. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de subordinação*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12595>>. Acesso em 28.out.09 às 16h43min.

do respeito aos direitos fundamentais por particulares em suas relações. Citamos duas ementas acerca do tema adiante:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.³⁶

Neste primeiro caso, o Supremo reconheceu a necessidade de se respeitar o princípio do devido processo legal para a exclusão de um associado de uma cooperativa, pessoa jurídica de direito privado.

Em outro caso, cuja ementa segue, reconheceu-se de forma expressa a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. **EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.** RECURSO DESPROVIDO. I. **EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.** As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O

³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 158215/RS*, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30.04.1996. DJ de 07.06.1996. pp. 19830. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 27.10.2009 às 17h03min.

espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois **a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.** III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. **O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa** (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.³⁷

Como se vê, portanto, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é reconhecida atualmente pelo Supremo Tribunal Federal.³⁸

1.3. PROCESSO COMO INSTRUMENTO DA ATUAÇÃO ESTATAL E RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 201819/RJ*, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11.out.05. DJ de 27.10.2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 27.10.2009 às 17h15min.

³⁸ A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é a única que se refere ao tema. Há outras duas teorias: a) **a teoria do *state action***, que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, considerando o Estado o único sujeito passivo desses direitos, prevalecente nos Estados Unidos; e, b) **a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais** na esfera privada, que considera que a lei não confere direitos subjetivos privados aos particulares, servindo, apenas, de baliza para que o legislador infraconstitucional elabore leis de direito privado, predominante na Alemanha e na Áustria. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, Vol. 1, 9ª ed., Salvador: JusPodium, 2008. p. 31.

1.3.1. JURISDIÇÃO E PROCESSO

A separação de poderes – na realidade, do exercício das funções, porque o poder do Estado é uno – consiste em um dos elementos que compõe o Estado democrático de direito.

Por ela, atribuiu-se o exercício da jurisdição – *função* do Estado de solucionar os conflitos decorrentes da aplicação do direito nos casos concretos – aos órgãos do Judiciário, que por meio de sua *atividade*, exercem o *poder* de dizer o direito.³⁹

Para o cumprimento de sua função, os órgãos do Judiciário, valem-se do processo⁴⁰, onde se materializam as pretensões das partes envolvidas em uma lide, que se desenvolve segundo um procedimento previamente previsto em lei, observados determinados pressupostos⁴¹, onde se assegura àqueles que nele estão envolvidos direitos mínimos, como o do contraditório e ampla defesa, além do direito

³⁹ A jurisdição é função, poder e atividade. Tratando do tema, leciona Fernando da Costa Tourinho Filho: “Como poder, (...), a jurisdição é uma emanção da soberania nacional. Como *função*, (...) é aquela incumbência afeta ao Juiz de, por meio do processo, aplicar a lei aos casos concretos. (...) como *atividade*, (...) é toda aquela diligência do Juiz dentro do processo, visando a dar a um o que é seu”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Vol. 2, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 53. Ver também: ALMEIDA, José Maurício Pinto de e COLUCCI, Maria da Glória Lins. *Lições de Teoria Geral do Processo*, Curitiba: Juruá, 1996. p. 72. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*, 12.ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996. p. 129.

⁴⁰ O processo é instrumento da jurisdição e é por meio dele que o Estado afasta a sua atuação arbitrária, conferindo respeito aos indivíduos, na medida em que não ataca nenhum direito sem antes assegurar-lhe o direito de conhecer as razões pelas quais obtém ou deixa de gozar de um dado bem da vida. Com o processo, o homem e a sociedade avançam para no estado civilizatório, mas a evolução não cessa por aí. É necessário evoluir no modo de desenvolvimento do processo, nas provas, nas garantias que são dadas aos envolvidos, na forma de atuação do magistrado, etc.

⁴¹ Para que o processo possa se desenvolver é necessário que atenda a determinados pressupostos, que se dividem em pressupostos de existência e validade. Fredie Didier Jr. Considera que seria mais adequado referir-se a pressupostos de existência e a requisitos de validade. Entende ele que os pressupostos de existência se dividem em pressupostos de existência subjetivos (juiz investido de jurisdição e parte com capacidade de ser parte) e objetivos (existência de demanda) e que os requisitos de validade também se dividem em requisitos de validade subjetivos (juiz competente e imparcial e partes com capacidade processual e postulatória) e objetivos (que se dividem, por sua vez, em requisitos de validade objetivos extrínsecos ou negativos, v.g., perempção, litispendência, coisa julgada, etc. e intrínseco, que corresponde ao respeito ao formalismo do processo). DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 210.

à prova, necessários para que a decisão – que se reveste de definitividade quando proferida pelo Judiciário⁴² – seja legítima.

Em síntese, a decisão proferida pelos órgãos do Judiciário depende do respeito ao devido processo legal.

É só por meio de um processo no qual se assegura o respeito aos direitos fundamentais daqueles que nele estão envolvidos, dentre os quais, incluem-se os direitos ao contraditório, à ampla defesa, à prova, à adoção do procedimento adequado, além do respeito às normas⁴³ constitucionais e processuais, é que se terá uma decisão legítima e que, portanto, atende ao princípio democrático.⁴⁴

⁴² Conforme lição de Ada Pellegrini Grinover, a definitividade é uma das características da jurisdição, dentre outras que são: a) substitutividade; b) atuação do direito; c) lide; d) inércia. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 130-132.

⁴³ Considere-se que o signo “norma” contempla os princípios e as regras. Essa divisão, segundo lição de Sandro Marcelo Kozikoski, deve-se a J.J. Gomes Canotilho, para quem os primeiros são mais abstratos, tendo aplicação a várias situações fáticas e jurídicas, o que impõe uma ponderação acerca de sua medida de aplicação a cada caso concreto, o que significa dizer que a preponderância de um deles em um dado caso, após a devida ponderação, não exclui a validade e a incidência dos demais. Em síntese: **as normas-princípio coexistem**; enquanto que as segundas, ou seja, as normas-regra, são mais restritas e seguem a “lógica do tudo ou nada”, vale dizer, ou se aplicam ou não ao caso e se uma regra for a aplicável ela excluirá a incidência da outra por completo, porque a relação de conflito entre normas-regra é antinômica, de modo que as incompatibilidades entre elas, fazem prevalecer uma. Os métodos para a escolha da regra a ser aplicada são três: o princípio cronológico (norma posterior revoga norma anterior), o princípio hierárquico (norma de hierarquia superior prevalece sobre norma de hierarquia inferior) e o princípio especial (norma especial prevalece sobre a norma geral). KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis*, 3ª ed., Curitiba: Juruá, 2006. p. 129-130. Sobre a relação entre normas-princípio e normas-regra, Roque Antônio Carrazza diz que: “O jurista, ao examinar o Direito, deve considerar as idéias que mais se aproximam da universalidade dos princípios maiores; com isto, formará proposições e terá verdades menos gerais. Em seguida, tomará as idéias que mais se aproximem, por sua universalidade, das descobertas que acabou de fazer, concebendo novas proposições e continuando, desta maneira, sempre sem deixar de aplicar os primeiros princípios a cada proposição que descobrir. Descerá, então, pouco a pouco, dos princípios gerais às normas jurídicas mais particulares, caminhando, na medida do possível, do conhecido para o desconhecido. (...) o Direito, longe de ser um mero conglomerado de normas, é um conjunto bem estruturado de disposições que, interligando-se por coordenação e subordinação, ocupam, cada qual, um lugar próprio no ordenamento jurídico (Ferrara). É precisamente, sob este imenso arcabouço, onde sobrepõem os princípios, que as normas jurídicas devem ser consideradas”. (CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19ª ed., 3ª tir., São Paulo: Saraiva, 2004. p 34.).

⁴⁴ “Democracia é um conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e **instrumento de realização de** valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos **direitos fundamentais** do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. **Sob esse aspecto**, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas **é um processo de afirmação**

Importa referir duas concepções básicas a respeito da jurisdição. A de Chiovenda, para quem o traço principal dela é substituição que o Estado faz às partes na solução do conflito, tomando para si o monopólio de dizer o direito (*substitutividade*); e a de Carnelutti, para quem a jurisdição objetiva a *justa composição da lide*.⁴⁵

1.3.2. A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Há uma distinção feita pela doutrina acerca dos *direitos* fundamentais em relação às *garantias* fundamentais.

José Afonso da Silva trata dessa questão no item 8, do Capítulo II, do Título I, da Segunda Parte, de seu Curso de Direito Constitucional Positivo, onde cita lição de Ruy Barbosa, segundo a qual os direitos se referem “(...) as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos”, enquanto que as garantias correspondem às “(...) disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder”.⁴⁶

Seguindo essa perspectiva, o devido processo legal aproxima-se mais da definição atribuída por Ruy Barbosa à garantia do que simplesmente um direito, na medida em que por meio dele se impõem – principalmente sob o seu aspecto substancial, como veremos adiante – restrições à atuação estatal, que deve

do povo **e de garantia** dos direitos fundamentais **que o povo vai conquistando no correr da história.**” (o grifo é nosso). SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 130.

⁴⁵ SILVA, Ovídio de Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, Vol. I (Processo de Conhecimento), 3ª ed., Porto Alegre: SAFE, 1996, p. 23.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 189.

manifestar-se de forma a respeitar não só outros direitos, como também outras garantias.⁴⁷

Reconhecido como garantia segundo os critérios acima referidos, o devido processo legal se consubstancia em um *princípio*⁴⁸ e, como tal, reveste-se da generalidade e da abstração⁴⁹, típicos desse tipo de norma, necessários para a adequada dosagem a ser feita pelos órgãos do Judiciário na solução de cada caso.⁵⁰

Tratando a respeito do tema, Paulo Henrique dos Santos Lucon menciona que nos Estados Unidos não se busca conceituar o devido processo legal, mas tão só reconhecer suas premissas fundamentais.⁵¹ Com isso, torna-se mais factível aos órgãos do Judiciário fazer a dosagem necessária, adequada e suficiente da aplicação do devido processo legal a cada caso, para o resguardo da legitimidade das decisões.

Cita o autor acima referido um trecho do Juiz Frankfurter da Suprema Corte

⁴⁷ Anote-se que o devido processo legal consiste em um direito fundamental de primeira dimensão, que surgiu a partir da *law of the land* (direito da terra) na Magna Carta *Libertatum*, de 1215, na Inglaterra, ocasião em que os barões exigiram de John Lackland, o Rei João Sem Terra, que a restrição à liberdade e à propriedade ocorresse somente após a realização de um devido processo segundo normas previamente estabelecidas, ou seja, segundo um devido processo legal.

⁴⁸ Fernando Capez ensina que o devido processo legal consiste em um princípio por meio do qual se assegura “(...) à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade (...) sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (*due process of law* – CF, art. 5º, LIV). No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado”. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, 4ª ed., revista, São Paulo: Saraiva, 1999. p. 30.

⁴⁹ Já referimos na nota de rodapé n. 40, que as normas, segundo lição de J. J. Gomes Canotilho, são gênero, tendo como espécies as regras e os princípios.

⁵⁰ Fredie Didier Jr. se refere ao devido processo legal como um “direito fundamental de conteúdo complexo”, que consiste em uma “cláusula geral e, portanto, aberta, que a experiência histórica cuida de preencher”. DIDIER Jr., Fredie. *Op. cit.* p. 40.

⁵¹ De acordo com o autor citado: “Na experiência jurisprudencial norte-americana verifica-se que **não há interesse de se estabelecer uma definição precisa ao devido processo legal**; percebe-se que hoje, **o importante não é delimitá-lo** com uma precisão cartesiana (que não é própria da ciência jurídica, muito menos do direito positivo), mas **é saber que** o devido processo legal **influi decisivamente na vida das pessoas e nos seus direitos.**” (o grifo é nosso). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 30 de setembro de 2009 às 20h05min.

Norte Americana, onde se lê que:

"(...) *due process* não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros limites de uma fórmula... *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo".⁵²

A origem da cláusula do devido processo legal foi processual, mas, atualmente, construiu-se uma doutrina que o vislumbra também sob o aspecto substancial ou material, que tem maior relevância.⁵³

1.3.2.1. O DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCESSUAL

O devido processo legal, em seu aspecto processual, tal qual surgiu, consistia apenas na garantia da necessidade de instauração de um processo antes de se fazer restrição aos direitos à vida, liberdade e propriedade. Tratava-se apenas do direito a um processo ordenado (*orderly proceeding*) e que se fazia necessário antes da restrição dos direitos referidos.⁵⁴

Atualmente, encontra previsão constitucional no inciso LIV, do art. 5º, da

⁵² *Apud* LUCON, Paulo Henrique dos Santos. O autor citou o texto do Juiz Frankfurter, empregado em seu artigo, da seguinte forma: "Voto no caso **Anti-Facist Committee v. Mc Grath**, 341 US 123, 95 L. Ed. 817 (1951), *apud* Antonio Roberto Sampaio Dória, **Direito constitucional tributário e *due process of law***, n. 12, p. 33. V. também Felix Frankfurter, "O Governo da Lei", pp. 68-75 e Carlos Roberto Siqueira Castro, **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, p. 56."

⁵³ Fredie Didier Jr. se refere ao devido processo legal como um "direito fundamental de conteúdo complexo", que consiste em uma "cláusula geral e, portanto, aberta, que a experiência histórica cuida de preencher". DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 40.

⁵⁴ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e *due process of law**, n. 5, p. 12-14, *apud* LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigo citado.

Constituição Federal, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Nota-se que o dispositivo citado restringe a cláusula do *due process of law* à proteção do direito de liberdade e aos bens dos indivíduos, sendo necessário fazer-se uma interpretação extensiva quanto ao signo bens, nele empregado, lendo-o como “bens jurídicos” para se reconhecer a proteção dessa garantia em relação ao direito à vida, dentre outros.

Sob essa perspectiva, vale dizer, processual, que exige tão somente a instauração de um processo anterior à restrição do direito de liberdade e ao gozo dos bens pelos indivíduos, tem-se uma insuficiente compreensão do que efetivamente representa a garantia do devido processo legal.

A concepção processual, ou formal, como também pode ser conhecida, do devido processo legal está superada, prevalecendo, atualmente, a concepção substancial ou material dessa garantia e princípio constitucional do processo.

1.3.2.2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL

Nos Estados Unidos, o devido processo legal substancial foi reconhecido no caso *Calder v. Bull*, em 1798⁵⁵, onde a Suprema Corte norte americana entendeu “(...) que os **atos normativos**, sejam eles **legislativos** ou administrativos, **que violarem direitos fundamentais, ofendem o devido processo legal** e estão

⁵⁵ NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 3ª ed., São Paulo: RT, 1996. p. 38.

sujeitos à declaração de nulidade pelo Poder Judiciário.” (o grifo é nosso).⁵⁶

De acordo com Paulo Henrique dos Santos Lucon: “(...) concebe-se o devido processo legal substancial como uma garantia que estabelece uma legítima limitação ao poder estatal,⁵⁷ de modo a **censurar a própria legislação e declarar a ilegitimidade de leis que violem as grandes colunas** ou os *landmarks* do regime democrático.”⁵⁸ (o grifo é nosso).

Essa concepção já foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática da lavra do Min. Celso de Mello, no RE n. 374.981, de 28.mar.2005.⁵⁹

Sob a perspectiva substancial, interpreta-se o signo processo em seu sentido mais amplo, contemplando o processo legislativo, ou seja, a elaboração das leis; o procedimento administrativo, que abarca os atos administrativos; e, o desenvolvimento dos atos praticados também pelos órgãos do Judiciário⁶⁰, exigindo-se: a) juiz natural ou preconstituído; b) tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; c) plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; d) publicidade dos atos processuais; e) motivação das decisões jurisdicionais; f) duração razoável do processo; g) juiz imparcial e independente; h) acesso ao Judiciário; i) contraditório; j) assistência judiciária gratuita, etc.⁶¹

⁵⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigo citado. Embora não tenha sido referido na decisão da Suprema Corte Americana, as próprias decisões que o Judiciário toma devem observar o devido processo legal, respeitando os direitos e garantias fundamentais.

⁵⁷ HOYOS, “La garantía constitucional del debido proceso legal”, p. 45.

⁵⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigo citado.

⁵⁹ Na decisão, Sua Excelência manifestou-se da seguinte forma: “Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, **todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do ‘substantive due process of law’** (CF, art. 5º, LIV), (...)” (o grifo é nosso). *Apud* DIDIER Jr., Fredie. *Op. cit.*, p. 34.

⁶⁰ “A palavra ‘processo’, aqui, deve ser compreendida em seu sentido amplo: qualquer modo de produção de normas jurídicas (jurisdicional, administrativo, legislativo ou negocial)”. DIDIER Jr., Fredie. *Op. cit.*, p. 30.

⁶¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 259-260.

Paulo Henrique dos Santos Lucon⁶² apresenta projeções do devido processo legal substancial no âmbito das funções legislativa, executiva e judiciária.

Segundo ele, por meio desse princípio-garantia, os órgãos jurisdicionais podem limitar a aplicação de leis que afrontem as normas constitucionais, por meio do controle difuso de constitucionalidade, sendo possível, também, realizar-se o controle dos atos legislativos por meio do controle concentrado. Aí se manifestaria a limitação ao poder legislativo por meio da aplicação do devido processo legal substancial.⁶³

Quanto ao poder executivo, é possível realizar-se o controle dos atos administrativos fazendo-se não só a análise dos aspectos legais deles, mas também dos critérios empregados para a caracterização da conveniência e oportunidade para a prática dos atos discricionários, aproximando-se de seu mérito, cuja análise é reservada ao administrador, já que só ele tem mandato eletivo, o que lhe assegura o direito de fazer as escolhas em nome do povo.

O devido processo legal substancial também impõe limitações ao poder jurisdicional, dentre os quais: **a)** a obrigatoriedade de motivação das decisões, exigência prevista no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal e art. 131, do Código de Processo Civil, que se aplica subsidiariamente em relação ao Código de Processo Penal; **b)** direito ao contraditório e à ampla defesa, assegurados pela *informação* dada às partes acerca de todos os atos praticados pelo juízo, pelos auxiliares da justiça e pela outra parte, respeitando o direito de se manifestarem acerca deles (*reação possível*) em *igualdade* de oportunidades, podendo valer-se de todos os meios, inclusive, *provas*, para a sua defesa; **c)** respeito à competência jurisdicional, por meio da qual se impede o juízo de exceção (art. 5º, XXXVII,

⁶² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigo citado.

⁶³ *Idem*.

Constituição Federal), assegurando-se o juiz natural, imparcial, independente; **d)** relativização da coisa julgada, que permite a reforma das decisões que afrontam a Constituição ou a lei.⁶⁴

Encerrando, o autor citado, menciona que o devido processo legal, na perspectiva substancial, estabelece a igualdade substancial das partes, destacando-se a assistência judiciária e a inversão do ônus da prova.⁶⁵

Em síntese, quando o Estado substitui a atividade das partes, por meio do exercício do monopólio da jurisdição, precisa observar o devido processo legal substancial, como forma de realizar a justa composição da lide. Justa, no sentido em que deve respeitar não só às normas processuais, mas também, e acima de tudo, as normas constitucionais e o sistema normativo como um todo.

Fredie Didier Júnior menciona que Paulo Bonavides e Willis Santiago Guerra Filho apontam que não há previsão constitucional expressa acerca do princípio da proporcionalidade, sendo possível afirmar sua existência, bem como do princípio da razoabilidade, como manifestações reflexas do devido processo legal substancial.⁶⁶

Só com o respeito ao devido processo legal substancial é que se legitima o exercício do monopólio da jurisdição e, conseqüentemente, a restrição a direitos fundamentais pelo Estado.

Em nota, José Laurindo de Souza Neto⁶⁷, esclarece, com base nas lições de Luiz Roberto Barroso, que:

“(...) duas são as linhas de construção constitucional e ambas levam ao mesmo resultado: o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) integra nosso direito constitucional, devendo o teste da razoabilidade ser aplicado no interesse da Constituição em qualquer caso

⁶⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigo citado.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 34.

⁶⁷ *In*: SOUZA NETO, José Laurindo de. *Processo penal: sistemas & princípios*, Curitiba: Juruá, 2003. p. 64.

submetido ao seu conhecimento. Diz o autor que a primeira linha (inspirada na doutrina alemã) vislumbra o princípio constitucional não escrito. A outra, ensina, é a linha daqueles que optam pela influência norte-americana, pretendendo extraí-lo do princípio do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torne exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula”.

Só com o respeito ao devido processo legal substancial é que se legitima o exercício do monopólio da jurisdição e, conseqüentemente, a restrição a direitos fundamentais pelo Estado.

É importante que se faça essa anotação, porque faremos referência de forma breve a alguns dos aspectos da doutrina alemã de Alexy, na nota de rodapé n. 119, que considera a possibilidade da realização de ponderação como forma de solução no conflito entre os direitos fundamentais, visando à “máxima da proporcionalidade”.

Adiantamos desde já que seja pela aplicação do devido processo legal em seu aspecto substancial ou pelo critério da proporcionalidade, que será vista adiante, como já informamos, o que importa é a necessidade de se observarem os paradigmas de que tratamos neste capítulo, para se realizar qualquer restrição a direitos.

2. A VALIDADE DA PROVA OBTIDA POR MEIO DA INFILTRAÇÃO DO AGENTE POLICIAL

2.1. FUNDAMENTO LEGAL

O Código de Processo Penal enumera nos arts. 158 a 250 os meios de prova que admite⁶⁸, mas a tendência moderna se inclina para a liberdade dos meios de prova, restringindo-os apenas ao respeito à dignidade da pessoa humana e à moralidade.⁶⁹ É, por essa razão, que o art. 332, do Código de Processo Civil, que tem aplicação subsidiária no processo penal, admite todos os meios legais para provar a verdade dos fatos, ainda que não estejam previstos em lei.⁷⁰ Aliás, a redação do art. 155⁷¹, do Código de Processo Penal exige apenas que a prova seja produzida em contraditório, não fazendo qualquer tipo de restrição.

⁶⁸ Os meios de prova admitidos no Código de Processo Penal são os seguintes: a) exame de corpo de delito e prova pericial (arts. 158 a 184); b) o interrogatório (arts. 185 a 196); c) a confissão (arts. 197 a 200); d) a oitiva do ofendido (art. 201); e) a prova testemunhal (arts. 202 a 225); f) o reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226 a 228); g) a acareação (arts. 229 a 230); h) a prova documental (arts. 231 a 238); i) os indícios (art. 239); e, f) a busca e apreensão (arts. 240 a 250). BRASIL. *Código de Processo Penal, Vade-Mecum*, 7ª ed., atual. e amp., São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶⁹ Fernando da Costa Tourinho Filho ensina que “de modo geral os Códigos fazem uma enumeração dos meios probatórios, sem, contudo, exauri-los, mesmo porque seria muita pretensão do legislador não prever sua própria falibilidade. Por isso mesmo grande parte da doutrina entende que essa enumeração não é taxativa. (...) podemos afirmar que a tendência, hoje, é no sentido de se abolir a taxatividade, tendo-se, contudo, o cuidado de se vedar qualquer meio probatório que atente contra a moralidade ou violente o respeito à dignidade humana” TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1998. p. 225. Entendemos que mais do que o respeito à dignidade da pessoa humana, admitem-se todos os meios de prova que não afrontem os direitos e as garantias fundamentais.

⁷⁰ A redação do dispositivo citado é a seguinte: “Todos os meios legais, ainda que não especificados neste Código, são admissíveis para provar a verdade dos fatos, e, quanto ao estado das pessoas, devem ser observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”.

⁷¹ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Norberto Cláudio Pâncara Avena⁷² comenta que os meios de prova previstos no Código de Processo Penal atualmente não são suficientes para a busca dos esclarecimentos dos fatos relevantes para a decisão judicial⁷³, havendo regulamentação acerca do tema em legislação complementar, como a que se refere à interceptação telefônica.⁷⁴

Efetivamente o legislador editou vários outros meios de prova em matéria penal em legislação extravagante, podendo ser citados a ação controlada nos crimes referidos na Lei de Drogas (art. 53, inciso II, da Lei n. 11.343/06) e a infiltração de agentes policiais em organizações criminosas, prevista no art. 2º, inciso V, da Lei n. 9.034/95, bem como também nos crimes que envolvam o tráfico de drogas, prevista no art. 53, inciso I, da Lei n. 11.343/06.

Interessa-nos o tratamento da infiltração de agentes em organizações criminosas e nos crimes previstos na Lei de Drogas.

A possibilidade de infiltração de agentes policiais em organização criminosa foi incluída pela Lei n. 10.217/01⁷⁵, e, depois, na Lei n. 10.409/02⁷⁶, que tratava do

⁷² AVENA, Norberto Cláudio Pâncara. *Processo Penal*, 3ª ed., São Paulo: Método, 2008. p. 130.

⁷³ Esse é o objetivo da prova: o esclarecimento dos fatos para formação da convicção do juiz. Por isso, não se admite a produção de todas as provas requeridas pelas partes, mas somente daquelas que sejam pertinentes e relevantes ao processo. O art. 334, do Código de Processo Civil, dispõe: “Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.” Observando que a confissão do acusado no processo penal só terá validade se diante do conjunto probatório ficar provado que o réu efetivamente praticou o crime tal como confessado.

⁷⁴ A interceptação telefônica consiste em um dos meios de prova admitidos no processo penal. Está regulamentada pela Lei n. 9.296/96.

⁷⁵ A infiltração de agentes policiais em crimes de organização criminosa estava prevista no art. 2º, inciso I, do projeto da Lei n. 9.034/95, cuja redação era a seguinte: “Art 2º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: I – a infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer co-participação delituosa, exceção feita ao artigo 288, do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940-Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso a antijuridicidade”. O dispositivo foi vetado pela mensagem de veto n. 483 (BRASIL. *Lei n. 9.034*, de 3 de maio de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em 14.set.09 às 21h43min.) pelas seguintes razões: (a) a medida atentava contra os princípios adotados pela sistemática do Código Penal e (b) atentava também contra o interesse público, além de (c) não submeter-se à prévia

procedimento para os crimes relacionados a entorpecentes, que foi revogada pela Lei n. 11.343/06⁷⁷, que manteve a possibilidade de utilização desse meio de prova no inciso I, de seu art. 53.

2.2. REQUISITOS

O art. 2º, inciso V, da Lei n. 9.034/95, com redação dada pela Lei n. 10.217/01, dispõe que:

“Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: I - infiltração por agentes de polícia ou inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial”

Por sua vez, o art. 53, inciso I, da Lei n. 11.343/06 dispõe:

“**Art. 53.** Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidas, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I – a infiltração por agentes de polícia,

autorização judicial. Élio Wanderley Siqueira Filho pondera que: “ficaria bastante difícil delimitar até onde iria o exercício daquela atividade de ‘espionagem’ e a partir de onde existiria, verdadeiramente, uma colaboração ativa do agente infiltrado, na própria prática delitiva, desvirtuando a razão de ser da infiltração”. SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley. *Repressão ao crime organizado – Inovações da Lei nº 9.034/95*. Curitiba: Juruá, 1995. p. 42.

⁷⁶ Dispunha o art. 33, da Lei n. 10.409/02: “**Art. 33.** Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I – infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações; (...)”.

⁷⁷ A lei n. 10.409/02 havia sido editada para revogar a Lei n. 6.368/76 que tratava dos crimes relacionados com as drogas. Entretanto, o capítulo que se referia aos crimes foi vetado pelo então Presidente da República, o Sr. Fernando Henrique Cardoso. Assim, até a edição da Lei n. 11.343/06, duas eram as leis que tratavam a respeito dos crimes relacionados às drogas: A Lei n. 6.368/76, onde eram previstos os crimes e a Lei n. 10.409/02, onde estava previsto o procedimento a ser seguido na ação para apuração de referidas infrações.

em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; (...)."

Nos dispositivos das duas leis em que se admite a infiltração de agentes, há referência à necessidade de autorização judicial para que a infiltração policial possa ser realizada.

No art. 2º, inciso V, da Lei n. 9.034/95, acrescentou-se que a autorização deve ser "circunstanciada", e, ainda, que não só agentes policiais são admitidos a ingressar nas organizações criminosas, mas também agentes de inteligência.

Andrey Borges de Mendonça⁷⁸ informa que agentes de inteligência seriam aqueles referidos pela Lei n. 9.883/99, que criou a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) e definiu, em seu art. 2º, que inteligência corresponde "(...) a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado".

Ocorre que o processo decisório a que faz referência o §1º, do dispositivo citado, está relacionado com o Poder Executivo.⁷⁹ Poder-se-ia afirmar que agentes de inteligência definidos para o Poder Executivo, tal como prevê a lei citada pelo autor referido, poderiam ser autorizados a ingressar em organizações criminosas durante a fase de instrução processual? Ou poderiam ingressar apenas na fase do

⁷⁸ CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de; e, MENDONÇA, Andrey Borges. *Lei de drogas comentada: artigo por artigo*, 2ª ed., São Paulo: Método, [s.a.]. p. 258.

⁷⁹ A redação do dispositivo legal é a seguinte: "**Art. 2º** Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal que, direta ou indiretamente, possam produzir conhecimentos de interesse das atividades de inteligência, em especial aqueles responsáveis pela defesa externa, segurança interna e relações exteriores, constituirão o Sistema Brasileiro de Inteligência, na forma de ato do Presidente da República. **§ 1º** O Sistema Brasileiro de Inteligência é responsável pelo processo de obtenção, análise e disseminação da informação necessária ao processo decisório do Poder Executivo, bem como pela salvaguarda da informação contra o acesso de pessoas ou órgãos não autorizados. **§ 2º** Mediante ajustes específicos e convênios, ouvido o competente órgão de controle externo da atividade de inteligência, as Unidades da Federação poderão compor o Sistema Brasileiro de Inteligência".

inquérito policial, considerando que a polícia judiciária integra referido poder? De acordo com o autor acima referido seria possível.⁸⁰

Todavia, não se pode admitir a infiltração de agentes de inteligência durante a fase de persecução criminal para apuração dos crimes previstos na lei de drogas, já que o art. 53, inciso I, não autoriza tal infiltração, para essas infrações penais.

Por tratar-se de meio de prova que se aproxima extremamente – para não dizer que afronta – do ataque aos direitos fundamentais do investigado ou do acusado⁸¹, impõe-se reconhecer a restrição na admissão do emprego da infiltração policial somente para os crimes para os quais exista lei que o autorize. Também nessa perspectiva, só se pode admitir o ingresso de agentes de inteligência na infiltração referida pela Lei n. 9.034/95 (art. 2º, inciso V) – se é que a infiltração de agentes de inteligência é possível nos crimes de organização criminosa, diante dos questionamentos lançados anteriormente –, já que não há permissão semelhante no art. 53, inciso I, da Lei n. 11.343/06.

Paulo Roberto Galvão de Carvalho e Andrey Borges de Mendonça⁸², citando Zenildo Bodnar, dizem que são requisitos para a infiltração de agentes policiais: a) a existência de um procedimento formal de investigação; b) requerimento ou manifestação favorável do Ministério Público; c) autorização prévia da autoridade judiciária competente; d) indícios suficientes da prática de crimes de drogas; e) real necessidade da medida; f) descrição detalhada dos meios de prova que poderão ser produzidos; f) descrição pormenorizada com a delimitação das ações e comportamentos do agente infiltrado; e, g) prazo para a conclusão da diligência.

⁸⁰ CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de; e, MENDONÇA, Andrey Borges. *Op. cit.*, p. 259.

⁸¹ Aquele que comete crimes tem o direito à intimidade, à vida privada e o direito de não produzir prova contra si mesmo. Sem conhecimento de que o agente infiltrado representa o Estado, relata fatos acerca de suas atividades criminosas, produzindo, ou se não, contribuindo para que sejam produzidas as provas que serão empregadas em um provável e futuro processo criminal contra si.

⁸² CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de; e, MENDONÇA, Andrey Borges. *Op. cit.*, p. 258.

Os requisitos apontados por Bodnar bem revelam a dificuldade que cerca o magistrado quando recebe um pedido para a infiltração de agente policial em uma organização criminosa ou para investigação de prática de crimes de drogas.

Abordaremos os requisitos acima apontados nos itens subseqüentes.

2.2.1. PROCEDIMENTO FORMAL, INDÍCIOS E NECESSIDADE

Por violar direitos fundamentais como a intimidade, a vida privada, e, potencialmente, o sigilo das comunicações telefônicas e da comunicação ambiental (no caso de autorização judicial para tanto⁸³), não se pode autorizar a infiltração de agentes sem que a autoridade que a solicita comprove a existência de indícios razoáveis de prática de crimes de organização criminosa ou de drogas, bem como a real necessidade de sua utilização para o desenvolvimento da investigação.

A demonstração da real necessidade da utilização desse meio é essencial porque a comprovação da existência de outros meios para o desenvolvimento da investigação desqualifica as provas obtidas pela infiltração do agente, tornando-as inválidas para fundamentar uma condenação criminal, seja pelo ataque ao devido processo legal substancial, seja pela violação aos direitos fundamentais do investigado.⁸⁴ Daí a necessidade da tramitação de um procedimento formal de investigação, que só existirá quando estiverem presentes ao menos indícios relevantes de que há prática de crimes.

⁸³ Ver o item 2.2.3. e seus subitens onde serão abordadas as dificuldades que cercam a atividade do magistrado para autorizar o emprego da infiltração de agentes como meio de prova.

⁸⁴ Ver nota de rodapé n. 119.

2.2.2. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Zenildo Bodnar mencionou o requerimento ou a manifestação do Ministério Público. Renato Marcão⁸⁵ e Guilherme de Souza Nucci⁸⁶ entendem que o Ministério Público não pode requerer a medida, entendimento do qual divergem Paulo Roberto Galvão de Carvalho e Andrey Borges de Mendonça⁸⁷, com o qual concordamos, já que o Ministério Público detém a titularidade da ação penal (art. 129, I, da CF; art. 100, §1º, do CP; art. 24, do CPP).

Embora possa requerer a medida, não pode o Ministério Público exigí-la, ainda que seja o titular da ação penal, pois não tem conhecimento acerca da existência de agentes capacitados para o cumprimento da tarefa.⁸⁸

⁸⁵ “Apesar de o Ministério Público ser o titular da ação penal pública (art. 129, I, da CF; art. 100, §1º, do CP; art. 24, do CPP; Lei n. 8.625/93 – Lei Orgânica do Ministério Público), entendemos que não foi o desejo da Lei n. 11.343/06 permitir-lhe formular requerimento em Juízo para a adoção dos procedimentos regulados no art. 53, muito embora possa sugerir-lhos ao Delegado incumbido das investigações. (...) embora a lei não proíba o requerimento do Ministério Público (...) resultará sem efeito prático eventual autorização judicial para a infiltração policial (...), concedida com base em requerimento formulado pelo Ministério Público, não sendo este o desejo da autoridade policial que preside as investigações”. MARCÃO, Renato. Tóxicos: anotada e interpretada, 5ª ed., de acordo com a Lei n. 11.464/07, São Paulo: Saraiva, 2008. p. 451.

⁸⁶ “(...) parece-nos óbvia a exclusão do representante do Ministério Público para requerer a referida infiltração, aliás, assunto tipicamente policial. Pelo magistrado, de ofício, seria completamente fora de propósito qualquer determinação para infiltração de policiais em associações de delinqüentes, pois é inadmissível que se cultive a imagem do juiz inquisidor, mormente na fase policial”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, São Paulo: RT, 2008. 812.

⁸⁷ “Apesar de a regra ser a autoridade policial solicitar a infiltração, isto em nada impede o promotor de justiça ou o procurador da República de requerer ao magistrado a providência. Deve-se lembrar que o Ministério Público é o titular da ação penal pública, razão pela qual as diligências investigatórias são destinadas, precipuamente, para a formação de sua *opinio delicti*. Se assim é, em matéria de investigação não pode haver qualquer providência que lhe seja vedado requerer.” CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de; e, MENDONÇA, Andrey Borges. *Op. cit.*, p. 260.

⁸⁸ Como mencionam Paulo Roberto Galvão de Carvalho e Andrey Borges de Mendonça: “(...) a infiltração de agentes é medida extremamente delicada e deve ser permeada por todas as cautelas necessárias, pois pode estar em jogo a própria segurança do agente público que irá se emaranhar em organização criminosa. Portanto, não parece razoável que o Ministério Público exija a infiltração de agentes de polícia, sem antes inteirar das reais possibilidades da Delegacia de Polícia local de dispor de um agente devidamente *capacitado* para a tarefa. A infiltração em organização criminosa não é diligência simples e sua execução por agente inadequado para a tarefa, além de comprometer toda a investigação, pode pôr em risco a segurança do agente policial” (CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de; e, MENDONÇA, Andrey Borges. *Op. cit.*, p. 260).

De todo o modo, a autoridade judicial obrigatoriamente deve colher sempre a manifestação do *Parquet* antes de autorizar a infiltração, inclusive para a apuração nos crimes de organização criminosa, a despeito da omissão de tal necessidade, pelo art. 2º, inciso V, da Lei n. 9.034/95.⁸⁹

O juiz não pode autorizar a infiltração de agentes de ofício, já que o sistema processual penal brasileiro adotou o sistema acusatório, que se caracteriza pela proibição do *ne procedat iudex ex officio*, que se impõe aos órgãos que exercem a função judicante⁹⁰, o que no dizer de José Laurindo de Souza Neto, significa que o juiz "(...) encontra-se vinculado ao cumprimento dos direitos do acusado, num processo penal que objetiva também ser garantia constitucional, impondo-se-lhe o dever de velar pelo equilíbrio".⁹¹

2.2.3. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA, DESCRIÇÃO DETALHADA DOS MEIOS DE PROVA E DAS AÇÕES E COMPORTAMENTOS DOS AGENTES

Já foi destacado no item 2.1. que a infiltração de agentes policiais foi vetada do projeto da Lei n. 9.034/95 por não submeter-se à autorização judicial e contrariar

⁸⁹ O art. 53, da Lei n. 11.343/06 refere expressamente a necessidade de oitiva do Ministério Público antes da autorização da medida. Já o art. 2º, inciso V, da Lei n. 9.034/95, com a redação dada pela Lei n. 10.217/01 silencia a respeito do assunto.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2006. p. 522. Ver também a citação de Nucci na nota de rodapé n. 76, na parte final. Uma observação importante de se fazer em relação ao tema: o art. 3º, da Lei n. 9.296/96 (interceptações telefônicas), faz referência expressa à possibilidade de deferimento da interceptação telefônica de ofício pelo juiz, o que consideramos inadmissível pelos mesmos motivos referidos acerca da infiltração de agentes, cabendo ao magistrado reconhecer, após a leitura do dispositivo, que não tem o poder nele referido em razão de outras normas, notadamente principiológicas e vigentes no sistema.

⁹¹ Ainda na obra do autor citado, encontra-se a seguinte lição: "A finalidade do processo acusatório é fazer emergir o equilíbrio entre as partes, a celeridade, a imparcialidade do juiz". SOUZA NETO, José Laurindo de. *Op. cit.*, p. 25.

o interesse público, além de atentar contra a sistemática do Código Penal.⁹²

Quando foi inserida a possibilidade da medida, por meio da Lei n. 10.217/01, que alterou a Lei n. 9.034/95, incluiu-se a obrigatoriedade da autorização judicial, o que foi seguido posteriormente, também, na Lei n. 10.409/02, mantendo-se-a como requisito na redação do art. 53, inciso I, da atual Lei de Tóxicos (Lei n. 11.343/06).

Essa autorização judicial é relevante porque a medida afronta direitos fundamentais.⁹³ Por isso, faz-se necessária a autorização judicial, precedida da manifestação do Ministério Público.⁹⁴

Mas a autorização judicial deve detalhar que meios de prova poderão ser utilizados pelo agente durante e na infiltração.

O art. 2º, inciso V, da Lei n. 9.034/95 diz que a autorização judicial deve ser “circunstanciada”. Essa expressão não consta na redação do inciso I, do art. 53, da Lei n. 11.343/06. Todavia, entendemos que deve ser tomada em consideração também na autorização de infiltração de agentes em crimes previstos na Lei de Drogas, já que a medida ataca direitos fundamentais.

Sendo assim, não basta que o juiz indique a real necessidade da utilização

⁹² Ver apontamentos da nota de rodapé n. 66.

⁹³ Propositamente, mencionamos, no item 2.2., que a infiltração de agentes policiais é meio de prova extremamente grave e que se aproxima da violação a direitos fundamentais, para dizermos, em seguida, no item 2.2.1., que há violação, sim, a direitos fundamentais. Fizemo-lo para que no desenvolvimento da leitura do trabalho, haja uma evolução que se constrói no sentido de perceber a gravidade da medida e a relevância da necessidade de submissão de sua autorização pelo magistrado, como forma de controle das atividades dos agentes policiais (ou de inteligência, no caso da investigação em crimes de organização criminosa, se se aceitar a sua possibilidade, conforme as discussões suscitadas no item 2.2.) durante a e na infiltração.

⁹⁴ Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes comentam o tema: “(...) a medida só se justifica nos casos mais graves, de comprovada organização criminosa (que hoje é entendida como a quadrilha ou bando ou a associação criminosa da qual fazem parte várias pessoas e que apresentem os requisitos mínimos de uma organização: hierarquia, divisão territorial, uso da intimidação ou da fraude, poder de compra, infiltração nos poderes públicos, etc.). A infiltração policial regulada na nova Lei de Drogas exige autorização judicial, ou seja, ninguém mais pode permitir esse meio investigatório. A competência é exclusiva do juiz, que ouvirá, antes, o Ministério Público.” BIANCHINI, Alice e GOMES, Luiz Flávio. Lei de drogas comentada: artigo por artigo, 3ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2008. p. 266. Note que os autores reafirmam a obrigatoriedade de prévia oitiva do Ministério Público para que a autorização judicial seja conferida.

desse meio de prova, em face de indícios de crime praticado por organização criminosa ou relacionado com o tráfico ilícito de drogas. É necessário mais. Exige-se que o juiz indique na autorização *que meios de prova poderão ser utilizados pelo agente infiltrado*.

A autorização para que o agente infiltrado realize interceptações telefônicas impõe que o magistrado observe todas as exigências previstas na legislação específica para que a prova colhida possa servir como elemento probatório para fundamentar a eventual e futura condenação. Aliás, o art. 5º, da Lei n. 9.296/96⁹⁵, exige a comprovação da “indispensabilidade do meio de prova” e a indicação “da forma de execução da diligência”⁹⁶, “sob pena de nulidade”.

Anote-se que o primeiro requisito, a indispensabilidade do meio de prova, também é exigido para a infiltração de agentes, conforme abordado no item 2.2.1.

2.2.3.1. DESCRIÇÃO DETALHADA DOS MEIOS DE PROVA

Quando se fala na necessidade da descrição detalhada dos meios de prova na autorização judicial, é possível pensar em algumas situações.

O agente infiltrado pode agir como *informante*, mantendo contato com outros agentes policiais, comunicando as ações criminosas.⁹⁷

⁹⁵ “Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.” BRASIL, *Lei n. 9.296*, de 24 de julho de 1996. Publicada no Diário Oficial da União do dia 25 de julho de 1996.

⁹⁶ Existe ainda a necessidade da fixação de prazo de duração da medida, o que será abordado no item 2.2.4..

⁹⁷ “Ele pode simplesmente ter o papel de informante, transmitindo as informações das quais tem conhecimento para a autoridade que investiga a associação criminosa, de modo a possibilitar o

Pode-se fazer uma combinação da infiltração de agentes com a ação controlada, também conhecida como não-atuação policial, medida que consiste no retardamento da ação, mediante monitoramento para o fim de identificar e responsabilizar maior número de integrantes da atividade criminosa. Nesse ponto, merece atenção o que lecionam Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho⁹⁸:

“É importante constatar que, na sistemática da Lei das Organizações Criminosas, não é

desmantelamento da organização ou a identificação e punição de seus integrantes. Por outro lado, caso o agente infiltrado provoque a ação ou omissão de uma ou mais pessoas que integram a organização criminosa, induzindo e interferindo diretamente no ânimo decisivo delas, a hipótese, nesse caso, seria de flagrante preparado ou delito provocado, e o agente infiltrado seria responsabilizado penalmente pelo abuso cometido, mas ninguém responderia pela infração penal pretendida. Aqui é manifesta a conduta determinante do agente para a prática do crime.” (JESUS, Damásio E. *Agente infiltrado: reflexos penais e processuais*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7360>>. Acesso em 28 de setembro de 2009 às 20h31min).

⁹⁸ CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de; e, MENDONÇA, Andrey Borges. *Op. cit.*, p. 261. Dispõem os arts. 2º, inciso II, da Lei n. 9.034/95 e 53, inciso II, da Lei n. 11.343/06 que: “**Art. 2º** Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...) II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações; (...)” e “**Art. 53.** Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: (...) II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.” Perceba-se que no art. 53, inciso II, da Lei de Tóxicos, admite-se a ação controlada apenas em relação aos portadores e não aos criminosos. Daí a importância da lição que transcrevemos no texto. A propósito Renato Marcão, comentando a Lei de Drogas, aponta: “Importante destacar que a não-atuação policial só está autorizada em face dos ‘portadores’. *Portar* é o mesmo que trazer consigo. *Portar* e *transportar*, juridicamente, não significam a mesma coisa. Para Vicente Greco Filho, ‘transportar é conduzir de um local para outro, em nome pessoal ou de terceiro. Pressupõe o uso de algum meio de deslocamento da droga, porque se esta for levada junto ao agente confundir-se-ia com o ‘trazer consigo’, que é modalidade de transportar, na hipótese em que o indivíduo conduz pessoalmente a droga’. De tal sorte, os demais envolvidos, ‘não portadores’, deverão ser presos em flagrante delito, conforme se extrai da combinação do inciso II, do art. 53 com as disposições contidas no art. 301, do CPP.” MARCÃO, Renato. *Op. cit.*, p. 453. No mesmo sentido, é a lição de Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes: “A ação controlada da polícia deve ser antecedida de autorização judicial. Existe controle judicial sobre a medida. O juiz, aliás, só pode conceder essa autorização quando ‘sejam conhecidos o itinerário e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores’. A diferença marcante atinente à disciplina jurídica da ação controlada entre a nova Lei de Drogas e a Lei do Crime Organizado é a seguinte: nesta última (Lei n. 9.034/95 não existe controle judicial (ou seja: o controle é exclusivo da polícia). Na nova Lei de Drogas o juiz controla a operação.” BIANCHINI, Alice e GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 267-268.

necessária a autorização judicial para a ação controlada, ficando a critério da autoridade da polícia judiciária a medida. Diversamente, a nova Lei de Drogas exige expressamente, no *caput* e no parágrafo único do art. 53, a autorização judicial para que a autoridade policial deixe de efetuar a prisão em flagrante. Assim, quando se tratar de organização criminosa voltada para o tráfico, será possível utilizar, por empréstimo, a regulamentação prevista na Lei n. 9.034/95. Tal medida, inclusive, é benéfica às investigações, pois a ação controlada, em regra, necessita urgência e a exigência de autorização judicial poderia inviabilizar a efetividade da diligência.”

Com a lição acima, infere-se que se o crime a ser apurado for de organização criminosa, não há necessidade de autorização judicial para que a ação controlada seja realizada, o que significa dizer que se houver organização criminosa para a prática de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, poderá a polícia deixar de efetuar as prisões em flagrante em relação aos criminosos, admitindo-se como válida a prova colhida por força da aplicação do art. 2º, inciso II, da Lei n. 9.034/95.

Entretanto, se o crime a ser apurado for previsto na Lei n. 11.343/06, deverá haver autorização judicial para que a ação controlada seja efetuada, já que o inciso II, do art. 53, só admite o retardamento da ação policial em relação aos portadores, não incluindo os demais crimes. Nesse caso, o magistrado só concederá a autorização se forem “(...) conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores”, já que o parágrafo único, do mesmo dispositivo legal, assim determina.

Um outro meio de prova que pode ser conjugado com a infiltração de agentes consiste no “acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais”, previsto no inciso III, do art. 2º, da Lei n. 9.034/95. Na Lei do Crime Organizado, não há nenhuma previsão de necessidade de autorização judicial para que essas medidas sejam adotadas.

Entretanto, a autorização judicial, a nosso ver, para fins criminais, é necessária. A Lei Complementar n. 105 prevê no §4º, de seu art. 1º, a possibilidade de quebra do sigilo bancário e financeiro para apuração de crimes de tráfico ilícito de

entorpecentes, bem como daqueles cometidos por organização criminosa.⁹⁹ Em relação à Justiça Eleitoral, a Resolução TSE n. 21.538/03 estabelece no §3º, de seu art. 29, que as autoridades judiciárias e o Ministério Público podem ter acesso às informações do cadastro de eleitores.¹⁰⁰

O inciso IV, do art. 2º, da Lei n. 9.034/95, também admite a “a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise (...)”. Contudo, no caso específico desse inciso, há referência de que tais meios de prova só poderão ser empregados “mediante circunstanciada autorização judicial”, o que significa dizer que se o magistrado deferir a infiltração e entender que esses meios de prova se fazem necessários, deverá autorizar fundamentadamente.

Por fim, se houver requerimento para o emprego da interceptação telefônica, durante a infiltração, a autoridade judicial deverá observar os requisitos previstos na Lei n. 9.296/96 para que a prova obtida seja lícita e possa ser empregada no

⁹⁹ Dispõe o art. 1º, §4º, incisos II e IX, da Lei Complementar n. 105/01 que: “**Art. 1º** As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. (...) **§ 4º** A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: (...) **II** – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; (...) **IX** – praticado por organização criminosa.”. BRASIL, *Lei Complementar n. 105*, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 3 de outubro de 2009 às 10h47min.

¹⁰⁰ “**Art. 29.** As informações constantes do cadastro eleitoral serão acessíveis às instituições públicas e privadas e às pessoas físicas, nos termos desta resolução (Lei nº 7.444/85, art. 9º, I).

§1º Em resguardo da privacidade do cidadão, não se fornecerão informações de caráter personalizado constantes do cadastro eleitoral.

§2º Consideram-se, para os efeitos deste artigo, como informações personalizadas, relações de eleitores acompanhadas de dados pessoais (filiação, data de nascimento, profissão, estado civil, escolaridade, telefone e endereço).

§3º Excluem-se da proibição de que cuida o § 1º os pedidos relativos a procedimento previsto na legislação eleitoral e os formulados:

a) pelo eleitor sobre seus dados pessoais;

b) por autoridade judicial e pelo Ministério Público, vinculada a utilização das informações obtidas, exclusivamente, às respectivas atividades funcionais;

c) por entidades autorizadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, desde que exista reciprocidade de interesses (Lei nº 7.444/85, art. 4º).”. BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 21.538*, de 14 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/internet/legislacao/eleitoral.htm>>. Acesso em: 3 de outubro de 2009 às 10h34min.

processo, conforme destacamos no item 2.2.3..

2.2.3.2. DESCRIÇÃO DAS AÇÕES E COMPORTAMENTOS DOS AGENTES

A necessidade da descrição das ações e dos comportamentos dos agentes na decisão que autoriza a infiltração é relevante porque dentre as questões que cercam o tema inclui-se a possibilidade de o agente infiltrado cometer crimes.

Na nota de rodapé n. 66, citamos a redação original que previa a infiltração de agentes policiais em organizações criminosas. Ali, havia previsão expressa da exclusão da antijuridicidade dos atos relacionados à quadrilha ou bando, o que não foi repetido na nova redação, o que é visto como “irresponsabilidade” do legislador por Alberto Silva Franco¹⁰¹, que a critica:

“No projeto originário, vetado, excluía-se a antijuridicidade da conduta do agente policial se realizados atos referentes à quadrilha ou bando onde se infiltrara. Agora, faz-se irresponsavelmente silêncio total sobre a responsabilidade penal do agente policial, em relação às ações por ele empreendidas no exercício de suas atividades. Na doutrina discute-se a posição jurídica do agente infiltrado, afirmando alguns a licitude de seu procedimento por ter atuado no estrito cumprimento de seu dever ou no exercício regular de direito legal ou a carência de culpabilidade por obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal. Já outros asseguram existir na hipótese escusa absolutória, o que implica o reconhecimento do fato criminoso, sem imposição de pena em virtude de uma postura político-criminal”.¹⁰²

¹⁰¹ FRANCO, Alberto Silva. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, Vol. 1, 7ª ed., São Paulo: RT, 2002. p. 586.

¹⁰² Damásio de Jesus ainda aponta outras duas possibilidades. Diz ele que é possível: a) reconhecer-se a **excludente de culpabilidade**, decorrente da inexigibilidade de conduta diversa, já que a decisão do agente em não participar da empreitada criminosa comprometeria a finalidade da medida, não restando outra alternativa senão a participação ou a prática do crime; b) **atipicidade penal da conduta do agente infiltrado**, que segundo ele poderia percorrer duas linhas de raciocínio, conforme se vê de suas palavras, que adiante transcrevemos: “A atipicidade poderia derivar da ausência de dolo por parte do agente infiltrado, uma vez que ele não age com a intenção de praticar o crime, mas visando a auxiliar a investigação e a punição do integrante ou dos integrantes da organização criminosa. Faltaria, assim, imputação subjetiva. De outro lado, a atipicidade poderia derivar da ausência de imputação objetiva, porque a conduta do agente infiltrado consistiu numa atividade de risco juridicamente permitida, portanto, sem relevância penal.” JESUS, Damásio E. Artigo citado.

Da necessidade de se apurar a responsabilidade do agente infiltrado é que surge a obrigatoriedade da descrição das ações e dos comportamentos que podem ser praticados pelo agente durante a infiltração. A definição de limites à sua ação determinará a responsabilidade do agente, que deve ser informado do conteúdo da decisão que autorizou a medida, devendo apor o seu ciente, para que não restem dúvidas de que tinha total conhecimento de sua missão dentro da organização criminosa ou da atividade relacionada à prática dos crimes previstos na Lei de Tóxicos.

O extrapolamento dos limites da atuação definida na autorização judicial deve ser analisado à luz do princípio da proporcionalidade, solução bem apontada por Marcelo Batlouni Mendroni.¹⁰³

Eis aí uma das grandes dificuldades relacionadas ao tema: a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade para aferir a conformidade da conduta do agente infiltrado – independentemente da natureza jurídica que se haverá de atribuir para justificá-la –, vez que se impõe, como diz Karl Larenz, que se proceda à uma ponderação dos direitos postos em jogo, tarefa difícil na medida em que exige que sejam feitas valorações.¹⁰⁴ Luiz Otávio de Oliveira Rocha¹⁰⁵ afirma que a análise

¹⁰³ “(...) a resposta parece estar mais uma vez na solução adotada pioneiramente pela doutrina alemã chamada de Princípio da Proporcionalidade Constitucional (...) segundo o qual, numa situação de conflito entre dois princípios constitucionais, deve-se decidir por aquele de maior peso (...). (...) entre a vida e a intimidade ou a privacidade, evidente que a primeira tem maior peso, merecendo, em caso de necessidade, a sua eleição em detrimento dos demais. Nada poderia justificar o sacrifício de uma vida em favor da infiltração do agente e este deverá utilizar-se de todas as suas habilidades para impedi-lo. Claro que um policial infiltrado, impossibilitado de impedir o pior, em caso extremo, como por exemplo com uma arma apontada para a sua cabeça, e a ordem do criminoso que atire em outra pessoa, a solução estará nos princípios do direito penal, no caso, quer nos parecer, a excludente da culpabilidade pela coação moral irresistível”. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 73.

¹⁰⁴ De acordo com Karl Larenz: “(...) A jurisprudência consegue isto mediante uma ‘ponderação’ dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o ‘peso’ que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação. Mas ‘ponderar’ e ‘sopesar’ é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouse

da conduta do agente infiltrado pode ser tomada em relação à finalidade da investigação.

A questão da responsabilidade penal do agente infiltrado e da necessidade da descrição das ações e dos comportamentos que ele pode adotar durante a ação como mecanismo de fixação de seus limites por meio da autorização judicial remete ao tema colisão dos direitos fundamentais.

2.2.4. PRAZO E PROCEDIMENTO

Zenildo Bodnar não fez referência ao procedimento como requisito para a infiltração de agentes.

A inexistência de lei que fixe qualquer norma acerca do procedimento a ser seguido na infiltração, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o exame de corpo de delito, que tem previsão legal nos arts. 158 a 184, do Código de Processo Penal, é intencional, como aponta Damásio de Jesus.¹⁰⁶ Nem poderia ser diferente, já que o direito penal se utiliza da norma penal em branco¹⁰⁷ e da interpretação

Gulbenkian, 1983. p. 575. Reiteramos aqui as considerações feitas acerca da garantia do devido processo legal, notadamente, de seu aspecto substancial, analisado no item 1.3.2.2., onde mencionamos a possibilidade de sua relação com o princípio da proporcionalidade.

¹⁰⁵ “(...) a proporcionalidade se averiguará levando em conta a atuação do agente infiltrado e a finalidade da investigação”. ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. *Agente infiltrado: inovação da Lei n. 10.217/01*. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, n. 5, p. 61.

¹⁰⁶ “(...) Não se fez qualquer alusão quanto ao procedimento ou ao prazo da medida. É possível, contudo, afirmar a intencionalidade dessa omissão legislativa, uma vez que a determinação do prazo deve se orientar pela necessidade do caso concreto e pelo bom senso e responsabilidade do juiz. (...)” (JESUS, Damásio E. Artigo citado).

¹⁰⁷ Normas penais em branco são aquelas em que o legislador faz referência a uma outra norma com o intuito de preservar sua utilidade. Assim, o parágrafo único, do art. 1º, da Lei n. 11.343/06, dispõe: “Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.”. Ao invés de a lei dizer o que são drogas, remete à

analógica¹⁰⁸ como mecanismos para cumprir a sua missão de proteger os bens jurídicos mais relevantes.¹⁰⁹

Prosseguiremos no tema pouco mais adiante. Antes, estudaremos a questão do prazo da medida.

De acordo com o art. 5º, da Lei n. 9.296/96, que trata da interceptação telefônica, a autorização judicial para que ela seja realizada deve ser renovada quinzenalmente.

No julgamento do HC 76.686¹¹⁰, o Superior Tribunal de Justiça anulou decisão da Segunda Vara Criminal da Justiça Federal, que fora confirmada pela Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, por entender que houve violação ao princípio da razoabilidade na prorrogação sucessiva da

outra lei ou às listas atualizadas pelo Poder Executivo da União. Se a norma penal em branco é completada por outra lei, tem-se o que a doutrina chama de norma penal em branco em sentido amplo ou norma penal em branco homogênea e se o complementa advém de outra instância, tem-se a norma penal em branco em sentido estrito ou norma penal em branco heterogênea. TELES, Ney Moura. *Direito penal*, Vol. 1 (Parte Geral), São Paulo: Led, 1996. p. 111-112. Atualmente, a Portaria n. 244, do Ministério da Saúde, define quais são as substâncias que se encaixam no dispositivo citado. A partir dessa portaria é que se faz a verificação da tipicidade dos crimes previstos nessa lei. Pode-se discutir a possibilidade de o Poder Executivo elaborar listas para completar o tipo penal, diante do princípio da reserva legal, que se aplica ao direito penal, observação que fazemos, sem maiores detalhes, pois demandaria o desenvolvimento de um outro trabalho.

¹⁰⁸ Na norma penal em branco, o preceito primário fica incompleto, fazendo-se remissão a outra norma. Na interpretação analógica, a norma penal está completa e se vale de uma **fórmula genérica**, que permite ao intérprete aplicar a norma em situação análoga àquelas previstas em lei, como artifício para alcançar todas as condutas que se deseja, sem descrição casuística delas. É o caso do inciso I, do §2º, do art. 121, do Código Penal, que dispõem: “I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;”. A expressão “ou por outro motivo torpe” corresponde à fórmula genérica empregada pelo legislador e exige que o outro motivo torpe esteja relacionado com paga ou promessa de recompensa. Nesse caso, tem-se que a norma penal está completa, havendo juntamente com ela uma fórmula genérica que permite que situações análogas, mas devidamente relacionadas com as hipóteses descritas em lei sejam alcançadas pela norma. *Idem*. p. 176.

¹⁰⁹ Conforme Francisco de Assis Toledo, que tratando da missão do direito penal assim leciona: “A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção dos bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou a exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Não além disso. (...) dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns – os mais graves – são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal. (...)”. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994. p. 14-15.

¹¹⁰ A íntegra do acórdão encontra-se disponível no sítio do Superior Tribunal em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700264056&dt_publicacao=10/11/2008>. Acesso em 3 de outubro de 2009 às 02h50min.

autorização judicial para a realização da interceptação telefônica pelo período de cerca de dois anos.

O prazo de duração das interceptações telefônicas foi analisado no voto do relator, o Min. Nilson Naves.¹¹¹

Para ele, poder-se-ia interpretar o dispositivo admitindo-se que a violação ao sigilo telefônico só poderia durar o tempo máximo de 30 (trinta) dias, já que autorização da medida por 15 (quinze) dias, seria prorrogável uma única vez.

Em seu voto, manifestou também ser possível admitir-se que as prorrogações possam ser feitas em número indefinido de vezes, sendo, entretanto, necessário observar-se o prazo máximo de 60 (sessenta) dias, por força do disposto no §2º, do art. 136, da Constituição Federal¹¹², que trata do Estado de Defesa, que se constitui em estado de exceção. Para desenvolver esse raciocínio, o Min. Nilson Naves equiparou a violação ao sigilo telefônico à supressão desse direito durante o Estado de defesa, previsto na alínea “c”, do inciso I, do §1º, do mesmo art. 136, da Constituição Federal.¹¹³

Por último, fazendo referência ao projeto de lei que tramita no Congresso Nacional e que admite a interceptação telefônica pelo período de 360 (trezentos e sessenta) dias, mencionou que seria possível então admitir-se tal prazo, referindo-se

¹¹¹ O dispositivo em análise corresponde ao art. 5º, da Lei n. 9.296/96, que dispõe: “Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.”

¹¹² “**Art. 136.** (...) §2º - O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do*, 42ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

¹¹³ “**Art. 136.** O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. § 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: (...) c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; (...)” BRASIL, *Constituição da República Federativa do*, 42ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

a ele como “demasiado” em seu entender.

Consta também do voto em comento que na ponderação entre valores constitucionais prevalecem a liberdade, a vida privada, a intimidade, etc. em relação à segurança do Estado, e, com esses argumentos, notadamente, o princípio da razoabilidade, anulou-se a decisão.

A despeito das críticas à possibilidade de prorrogação da interceptação telefônica por prazo maior a 60 (sessenta) dias, disse o próprio Min. Nilson Naves em seu voto que a jurisprudência dominante naquela Corte é a de que as prorrogações podem ser feitas pelo número de vezes necessário¹¹⁴, de modo que é de se considerar que a decisão que autorizou as interceptações telefônicas por período superior a dois anos, na verdade, não foi anulada em razão do número de vezes em que foi prorrogada, mas, em razão da violação ao princípio da razoabilidade, que impõe o respeito ao direito de liberdade em relação ao direito à segurança do Estado.

Aliás, não há dúvida de que a prorrogação da interceptação telefônica pode se dar por quantas vezes forem necessárias, desde que se observem determinados parâmetros, tal como estabelecido pelo Min. Cesar Peluso, no Inquérito n. 2424, mencionado no Informativo n. 529¹¹⁵ da Suprema Corte brasileira, em que ficou

¹¹⁴ Disse o Min. Nilson Naves no voto do HC 76.686 que: “Entre nós aqui no Superior Tribunal, temos admitido, é verdade, tantas prorrogações quantas necessárias, e, vejam, foi assim que ementei eu mesmo o HC-50.193, de 2006, adotando, é claro, a orientação assentada na 6ª Turma, exemplificativamente, RHC-15.121, de 2004, e HC-40.637, de 2005.”

¹¹⁵ “(...) por votação majoritária, o Tribunal afastou as alegações de ilicitude da prova de interceptação telefônica por falta de fundamentação, **inviabilidade da prorrogação** e violação da regra da subsidiariedade da prova. Afirmou-se que as decisões estariam devidamente fundamentadas nos termos do art. 93, IX, da CF c/c os artigos 4º e 5º da Lei 9.296/96, e que as interceptações telefônicas **foram medidas necessárias e absolutamente imprescindíveis às investigações**. Registrou-se que, a cada 15 dias, o relator analisava novamente a conveniência de se mantê-las, tendo, por diversas vezes, excluído linhas, incluído terminais, alterado o foco da investigação, no sentido de corresponder às sugestões e aos requerimentos da autoridade policial e do Procurador-Geral da República, o qual se reportava, a cada novo pedido, aos relatórios da inteligência policial. Considerou-se, também, **a orientação fixada pelo Supremo no julgamento o HC 83515/RS** (DJU de 4.3.2005), **no sentido de ser lícita a prorrogação do prazo para interceptação telefônica,**

vencido apenas o Min. Marco Aurélio, para quem a interceptação, além dos 30 (trinta) dias, configuraria “bisbilhotice”¹¹⁶.

Com isso, verifica-se que há entendimento majoritário das Cortes Superiores no sentido – em que pese entendimentos isolados em sentido contrário – de que a prorrogação da interceptação telefônica pode ser feita indefinidamente, desde que a cada quinze dias haja nova autorização judicial.

Tornando à análise do prazo para a infiltração de agentes, não há, nas Leis n. 9.034/95 e n. 11.343/06, fixação de prazo mínimo da medida. Tanto o inciso V, do art. 2º, da Lei n. 9.034/95, como também o art. 53, inciso I, da Lei n. 11.343/06 condicionam a medida apenas à autorização judicial.

Sendo assim, entendemos que o legislador atribuiu a responsabilidade para a fixação do prazo da infiltração ao magistrado, observando-se os critérios definidos pelo Supremo Tribunal Federal, referidos pelo Min. César Peluso, no Inquérito n. 2424, que citamos na nota de rodapé n. 99, que podem ser tomados por analogia.

ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e o imponha a sua investigação, o que sucedera na espécie. Frisou-se que o prazo máximo de 30 dias para a manutenção da interceptação da comunicação não pode ser injustificadamente alargado, mas **pode o magistrado, com outro motivo, e diversa motivação, determinar nova interceptação do mesmo telefone.** Repeliu-se, ainda, a assertiva de ofensa ao princípio do juiz natural, por ter o relator determinado, durante o recesso, que as interceptações até então autorizadas não fossem interrompidas, visto que o recesso forense não lhe tiraria a qualidade, a função, nem a competência de relator do caso, pois o Presidente do Tribunal funciona apenas quando o relator não se encontra e, no caso, o relator se encontrava presente. Não se vislumbrou, ademais, na determinação das interceptações, ofensa ao art. 2º, II, da Lei 9.296/96, ao fundamento de que todas as medidas tomadas para apuração dos fatos narrados na denúncia foram sancionadas pela subsidiariedade desse meio para obtenção de prova, sendo óbvio que o envolvimento de magistrados, membros de tribunais, um deles, de Tribunal Superior, implicava a necessidade de se apurar os fatos com rigor perceptivo, de modo que **a singularidade e a especificidade da situação demandava um meio excepcional de prova.** Enfatizou-se que, sem essas provas, sem indícios mais consistentes, sempre se poderia argüir que se imputava aos ora acusados a mera prática do chamado crime de hermenêutica. Vencido o Min. Marco Aurélio que acolhia a preliminar por entender estar-se diante de prova ilícita, porque extrapolado o prazo de 15 dias, prorrogável por igual prazo, previsto no art. 5º da Lei 9.296/96. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 529*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo529.htm>>. Acesso em 05 de outubro de 2009 às 17h56min.

¹¹⁶ “(...) O ministro Marco Aurélio, único a votar pela ilegalidade das provas obtidas no inquérito, afirmou que o dispositivo legal é claro no sentido de que as escutas não podem ultrapassar o prazo de 30 dias. ‘Não se levantando dados no prazo de 30 dias, o que se passa a ter é uma verdadeira bisbilhotice’, disse.”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=99390&caixaBusca=N>>. Acesso em 04.out.2009 às 18h37min.

Superada a questão da necessidade da fixação de prazo de duração da infiltração de agentes, importa retomar a questão do procedimento.

O art. 2º, da Lei n. 9.034/95, estabeleceu no parágrafo único, que: “A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.”. O dispositivo foi incluído pela Lei n. 10.217/01, que também incluiu a infiltração como meio de prova, no inciso V, do art. 2º, da Lei do Crime Organizado. Muito embora a Lei n. 11.343/06 não contenha dispositivo semelhante, é razoável considerar que a exigência do sigilo também se aplica a ela.

Mas, ainda assim, ficam lacunas. O dispositivo retro citado se refere apenas ao sigilo. Ficam ainda dúvidas acerca do procedimento e Damásio de Jesus sugere a adoção do procedimento previsto para a interceptação telefônica, respeitando-se, ainda, o estabelecido na Convenção de Palermo, ratificada por meio do Decreto n. 5.015/04.¹¹⁷

Seguindo esse entendimento, havendo representação para que se proceda à infiltração de agentes, feita pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, caberá ao juiz mandar autuar em apartado, tramitando em segredo de justiça, devendo ser apensado aos autos, após sua conclusão, dando-se ciência de tudo ao Ministério Público, que detém a titularidade da ação penal. Entendemos possível aplicar-se, por analogia, as regras fixadas na Resolução n. 59, de 9 de setembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça, onde foi estabelecido um procedimento interno para o gerenciamento da interceptação telefônica, naquilo que for aplicável.

¹¹⁷ “É razoável admitir, ainda, que essas omissões legais possam ser perfeitamente supridas por meio do emprego da analogia da Lei n. 9.296/96, que regulamenta o procedimento das interceptações telefônicas. É fundamental salientar que a adoção desse mecanismo de investigação, tratando-se de crime organizado, implica o cumprimento pelas autoridades brasileiras do compromisso internacional assumido por ocasião da assinatura da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, denominada Convenção de Palermo, já devidamente ratificada por meio do Dec. Leg. n. 5.015/2004.” (JESUS, Damásio E. Artigo citado).

2.3. A VALIDADE DA PROVA OBTIDA PELA INFILTRAÇÃO DE AGENTES

Diante do que expusemos até aqui, entendemos possível reconhecer-se duas correntes acerca da prova obtida por meio da infiltração de agentes.

Uma primeira negaria a validade delas, por se tratar de meio probatório sem previsão de procedimento em lei, exclusivamente dependente de autorização judicial, com a qual discordamos, adotando as seguintes razões apresentadas por Damásio E. de Jesus¹¹⁸:

“A princípio, segundo a concepção doutrinariamente aceita em relação à prova ilícita, a prova produzida a partir da infiltração do agente seria ilícita, porque incide sobre direitos fundamentais. É evidente que essa conclusão é demasiadamente formalista e inflexível, na medida em que desconsidera as características da sociedade atual, pós-industrial, a qual tem como um dos principais efeitos o fenômeno da criminalidade organizada. Não foi sem razão que o legislador introduziu a figura do agente infiltrado na Lei do Crime Organizado, justamente por partir do pressuposto que, em certos casos, é indispensável socorrer-se de recursos extraordinários de investigação, os quais, por sua vez, são mais restritivos a direitos fundamentais. A questão reside exatamente em definir os limites dessa restrição, a fim de evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais a pretexto da necessidade de se salvaguardar a eficiência na persecução.”

Não só as considerações do professor acima nominado, mas também a de que não há direitos fundamentais absolutos, havendo colisão entre eles, como ensina Alexy¹¹⁹, e a necessidade da ponderação acerca daquele que deve

¹¹⁸ JESUS, Damásio E. Artigo citado.

¹¹⁹ Acompanhando a lição de Canotilho, para Alexy as normas também são gênero, que tem como espécies os princípios e as regras. A novidade de sua teoria está na proposta de solução para o conflito entre princípios. Para ele, os princípios são “mandados de otimização”. Isso significa dizer que eles devem ser realizados ao máximo. Ele diz: “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das **possibilidades jurídicas e fáticas existentes**. Princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização*.” (o grifo é nosso). *Princípios e regras em Alexy*. Direito e Atualidade: As questões do direito em debate. Disponível em: <<http://direitoeatualidade.wordpress.com/2009/09/25/principios-e-regras-em-alexyl/>>. Acesso em 3 de outubro de 2009 às 02h33min. Assim sendo, para a se chegar à “máxima da proporcionalidade” que corresponde à solução dada ao caso, ou seja, que corresponde à opção feita pelo operador do direito em reconhecer a prevalência de um princípio sobre o outro, impõe-se realizar uma operação composta por duas etapas, que resolvem a

prevalecer em dada situação, atividade complexa, que demanda valoração, todavia necessária em uma sociedade que alarga em complexidade.¹²⁰

Uma segunda que afirma que a validade da prova obtida pela infiltração de agentes dependerá da análise de cada caso concreto. Para a utilização das provas obtidas através desse meio de prova, torna-se necessário observar os requisitos que foram abordados nos subitens do item 2.2..

A ausência de definição de um procedimento para o desenvolvimento da infiltração de agentes não torna a sua utilização nula, mas impõe análise da autorização judicial que a admitiu. É na verificação dos limites fixados na autorização judicial, observando-se os parâmetros do devido processo legal, notadamente, do seu viés substantivo, bem como da teoria dos direitos fundamentais, que se verificará se a prova colhida pode ser utilizada de maneira legítima para fundamentar a condenação dos investigados.

A questão se lançará para a jurisprudência. Daí se nota o aumento das responsabilidades que incidem sobre os magistrados em relação à apuração de crimes de organização criminosa e tráfico ilícito de drogas.

Cabe a eles analisar se a medida é adequada e necessária, estabelecendo

otimização. São elas: **a)** a da **adequação**, que consiste na verificação da adequação da medida jurídica adotada em relação ao fim visado; **b)** a da **necessidade**, que consiste em questionar se há ou não outro meio menos gravoso e com o qual seja possível atingir-se o mesmo resultado. Verificando que a medida é adequada e necessária é possível chegar-se à “máxima da proporcionalidade”, que corresponde à aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. É possível acrescer à adequação e à necessidade a “**carga argumentativa**” necessária para comprovar as razões que justificam a prevalência de um princípio em um dado caso concreto. As considerações que fizemos nesta nota, são conclusões extraídas de dois artigos da rede mundial de computadores. O primeiro foi citado acima e o segundo é o que citamos adiante: MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira e CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9952&p=2>>. Acesso em 5 de outubro de 2009 às 14h33min.

¹²⁰ A grande questão da distinção entre princípios e regras e a forma de solução do conflito entre os princípios está no fato de que Alexy considera que os direitos fundamentais são como princípios, logo, é possível reconhecer-se que a supressão de um deles se justifique em um dado caso concreto, desde que sejam comprovadas a adequação e a necessidade para tanto, diante dos pressupostos fáticos e jurídicos existentes.

que ações e comportamentos devem ser tomados pelos agentes e que meios de prova poderão utilizar durante a infiltração, fixando o prazo da duração da medida, analisando o resultado colhido, e verificando quais das provas podem ser aproveitadas como elemento probatório para fundamentar eventual condenação.

A validade da prova utilizada para fundamentar a eventual condenação pela prática de crimes de organização criminosa ou de tráfico ilícito de entorpecentes está atrelada à sua obediência aos paradigmas do Estado democrático de direito, onde se consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, tema diretamente atrelado aos direitos fundamentais, que consistem nos limites de ação do Estado e dos particulares em suas relações privadas, tomando-se a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a garantia do *substantive due process of law*.

Está atrelada também à “máxima da proporcionalidade”, proposta por Alexy, onde o magistrado terá sempre a difícil missão de fundamentar sua decisão apontando os pressupostos fáticos e jurídicos do caso que tem em suas mãos e que justificam a autorização da medida, valendo-se do *discurso argumentativo*, como forma de reforçar as razões pelas quais merecem sacrifício os direitos à intimidade, à vida privada e íntima, bem como o da autodeterminação informativa, que compõem o arcabouço dos direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos atualmente em um Estado democrático de direito (art. 1º, Constituição Federal), que exige o respeito aos direitos fundamentais, que consistem em direitos mínimos conquistados ao longo da história, reconhecidos pela Constituição, dentre os quais se incluem o direito a um processo, no qual sejam assegurados o contraditório, a ampla defesa e o emprego de provas produzidas segundo regras previamente definidas para fundamentar as decisões judiciais (art. 5º, incisos LIV, LV e LVI, e art. 93, inciso IX, ambos da Lei Maior).

A garantia do devido processo legal assume, atualmente, contornos de um aspecto substancial (*substantive due process of law*), que permite ao Judiciário o exercício de um controle mais amplo das atividades exercidas pelo legislativo e executivo, sendo-lhe possível, inclusive, negar a aplicação de determinadas normas, reconhecendo sua inadequação ou violação a direitos fundamentais.

O respeito aos direitos fundamentais não se reserva apenas ao Estado, mas alcança também os indivíduos em suas relações (eficácia horizontal), de modo que a todos se impõe o respeito a eles. Nas situações concretas em que se estabelece o conflito entre direitos dessa ordem, exige-se a atuação jurisdicional, que para solucioná-lo depende de critérios nos quais sejam eles resguardados ao máximo possível.

Uma das soluções possíveis de ser adotada é proposta por Robert Alexy, que considera aplicável aos direitos fundamentais a forma de solução dos conflitos entre princípios. Em sua teoria, impõe-se a verificação da *adequação* e da *necessidade* do emprego de uma dada medida, para chegar-se à conclusão de que um dado

princípio – ou, no caso, um direito fundamental – deve prevalecer sobre o outro. A justificação da prevalência de um direito fundamental sobre outro pode ser reforçada por meio da carga argumentativa dos discursos relacionados aos pressupostos fáticos e jurídicos apresentados (fundamentação).

Tomando as considerações feitas anteriormente, conclui-se que a infiltração de agentes se consubstancia em meio de prova que afronta direitos fundamentais, notadamente, os da vida privada e da intimidade.

Por essa razão foi submetida, por meio da Lei n. 10.217/01, à autorização judicial. Não sendo possível definir-se em lei o procedimento a ser adotado durante a infiltração policial, sob pena de prejuízo de utilidade desse meio de prova, lançou-se a responsabilidade aos magistrados, que devem observar alguns requisitos mínimos, dentre os quais: a) a existência de um procedimento formal de investigação; b) requerimento ou manifestação favorável do Ministério Público; c) autorização prévia da autoridade judiciária competente; d) indícios suficientes da prática de crimes de organização criminosa ou de drogas; e) real necessidade da medida; f) descrição detalhada dos meios de prova que poderão ser produzidos; g) descrição pormenorizada com a delimitação das ações e comportamentos do agente infiltrado; e, g) prazo para a conclusão da diligência.

A validade da prova colhida por meio da infiltração de agentes autorizada judicialmente dependerá da fundamentação da decisão que a admitiu e da comprovação da presença dos requisitos elencados no caso concreto.

Comprovando-se a adequação e a necessidade da medida, é admissível reconhecer a legitimidade na utilização desse meio de prova, justificando-se a condenação daqueles que incorrem na prática dos crimes previstos nas leis que o admitem.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Maurício Pinto de e COLUCCI, Maria da Glória Lins. *Lições de Teoria Geral do Processo*, Curitiba: Juruá, 1996.

ANDRADE, Manoela. *Direitos fundamentais: conceito e evolução*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1229/Direitos-Fundamentais-conceito-e-evolucao>>. Acesso em: 27 de setembro de 2009 às 11h37min.

ARRUDA, José Jobson de A. e PILETTI, Nelson. *Toda a História: História geral e história do Brasil*, São Paulo: Ática, 1996. p. 168-169.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncara. *Processo Penal*, 3ª ed., São Paulo: Método, 2008.

BIANCHINI, Alice e GOMES, Luiz Flávio. *Lei de drogas comentada: artigo por artigo*, 3ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2008.

BRASIL, *Código de Processo Penal. Vade-Mecum*, 7ª ed., atual. e amp., São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>. Acesso em 14 de setembro de 2009 às 21h43min.

BRASIL, *Lei n. 9.296*, de 24 de julho de 1996. Publicada no Diário Oficial da União do dia 25 de julho de 1996.

BRASIL, *Lei Complementar n. 105*, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 3 de outubro de 2009 às 10h47min.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 529*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo529.htm>>. Acesso em 05 de outubro de 2009 às 17h56min.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *MS nº 22.164/SP*. Publicado no Diário da Justiça da União, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206, RTJ 164/158.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 158215/RS*, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30.04.1996. DJ de 07.06.1996. pp. 19830.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 21.538*, de 14 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/internet/legislacao/eletoral.htm>>. Acesso em: 3 de outubro de 2009 às 10h34min.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, 4. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº. 35/2001. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6.^a ed., revista, Coimbra:

Almedina, 1996. p. 84.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19ª ed., 3ª tir., São Paulo: Saraiva, 2004

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de; e, MENDONÇA, Andrey Borges. *Lei de drogas comentada: artigo por artigo*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2007.

DELGADO, José Augusto. *A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia*. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/docs/art1.doc>>. Acesso em 22.set.09 às 21h33min.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, Vol. 1, 9ª ed., Salvador: JusPodium, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos fundamentais*: São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, Vol. 1, 7ª ed., São Paulo: RT, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e, CINTRA, Antônio

Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*, 12.^a ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

JESUS, Damásio E. *Agente infiltrado: reflexos penais e processuais*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7360>>. Acesso em 28 de setembro de 2009 às 20h31min).

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis*, 3^a ed., Curitiba: Juruá, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 1983, p. 575.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 30 de setembro de 2009 às 20h05min.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos: anotada e interpretada*, 5^a ed., de acordo com a Lei n. 11.464/07, São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira e CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9952&p=2>>. Acesso em 5 de outubro de 2009 às 14h33min.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Anotada*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito constitucional*, 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 3ª ed., São Paulo: RT, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, São Paulo: RT, 2008.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. *Agente infiltrado: inovação da Lei n. 10.217/01*. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, n. 5.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria Advogado, 1998.

SILVA, Ovídio de Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, Vol. I (Processo de Conhecimento), 3ª ed., Porto Alegre: SAFE, 1996.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley. *Repressão ao crime organizado – Inovações da Lei nº 9.034/95*. Curitiba: Juruá, 1995.

SOUZA NETO, José Laurindo de. *Processo penal: sistemas & princípios*, Curitiba: Juruá, 2003.

TELES, Ney Moura. *Direito penal*, Vol. 1 (Parte Geral), São Paulo: Led, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Vol. 2, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.