VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO, PROCESSO E SISTEMAS DE PROTEÇÃO I

EDUARDO MANUEL VAL

HAIDEER MIRANDA BONILLA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597
Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/ UNHwN;
Coordenadores: Eduardo Manuel Val, Haideer Miranda Bonilla – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-390-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.
1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Judicial. 4. Sistema de proteção. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34

Universidad Nacional de Costa Rica
Heredia – Costa Rica
www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO, PROCESSO E SISTEMAS DE PROTEÇÃO I

Apresentação

(Aguardando o envio do texto de apresentação produzido pelos coordenadores deste Grupo de Trabalho)

DIREITOS HUMANOS, PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO E INTELIGÊNCIA INVESTIGATIVA

HUMAN- RIGHTS, DEMOCRATIC CRIMINAL PROCEDURE AND INVESTIGATIVE INTELLIGENCE

Edilene Lôbo [1]

Resumo

O presente artigo objetiva perquirir, na atual quadra de constitucionalização dos direitos humanos para implantação da democracia substancial, em que medida a falta de exação e de inteligência investigativa no processo penal brasileiro banaliza garantias constitucionais e torna corriqueiro a antecipação da pena sem juízo final de culpabilidade, a prisão provisória, a condução coercitiva para prestação de depoimento sem esgotamento da intimação prévia e a fundamentação de condenações exclusivamente em delações premiadas. E o faz para sustentar o processo como garantia do cidadão contra o arbítrio estatal, implicando revisão da bibliografia, legislação e jurisprudência.

Palavras-chave: Direitos humanos, Processo penal, Democracia substancial, Inteligência investigativa, Constitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to examine, inside the current moment of human-rights Constitutionalisation to achieve substantive democracy, to what extent the Brazilian criminal procedure lack of accuracy and investigative intelligence vulgarizes constitutional guarantees and makes commonplace of the advancement of punishment without final culpability judgement, pre-trial detention, “bench warrant” to render personal deposition without previous subpoena and the conviction with basis only on plea bargains. In doing so this paper sustains legal procedure as a citizen’s guarantee against State´s discretion, resulting in revision of the available bibliography, legislation and jurisprudence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human-rights, Criminal procedure, Substantive democracy, Investigative intelligence, Constitutionalism

[1] Doutora em Direito pela PUC-Minas. Mestre em Direito pela UFMG. Professora do Mestrado e Graduação da Universidade de Itaúna-MG. Advogada. Especialista em Processo Penal pela Universidade Castilla La-Mancha.

INTRODUÇÃO

O Brasil foi marcado indelevelmente pelo adento da Constituição de 1988, que versou no rol dos direitos fundamentais importantes direitos humanos até então estampados em declarações e tratados internacionais, tudo para que, como dispôs logo de entrada, a dignidade e a cidadania fossem tratadas como fundamentos do Estado Democrático de Direito, ao lado da soberania, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político.

No que tange ao direito penal e ao processo penal, focos do presente trabalho, com generosidade definidora do paradigma instituído, a Constituição fixou claramente suas balizas para impor limites ao poder punitivo do Estado, com vistas a ampliar a liberdade e assegurar os direitos fundamentais disciplinados ao longo do seu texto.

Assim, a Constituição estabeleceu os parâmetros para o discurso de criação e de aplicação do direito penal, que não coadunam com o quanto se tem das manifestações oficiais dos Poderes do Estado, que ignoram, por completo, tais referentes, insistindo na indução à crença de que a exacerbação das punições, a ampliação da tipologia criminal e das hipóteses de medidas penais cautelares, a prisão de condenados antes do trânsito em julgado, enfim, que a restrição à liberdade e aos direitos fundamentais, é capaz de combater, com eficiência, a violência e a criminalidade.

Um dos exemplos mais recentes desse discurso está na permissão da prisão após decisão de segundo grau, sem trânsito em julgado, esposada pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.292[1], relatado pelo então Ministro Teori Zavascki, mesmo ali já se tendo reconhecido que o sistema penitenciário está falido, consoante destacou o Ministro Ricardo Lewandowski, se referindo a julgado proferido na ADPF nº 347[2], que declarou inconstitucional o estado de coisas em que se encontram as prisões brasileiras.

No voto do Relator se pôs o papel do processo penal como o "único meio de efetivação do jus puniendi estatal", em franca colisão com a concepção de garantia do cidadão

[1] STF: Habeas Corpus nº 126.292, originário de São Paulo, relatado pelo Ministro Teori Zavascki, publicado no Diário do Judiciário eletrônico nº 100, de 16/05/2016, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 20 de jan. 2017.

[2] STF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, originária do Distrito Federal, relatada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, publicada no Diário do Judiciário eletrônico nº 31, de 18/02/2016, disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 20 jan. 2017

contra o poder estatal, como ensina Luigi Ferrajoli[3]. A par dessa lição, só se chega legitimamente à pena se observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas, extraídas do devido processo legal penal, dentre as quais a proibição de antecipar juízos de culpabilidade.

Essa compreensão havida do paradigma constitucional é completamente alheada, num truque de palavras próprio do praxismo que promete segurança pública e defesa social com o radicalismo da pena e antecipação de sua execução, tudo por mero ato de autoridade[4] (ou seria mágica da autoridade?). Tal concepção é firmemente defendida no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no precitado Habeas Corpus nº 126.292, de superação da presunção de inocência, o princípio constitucional, pela decisão da autoridade, o discurso formal estatal[5]. E isto, nos albores do século XXI!

Outra demonstração da negação do processo penal como garantia constitucional, ao invés de legitimador dos atos de força do Estado ineficiente na persecução inteligente, é o excesso de prisões provisórias apoiadas em expressões vagas como garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

Daí os números impressionantes que dão conta da banalização dessas medidas restritivas provisórias[6], que minam a democracia e os princípios estruturantes do processo penal – ampliando a violência e a desumanização da pena – numa retroalimentação caótica do sistema[7].

Esse quadro é tão dantesco, causador da superlotação das penitenciárias brasileiras transformadas em barris de pólvoras estalando continuamente em rebeliões e mortes, que a

[3] FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoria del garantismo penal. 4ª ed. Madrid: Editoral Trotta, 2000. Prólogo de Norberto Bobbio.

[4] STF: Habeas Corpus nº 126.292, originário de São Paulo, relatado pelo Ministro Teori Zavascki, publicado no Diário do Judiciário eletrônico nº 100, de 16/05/2016, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 20 de jan. 2017.

[5] Este o trecho do voto: "O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, no sentido da culpabilidade do agente". STF: Habeas Corpus nº 126.292, originário de São Paulo, relatado pelo Ministro Teori Zavascki, publicado no Diário do Judiciário eletrônico nº 100, de 16/05/2016, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 20 de jan. 2017.

[6] Compõem o gênero da provisoriedade, as seguintes espécies: prisão em flagrante, a prisão temporária, prisão preventiva, a prisão cautelar e prisão por sentença penal condenatória recorrível.

[7] Conselho Nacional de Justiça (*online*): Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais. Janeiro de 2017: dos 654.372 presos no Brasil 34% são provisórios, correspondendo a 221.054, dos quais praticamente um terço envolve o tráfico de drogas. E que entre 27% a 69% desse total de presos estavam custodiados há mais de 180 dias, indicando, ainda, que o tempo médio de prisão provisória se dá entre 172 a 974 dias, a depender do Estado da Federação. O maior percentual de presos provisórios está nos Estados do Nordeste do Brasil, como Sergipe, Alagoas, Ceará e Bahia, assim como o maior tempo de duração da prisão provisória, de 974 dias em Pernambuco e 682 dias no Rio Grande do Norte. Disponível em:< http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>. Acesso em: 28 fev. 2017.

Organização das Nações Unidas o tem denunciado firmemente, destacando sua face perversa, própria dos regimes totalitários, verdadeira barbárie violadora do direito à vida e à liberdade, "com o encarceramento de inocentes, superlotação, maus tratos e tortura"[8]. Em rico documentário[9] disponibilizado em meio eletrônico e distribuído em variadas redes mundiais, a ONU afirma que o Brasil trafega "Na contramão da tendência mundial de redução do número de pessoas em privação de liberdade", aumentando, "a cada ano, 7% de sua população carcerária." Nesse ritmo, "O país já é o quarto no ranking global de encarceramento". E para que?

Outra medida bastante banalizada nos últimos tempos, causadora de vexação pública e antecipação de juízos políticos incriminatórios, é a condução coercitiva, prevista nos artigos 218[10] e 260[11] do Código de Processo Penal brasileiro. É de leitura simples desses dispositivos que a condução coercitiva só pode ser ativada se, devidamente intimada, a testemunha se recusar a comparecer para prestar informações. E o acusado, com formação mínima dos elementos indiciários, intimado para interrogatório, reconhecimento ou outro ato processual para o qual seja imprescindível sua presença, se recusar sem motivo. Ou seja, há que se conjugar elementos estruturantes básicos para se impor tal subjugação: a intimação prévia, a condição de testemunha ou de acusado, o descumprimento à ordem prévia e, no caso do acusado, o ato processual exigente de sua presença, sem possibilidade de mitigação por outra via.

É igualmente espantosa a mesmerização da prisão preventiva para forçar delação premiada, ocorrendo, inclusive, de forma sucessiva contra a mesma pessoa. Essa prática, adotada no âmbito de espetacular investigação policial federal[12] em curso no Brasil há vários

[8]ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL (*online*). As violações no sistema prisional brasileiro. Publicado em 07/12/2016. Disponível em:<https://nacoesunidas.org/video-exclusivo-as-violacoes-no-sistema-prisional-brasileiro/>. Acesso em 28 fev. 2017.

[9] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL (*online*). As violações no sistema prisional brasileiro. Publicado em 07/12/2016. Disponível em:<https://nacoesunidas.org/video-exclusivo-as-violacoes-no-sistema-prisional-brasileiro/>. Acesso em 28 fev. 2017.

[10] "Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública."

11 "Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença."

[12] A Operação Lavajato foi deflagrada em 2014 pela Polícia Federal brasileira, com a justificativa de investigar esquema de lavagem e desvio de dinheiro, tendo se iniciado, mesmo, em 2009, colocando sob foco doleiros de Curitiba, Alberto Youssef e Carlos Habbib Chater, assim como políticos de partidos variados e servidores públicos da alta esfera de empresas estatais. Atualmente se encontrando na 38ª fase, conforme divulgado pelo Portal de Notícias Globo.com, disponível em:< http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/todas-as-fases-da-operacao-lava-jato.html>. Acesso em 02 de mar. 2017.

anos, bastante conhecida mundialmente, sob a justificativa de investigar atos de corrupção praticados por agentes públicos e privados, sequer é disfarçada.

Para se ter exemplo desse desvirtuamento, recentemente[13] a Justiça Federal expediu novo mandado de prisão contra determinado investigado, preso outrora, mas livrado por força de Habeas Corpus deferido no Supremo Tribunal Federal. A alegação era que a detenção se baseava em motivos diferentes que a anterior, se tratando de criminoso contumaz que oferecia "risco para a ordem pública e aplicação da lei penal"[14]. Entretanto, ao se saber que o investigado estava negociando acordo de delação premiada com o Ministério Público, a prisão foi revogada seis dias depois, por se entender que a liberdade daquele investigado não mais ameaçava a ordem pública![15] É natural, diante de tamanha perplexidade, indagar qual das duas decisões são válidas e que fim terá levado a fundamentação como pressuposto de validade constitucional do ato judicial.

Como igual grau de estupefação, suspendendo garantias constitucionais inafastáveis, em verdadeiro Estado de exceção, surgiu recentemente a figura da busca e apreensão coletiva, deferida para que se devassasse um bairro inteiro da Cidade do Rio de Janeiro, em nome da utilidade da inteligência investigativa, mais ou menos na mesma linha que vem sustentando as medidas anteriores.

Nesse cenário, a que ponto o paradigma do processo penal democrático como garantia se sustenta? O que falta para sua aplicação? Qual a contribuição desse referencial para a contenção de tal sorte de arbitrariedades? O que tem, à guisa de inteligência investigativa, que tanto vem sustentando o Estado de exceção, com as providências criticadas neste trabalho?

Tais inquietações são postas no presente artigo para criticar o discurso oficial de criação e de aplicação do direito penal e processual, buscando sua filtragem pela compreensão da defesa dos direitos humanos como salvaguarda da civilidade. Busca, também, destacar o processo penal democrático como garantia contra o arbítrio, único vetor possível da inteligência investigativa no combate à criminalidade, jamais veículo de persecução estatal insana.

---

[13] Conforme RODAS, Sérgio. Moro ordena prisão, mas volta atrás ao descobrir que acusado negocia delação. CONJUR, 23 de fev. 2017, disponível em: < http://www.conjur.com.br/2017-fev-23/moro-ordena-prisao-recua-saber-acusado-negocia-delacao>. Acesso: 27 fev. 2017.

[14] Conforme RODAS, Sérgio. Moro ordena prisão, mas volta atrás ao descobrir que acusado negocia delação. CONJUR, 23 de fev. 2017, disponível em: < http://www.conjur.com.br/2017-fev-23/moro-ordena-prisao-recua-saber-acusado-negocia-delacao>. Acesso: 27 fev. 2017.

[15] Conforme RODAS, Sérgio. Moro ordena prisão, mas volta atrás ao descobrir que acusado negocia delação. CONJUR, 23 de fev. 2017, disponível em: < http://www.conjur.com.br/2017-fev-23/moro-ordena-prisao-recua-saber-acusado-negocia-delacao>. Acesso: 27 fev. 2017.

O objetivo, portanto, é explicitar a promessa não cumprida do discurso oficial, combater a expansão do direito penal para reforçar o poder das autoridades e afirmar a necessidade de se buscar alternativas para além da formação de barganhas penais ou suspensão de direitos fundamentais como demonstração de inteligência investigativa, difundindo a efetividade dos direitos humanos e da democracia como a possibilidade de paz estável e duradoura[16]. Além disso, desde já, anota que não há sistema de inteligência investigativa que possa sequer subsidiar formalmente o discurso das autoridades, que dirá modelo capaz de permitir comparação com outros países, restando esse importante ponto de interrogação para trabalhos futuros.

A atualidade dos temas postos evidencia a importância do trabalho, justificando sua contribuição ao estudo dos direitos humanos, do constitucionalismo e da democracia.

Para chegar às conclusões apresentadas, culminando com a oferta de sugestões para modificação da realidade, o trabalho lançou mão do método dedutivo hipotético, revisando a bibliografia disponível, consultando, também, a jurisprudência própria.

O referente teórico explicitado é o da democracia substancial, que apresenta o processo penal como garantia do cidadão, extraído diretamente do artigo 5º da Constituição brasileira, à busca da implementação dos direitos humanos como razão de ser do Estado e seus agentes.

2 INTELIGÊNCIA INVESTIGATIVA E DEVIDO PROCESSO PENAL

A inteligência, como uso da cognição, consiste na ativação dos sentidos para realizar escolhas e implementar ações, lançando mão da linguagem para resolução de problemas. No processo penal, a inteligência possibilita a compreensão de sua estrutura engastada na Constituição, que lhe dá forma e sentido a partir dos princípios que são sua gênese, dirigido ao seu centro de gravidade definido pelo paradigma vigente, à busca da reconstrução de fatos jurídicos para propiciar aplicação segura do ordenamento.

O centro de gravidade do processo penal no Estado Democrático é o indivíduo, cujos bens jurídicos são tutelados pelo ordenamento penal de modo a lhe oferecer condições de uma vida boa. Por isso, "[a] conceituação de bem jurídico, inserida em postulados do Estado Democrático de Direito, nos conduz, ainda, a sustentar que o Direito Penal, ao exercer dentro de suas funções, a proteção dos aludidos bens, deve atuar de forma subsidiária, ou seja, deve

[16] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 1ª ed. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campos Elsevier, 2004.

constituir-se na última instância interventiva do Estado para assegurar a solução dos problemas sociais"[17].

Evidentemente que dada a orientação constitucional paradigmática de prevalência do ser em detrimento do ter e do poder, a regulação desses bens jurídicos deve se dirigir aos mais relevantes, lançando para outras esferas de regulação aqueles que revelem insignificância ou menos valia. Esta é parte do contorno, bastante importante, que a Constituição estabeleceu para o discurso de criação do direito penal, significando dizer que esta deve ser limitada, contida, não expansionista.

Nesse passo, os bens jurídicos tutelados pelo direito penal só poderão ser protegidos num sistema de garantias prévias, armado em delimitações constitucionais claras e bem aplicadas por meio da argumentação técnica dialogal, com valores similares para todos os atores sociais.

Eugênio Pacelli de Oliveira, tratando da ação e do processo penal no quadro das garantias fundamentais, anota que:

> Chegou-se então a um perfil do processo, e particularmente o penal, como um instrumento de garantia individual contra eventuais e sempre possíveis abusos da força estatal, instituindo-se, como entre nós, os princípios do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa e da afirmação da inocência antes da condenação definititiva, como a base estrutural de um modelo democraticamente garantista. Democrático no sentido de efetivação da participação do réu em todas as fases do procedimento, e garantista no sentido da exigência da instituição de regras e princípios que realizem concretamente a igualdade material (de fato e não só de direito) entre a acusação e a defesa, e, sobretudo, que imponha ao juiz um atuação parcial e o dever de motivação de seus julgados.[18]

Exercitando a dialética, ampliando a concepção do processo-garantia do cidadão contra o Estado, esse autor questiona o tratamento do assunto também como garantia dos membros do corpo social não mais para atuação contra o Estado "mas, agora, ao lado dele, como e enquanto agente da persecução penal".[19]

A resposta a essa indagação não comporta maiores dificuldades porque ainda que se trate de ações privadas ou coletivas, na outra ponta sempre haverá o cidadão a ser protegido de correntes contramajoritárias, com a garantia de aplicação do modelo procedimental

[17] SBARDELOTTO, Fábio Roque. Direito Penal no Estado Democrático de Direito Perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 125.
[18] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 23.
[19] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 24.

democrático, sem relativizações, imune a juízos absolutos para defesa de maiorias, artificializadas pelo clamor público.

Também nessa senda se encaixa o tratamento científico da inteligência investigativa e da defesa das garantias fundamentais antes das práticas estatais restritivas da liberdade, anotando a razão para "explicitação de critérios ou referências normativas – princípios e regras jurídicas – indicados como parâmetros ou contornos de decibilidade jurídica".[20]

Mesmo porque, "o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal".[21]

O processo penal é também caminho necessário para exercício do dever de investigar, eis que mesmo atuando o Estado na fase pré-processual, não há como formar juízos de condenação ou absolvição sem respeito ao modelo constitucional decantado.

A inteligência investigativa, portanto, para ser ativada, deve partir desses pressupostos de validade da atuação pública, orientada por técnicas capazes de garantir o melhor resultado, sem danos ao sistema de direitos. Ou seja, deve ser eficaz, rápida economicamente viável para garantir máxima proteção aos direitos humanos, apoiada na tecnologia e na cooperação.

2.1 Inteligência investigativa no Brasil

Aparentemente haveria no Brasil um sistema de inteligência, instituído pela Lei nº 9.883, de 07 de dezembro de 1999, integrado por "ações de planejamento e execução das atividades de inteligência do País, com a finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional" (conforme *caput* do artigo 1º).

Os fundamentos para sua existência, a par do § 1º do artigo 1º, seriam "a preservação da soberania nacional, a defesa do Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana, devendo ainda cumprir e preservar os direitos e garantias individuais e demais dispositivos da Constituição Federal, os tratados, convenções, acordos e ajustes internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte ou signatário, e a legislação ordinária".

Destinando a inteligência à ação governamental, o conceito que lhe é dado pela lei preconiza se tratar de "atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação do conhecimento dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou

[20] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 24.
[21] LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 64.

potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado" (§ 2º do artigo 1º).

Nota-se aí o cacoete de vincular inteligência investigativa à persecução da segurança nacional, em enfadonho discurso oficial, destinando-a aos órgãos do Executivo Federal (§ 1º do art. 2º), o que lhe retira qualquer possibilidade de servir ao sistema processual, como estruturante da cognição. Basta ver que o principal órgão desse pseudo-sistema é a Agência Brasileira de Inteligência, ABIN, que tem por competência primária assessorar a Presidência da República, num grau de subalternidade que a torna inútil.

Abandona-se, portanto, sob o ângulo dessa lei, qualquer promessa de sistema processual integrado de inteligência investigativa para racionalizar a atuação do Estado na persecução penal. Ademais, o secretismo parece ser a lógica de atuação desse órgão, desservindo ao sistema democrático que exige exercício de poder ao vivo e sob controle social.

Resta, portanto, a Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, tratando do noviço sistema brasileiro de inteligência com instrumentos localizados de investigação criminal, aí se destacando a delação premiada, propagada como a salvação da negociação penal, timidamente inaugurada no Brasil pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, com a adoção da transação para os delitos de menor potencial ofensivo.

2.1.1. Delação premiada: o problema da inversão das cargas processuais

Esse modelo inaugurado pela Lei 12.850, considerada bastante inovadora porque superou a regra anterior e definiu o conceito de organização criminosa, também objetivaria o disciplinamento da investigação e dos meios de obtenção de prova para o combate dos crimes praticados por associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenadas para delinquir. Assim, por ora é o que há em termos de regência da inteligência investigativa no Brasil.

Suas ferramentas essenciais são a colaboração premiada; a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; a ação controlada; o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e informações eleitorais ou comerciais; a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; afastamento do sigilo financeiro, bancário e fiscal; infiltração de policiais; e cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações.

Não se nota qualquer referência a outros elementos para colheitas de provas com uso de artefatos tecnológicos para preservação da cena de crimes, por exemplo. Sequer a cooperação internacional, de modo mais claro e submetido a controle público, restou bem esclarecida.

Porém, certamente por ser menos trabalhosa, ademais de novidadosa, a colaboração premiada, como eufemisticamente denominada a delação, é a vedete desse sistema. A frequência com que vem sendo usada, mesmo fora dos quadrantes da lei, dá-lhe matizes de associação provisória com o criminoso para combater o crime, o que é surreal e leva o discurso oficial ao absurdo.

Embora se pudesse pensar em disciplinamento e organização da inteligência investigativa, com delimitação de seus institutos e estabelecimento de limites para os agentes estatais nela envolvidos, o que se tem visto, na verdade, com a aplicação dessa lei, é a demonstração da hipertrofia das atividades estatais investigativas, filtradas exclusivamente por conceitos morais, com formação de culpa, negociação de penas e fixação de prêmios sem respeito ao devido processo penal, numa espécie de cruzada demente contra o crime.

Da primeira parte do § 6º do artigo 4º dessa lei já se verifica que "O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigador e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor"!

O que compete ao juiz, nessa espécie de barganha? Homologar termos, espécie de burocrata carimbador de formulários, substituído pelos agentes da investigação e da inculpação (Delegados de Polícia e Promotores), totalmente parciais, por óbvio, antecipando culpas, penas e prêmios ao bel prazer do discurso oficial.

A função constitucional do juiz, de garante do sistema de direitos para que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direitos escape a controle, em exercício imparcial de poderes e deveres, cai por terra, jogando ao léu milênios na construção do modelo de jurisdição pública.

Dessa forma, põe-se deturpada, se transformando em barganha escandalosa, escambo aético, pelo qual os criminosos mais habilidosos conseguem manter o produto dos seus crimes, obtendo reduções de suas penas muito acima do que estabelece a lei, numa espécie de jurisdição paralela.

Chegou-se a tamanho despautério na adoção das delações premiadas no Brasil recente, como comentado por Gil Alessi[22], que "Enquanto presos comuns se amontoam em cubículos, empresários, diretores e doleiros que firmaram acordos de colaboração premiada com a Justiça no âmbito da Operação Lavajato vivem realidade bem diferente."[23] É que "eles negociaram com o Ministério Público Federal acordos nos quais puderam manter parte do patrimônio obtido muitas vezes de forma ilegal, além de terem as penas reduzidas além do que prevê a lei de colaborações".[24]

Para Gil Alessi, o caso mais emblemático é o do doleiro Alberto Youssef, "um dos principais delatores do esquema de corrupção na Petrobras", cuja "redução da pena foi muito superior aos dois terços previstos em lei".[25] Outro citado é Paulo Roberto Costa, ex-diretor da Petrobras, condenado a mais de 128 anos de prisão em sete ações penais, tendo movimentado milhões e milhões de dólares da corrupção por meio de *off shore*, inclusive com auxílio dos familiares, e que "deixou o regime fechado um dia após seu acordo de delação premiada ter sido homologado"[26]. Feitas as contas, "ficou cinco meses atrás das grades. Atualmente, mora em um condomínio de luxo na região serrana do Rio de Janeiro."[27]

Nota-se, a par desses exemplos, a discricionariedade e o voluntarismo para subsidiar a atuação estatal, sem qualquer baliza quantitativa ou qualitativa na fixação da pena ou do prêmio. Ainda pior, contra os incautos e pobres, tem servido para antecipação da pena pela formação do consenso forjado, verdadeiro simulacro negocial, eis que a maioria dos acordos conhecidos é fechada para que o acusado se livre solto. Ou seja, a negociação se dá com a "faca no pescoço".

Importante observar como "oportunidade" dada aos empresários e doleiros não é aplicada aos que agem em associação criminosa nas periferias, demolindo a falácia de que a

[22] ALESSI, Gil (*online*). Delatores da Lava Jato: penas menores do que o previsto e patrimônio mantido. Jornal El Clarín de 01/03/2017, disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/02/politica/1486051264_488519.html>. Acesso em 02 mar. 2017.
[23] ALESSI, Gil (*online*). Delatores da Lava Jato: penas menores do que o previsto e patrimônio mantido. Jornal El Clarín de 01/03/2017, disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/02/politica/1486051264_488519.html>. Acesso em 02 mar. 2017.
[24] ALESSI, Gil (*online*). Delatores da Lava Jato: penas menores do que o previsto e patrimônio mantido. Jornal El Clarín de 01/03/2017, disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/02/politica/1486051264_488519.html>. Acesso em 02 mar. 2017.
[25] ALESSI, Gil (*online*). Delatores da Lava Jato: penas menores do que o previsto e patrimônio mantido. Jornal El Clarín de 01/03/2017, disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/02/politica/1486051264_488519.html>. Acesso em 02 mar. 2017.
[26] ALESSI, Gil (*online*). Delatores da Lava Jato: penas menores do que o previsto e patrimônio mantido. Jornal El Clarín de 01/03/2017, disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/02/politica/1486051264_488519.html>. Acesso em 02 mar. 2017.
[27] ALESSI, Gil (*online*). Delatores da Lava Jato: penas menores do que o previsto e patrimônio mantido. Jornal El Clarín de 01/03/2017, disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/02/politica/1486051264_488519.html>. Acesso em 02 mar. 2017.

"relativização" dos direitos é necessária para diminuir a desigualdade persecutória e que "no Brasil também se prendem ricos", como se houvesse mesmo essa igualdade.

Noutra incongruência abissal, ao fundar culpa e fixar penas com base na autoincriminação escoteira de provas judicializadas, a condenação viola o fixado no § 4º do artigo 16 da Lei, porque amparada apenas na palavra do próprio delator.

É fácil perceber, diante de tamanha anacronia, que a delação premiada não é instituto sustentável e eficaz do processo penal garantista.

Vinicius Gomes de Vasconcelos, comentando variados autores do campo, explica que a delação pode ser afirmada como instituto de direito penal que garante ao investigado um prêmio, como a redução da pena, pela confissão ou ajuda na persecução a outrem ou mesmo como "técnica de investigação sustentada na cooperação de pessoa suspeita".[28]

Técnica ou instituto, o principal defeito de delação premiada é "o desvelamento da dependência estatal à colaboração do próprio acusado, em razão de sua ineficiência na colheita de provas suficientes para o rompimento da presunção de inocência".[29]

Essa indevida inversão na persecução penal confirma o que se apresentava na introdução ao presente trabalho, de que a falta de exação e a ineficiência do aparelho judicial vêm sendo superados pela barganha, em detrimentos dos direitos humanos fundantes do sistema democrático.[30]

A delação premiada, por outro viés, expõe o fetiche puritanista pela confissão e pela "verdade real" (parcial), mas se esquece que "Las confessiones que se rindem de golpe e porrazo, bajo a la impresión del arresto y tras largo interrogatório, tiene poco valor y, a lo sumo, pueden apreciarse em conexión com otros indícios".[31] Resumindo, seu valor é nenhum.

2.1.2. Condução coercitiva: mini-prisão menos gravosa que a preventiva

Mesmo trilho segue a condução coercitiva, embora previstas nos referidos artigos 218 e 260 do Código de Processo Penal, interpretada equivocadamente como medida cautelar inominada menos gravosa que a prisão, envolvendo restrição momentânea à liberdade, justificada pela necessidade de se garantir o *ius persequendi*.

[28] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 112.
[29] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 112.
[30] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 112.
[31] TSCHADEK, Otto. La prueba. Bogotá: Editorial Temis, 2010, p. 11.

Ocorre que, em geral, a condução coercitiva resta esvaziada, o que reforça sua faceta vexatória para afastamento ilegal do acusado do ambiente ou do objeto da investigação, patenteando sua distorção, porque é garantia da Constituição brasileira o direito ao silêncio[32]. Significa dizer que o acusado pode se recusar a responder às indagações ou mesmo se negar a efetuar o reconhecimento ou outro ato que possa se convolar na produção de provas contra si. Desse modo, é de todo inútil. Por que, então, seu uso insistente a ponto de gerar submissão do assunto ao Supremo Tribunal Federal para corroboração do regime de preceitos fundamentais? E, ainda mais, para afirmar o que está escrito na lei?

Ainda assim, esse ato processual vinculado e excepcional vem sendo sistematicamente desnaturado, em ginástica interpretativa por mero exercício do discurso autoritário de aplicação, tudo para justificar produção da prova, sem se saber para que ou para quem.

Lênio Luiz Streck[33] põe nua essa argumentação equivocada, repetida em parecer[34] da Procuradoria Geral da República na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395, tramitando pelo Supremo Tribunal Federal para adequar ao paradigma processual o atual formato de aplicação do preceito[35], afirmando que enquanto se trata de uma coisa na ação em foco, o parecer cuida de outra, chegando mesmo a sustentar afirmação da proporcionalidade e ponderação de princípios para superar direitos fundamentais explicitados claramente nas regras processuais invocadas. Nessa lição, ressalta-se admoestação crucial para que não se invertam construções teóricas, ajeitadas para dar apoio a discursos ultrapassados:

> Preocupante, ademais, é o uso inadequado e mal interpretado da ponderação e proporcionalidade (que, ao que tudo indica, são os conceitos alexianos). Não é a primeira e não será a última vez que se faz uma vulgata das teses de Alexy. Aliás – acreditem -, tudo o que a PGR diz sobre ponderação e proporcionalidade pode ser utilizado exatamente pelo lado contrário do que consta no parecer. Na verdade, se Alexy fosse lido corretamente, saber-se-ia que ele divide as normas jurídicas em regras e princípios, nas quais as primeiras se aplicam por subsunção. Ora, em Alexy, os artigos 218 e 260 são regras jurídicas previstas na legislação infraconstitucional;

[32] Como bem ressaltado por Lênio Luiz Streck *in*: Abuso e inconstitucionalidade/ilegalidade das conduções coercitivas. Revista Eletrônica CONJUR de 02 de mar. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-02/senso-incomum-abuso-inconstitucionalidadeilegalidade-conducoes-coercitivas>. Acesso em 02 mar. 2017.

[33] STRECK, Lênio Luiz. Abuso e inconstitucionalidade/ilegalidade das conduções coercitivas. Revista Eletrônica CONJUR de 02 de mar. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-02/senso-incomum-abuso-inconstitucionalidadeilegalidade-conducoes-coercitivas>. Acesso em 02 mar. 2017.

[34] Conforme defendido pela Procuradoria Geral da República na parecer lançado na ADPF nº 395, tramitando no Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/pgr-conducao-coercitiva.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

[35] Essa ADPF foi movida pelo Partido dos Trabalhadores e se encontra sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, podendo ser acompanhada pelo sistema eletrônico do STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4962368>.

> são regras, portanto. E devem ser aplicadas por subsunção. Simples. Não há o que ponderar.[36]

E arremata:

> Nem preciso dizer o que diz a Constituição acerca da liberdade e sobre o direito de somente se fazer alguma coisa em virtude de lei, afora o direito de ir e vir. Todo o artigo 5º da CF pode ser aplicado aqui. As conduções coercitivas, feitas fora do ordenamento, são abusivas. Nada pode ser coercitivo sem prévia intimação. Condução coercitiva é resposta do Estado a uma indevida resistência do cidadão face a uma intimação.[37]

Estabelecido o lugar da condução coercitiva, é de boa lembrança que quando se tratar do acusados, o interrogatório não é mais meio de prova, senão faculdade da defesa, podendo ser usada ou não, ao exclusivo alvedrio do detentor desse direito e não dos agentes públicos.

2.1.3 Busca e apreensão coletiva e a suspensão do processo-garantia: homenagem à (des)inteligência policial

A coroação da pena de morte do processo-garantia e da inteligência investigada apoiada no sistema de direitos, estarrecendo os juízos mais liberais e simplórios de limitação do poder estatal, surgiu na justiça estadual do Estado do Rio de Janeiro, em novembro de 2016, com a busca e apreensão coletiva sem mandados individuais por residência – em franca violação do art. 5º, incisos II, XI, XLI, LVI, da Constituição e dos artigos 240 a 250 do Código de Processo Penal, pródigos na descrição do procedimento adequado para realizá-la. Essa medida se destinou a bairro pobre da Capital desse Estado, ironicamente denominado "Cidade de Deus", depois que quatro policiais morreram na queda de um helicóptero durante mais uma das incontáveis operações contra o tráfico de drogas.

A justificativa oficial para a decretação da pena de morte dos direitos fundamentais, em irrefragável Estado de exceção, se valeu da falácia de que: "Em tempos excepcionais, medidas também excepcionais são exigidas com intuito de restabelecer a ordem pública". O resultado, como era de se esperar, foi a morte de pelo menos sete moradores da Cidade de

[36] STRECK, Lênio Luiz. Abuso e inconstitucionalidade/ilegalidade das conduções coercitivas. Revista Eletrônica CONJUR de 02 de mar. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-02/senso-incomum-abuso-inconstitucionalidadeilegalidade-conducoes-coercitivas>. Acesso em 02 mar. 2017.

[37] STRECK, Lênio Luiz. Abuso e inconstitucionalidade/ilegalidade das conduções coercitivas. Revista Eletrônica CONJUR de 02 de mar. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-02/senso-incomum-abuso-inconstitucionalidadeilegalidade-conducoes-coercitivas>. Acesso em 02 mar. 2017.

Deus, com sinais de execução violenta, deixando claro que se compreendeu a autorização para juízos ilimitados do aparato policialesco.

Essa decisão esdrúxula prevaleceu por algum tempo, em maus tratos da legalidade estrita e dos mais comezinhos juízos de humanidade e de constitucionalidade democrática, até que o Tribunal de Justiça do respectivo Estado a revogasse, mas deixou suas marcas e o receio de que, se não enfrentada com coragem para extirpação definitiva e punição do agente que a deferiu, se repetirá, porque o movimento autoritário (fascista mesmo) que gera tais condutas, é cíclico e travestido sob roupagens aparentemente modernas.

3 AS BALIZAS COMUNS DO PROCESSO PENAL NO COMBATE AO EXPANSIONISMO UTILITARISTA

Demonstrando a influência dos movimentos autoritários (laivos agressivos do fascismo que parecia esquecido), cíclicos e invasores de todos os campos da vida social, inclusive do direito, na proposta expandida e intervencionista para limitar o cidadão, reforçando o fio condutor do presente trabalho, Miguel Urbán conta o tempo histórico da superação dos modelos. Mas, anota, com base na teoria marxista, que se repetem ao longo da história como tragédia e como farsa, o que continua acendendo o sinal de alerta:

> Noventa y três años después de la marcha sobre Roma; ochenta y um años después de la llegada de Hitler ao poder; setenta e cinco años después que las tropas franquistas desfilarán triunfantes por Madrid; casi setenta años después de la victoria contra el nazi-fascismo em la II Guerra Mundial y a cuarenta años del desmantelameniento de las dictaduras mediterrâneas, todavia hoy nos seguimos preguntando o qué es el fascismo.[38]

O expansionismo do direito penal, exposto na faceta decisionista e negocial do que se quer do novo processo penal, nada mais significa que a volta ao velho modelo inquisitorial, sem qualquer respeito à emancipação do povo, esquecido da superação do modelo pretérito e fascista de Estado social.

O que fazer, então, para se afirmar e sustentar o paradigma atual? O que falta para sua aplicação?

Teresa Armenta Deu diz que uma das alternativas para que não se desnature o sistema atual, em retrocesso inaceitável, é a busca de normas comuns ou comumente respeitadas de

[38] URBAN, Miguel. El viejo fascismo y la nueva derecha radical. Barcelona: Editorial Sylone, 2014, p. 11.

defesa dos direitos humanos em nível supraestatal, para formação das balizas de um processo penal comum:

> No existe regímenes normativos, ni sistemas procesales ortodoxos, ni menos aún modelos perfectos. Em la tesitura de buscar puntos de encontro se há recrurrido al análisis comparado de los ya existentes, y em ese viaje, pronto han surgido dos objetivos recorrentes: las Declaraciones Universales de Derechos Humanos y la doctrina emaneada de los Tribunales Internacionales competentes para la tutela de estos últimos.
> Esa línea de atuación há dirigido a su vez dos tipos de iniciativas com resultados diversos. De um lado, buscar y em su caso alcanzar unas líneas genereales para um processo penal cmún, um código procesal penal internacional, em definitiva, Y de outro lada, a falta de aquél, conformar um cuerpo de derechos y garantias reconocidos por los diversos países o cuando menos um conjunto de princípios universalmente aceptatos.[39]

Por sua vez, Eugenio Raúl Zaffaroni chama atenção para o expansionismo e o decisionismo utilitarista em momento de crise, se referindo ao terrorismo na sua realidade, mas se aplicando perfeitamente ao estado de coisas vistas no Brasil, propondo a recusa aos milagres da burocracia:

> É regra que, junto com cada emergência, surja uma burocracia nacional e internacional que procuram mostrar eficácia para justificar sua própria existência e, como é natural, um dos seus primeiros objetivos – por ser o mais simples, demonstrável e midiático – é promover reformas legislativas penais de corte inquisitorial. É claro que essas reformas são absolutamente ineficazes para prover alguma segurança frente ao inimigo de plantão, porém elas são imediatamente aproveitadas pelas agências executivas de cada país para seus próprios objetivos setoriais (desde eliminar indesejáveis e controlar a massa de excluídos até criar novas fontes de arrecadação ou cobrar proteção).[40] (ZAFFARONI, 2011, p. 186)

Essa recusa à emergência se deve, inclusive, porque além de provocar o avanço do Estado de polícia autoritário, ainda costumam gerar os efeitos paradoxais da impunidade, demonstrando a inutilidade da expansão aos arrancos, fora do paradigma humanista constitucionalizado:

> Infelizmente, a intervenção dessas burocracias e as reformas penais por elas impulsionadas, além de provocarem um avanço do Estado de polícia ou autoritário – com o consequente debilitamento do Estado de direito -, costumam ter efeitos paradoxais, visto que criar tipos penais de terrorismo pode dar origem à impunidade. Antes de mais nada, porque é comum que firam o princípio da legalidade estrita, e com isso podem ser declarados inconstitucionais. (ZAFFARONI, 2011, p. 186)

[39] DEU, Teresa Armenta. Sistemas procesales penales. La justicia penal em Europa y América. Madrid: Macial Pons Ediciones Juridicas Y Sociales, 2012, p. 233.
[40]ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 186.

Com tais considerações, é indubitável a afirmação das balizas internacionais do processo penal, rumo à implementação dos direitos humanos, refletindo paradigmas nacionais constitucionais, para que se firme o debate acerca de uma processualidade democrática no Brasil, capaz de influenciar modelos da América Latina e do Caribe, para que não se ridicularize a justiça criminal e se mergulhe o Brasil, de novo, na barbárie da ditadura.

Por fim, constata-se a falência do juiz inquisidor, urgindo o resgate sobre "a importância dos Pactos Humanitários na redefinição e estudo das regras orientadoras"[41]. Com isso, "na medida em que se resgate o devido processo legal e se entenda melhor o seu real significado para o processo, é que se poderá aplicá-lo ao campo do Direito Processual penal e criar condições para sua existência nas diversas fases procedimentais, inclusive na fase pré-processual"[42], seara da inteligência investigativa.

CONCLUSÃO

À guisa de considerações finais, sem qualquer condição de se comprometer com respostas corretas, senão com o exercício do juízo crítico e do compromisso com a honestidade teórica, pode-se concluir provisoriamente que:

a) segue em curso célere, no Brasil, expansionismo do direito penal e da manipulação do processo penal para atender ao discurso oficial de combate à criminalidade, repetindo a promessa não cumprida de segurança e justiça, construídas à custa dos direitos humanos;

b) a despeito desse expansionismo, não há um sistema de inteligência investigativa que possa fazer frente ao combate do crime organizado, mas arranjo de ferramentas policialescas, a exemplo da delação premiada, que se apoia na associação ao criminoso, quando se torna colaborador, para rompimento da presunção de inocência;

c) a leniência e a falta de exação na formação da culpa, revelada por uso exacerbado da delação premiada como única ferramenta de combate ao crime organizado, demonstra a inversão das cargas processuais e escancara a *desinteligência* e a ineficiência do sistema oficial;

[41] MEIRA, José Boanerges e PINTO, Odil Lara. Os Pactos Humanitários E Sua Contribuição Na Revisão Do Processo Penal Brasileiro: Reflexões. *In*: VILELA, Alexandra; CRUZ MADEIRA, Dhenis; LEITE, Jorge; MEIRA, José Boanerges; COSTA, José de Faria; MOTA, Lindomar Rocha (orgs.) Temas contemporâneos de direito Brasil e Portugal. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 260.

[42] MEIRA, José Boanerges e PINTO, Odil Lara. Os Pactos Humanitários E Sua Contribuição Na Revisão Do Processo Penal Brasileiro: Reflexões. *In*: VILELA, Alexandra; CRUZ MADEIRA, Dhenis; LEITE, Jorge; MEIRA, José Boanerges; COSTA, José de Faria; MOTA, Lindomar Rocha (orgs.) Temas contemporâneos de direito Brasil e Portugal. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 260.

d) a condução coercitiva do acusado não serve como meio de prova porque o interrogatório é meio de defesa, não valendo usá-la como espécie de mini-prisão-cautelar para forçar a quebra do direito ao silêncio;
e) a busca e apreensão coletiva é medida proibida pela Constituição brasileira, ainda mais quando sustentadora da excepcionalidade para facilitar a investigação, e só pode ser domiciliar, pessoal e individualizada, preferivelmente durante o dia porque é assim que a regra expressa estabelece, sem necessidade de ponderação;
f) a paz duradoura só se sustenta por meio da efetivação dos direitos humanos, viabilizando-se no processo penal garantia no paradigma da democracia, urgindo a fixação de suas balizas comuns internacionais;
g) há que se renunciar à criação e aplicação do direito penal de emergência, amplificando o debate sobre reformas propostas, incansavelmente revisitando propostas ofertadas, inclusive com o uso criterioso do direito comparado, para se evitar experiências desastrosas ou mal acomodadas no sistema jurídico constitucional nacional.

Em arremate, sugestão como ponto de partida para a implementação do correto discurso de criação e aplicação do direito penal e processual penal, é essencial a compreensão do paradigma processual pelos legisladores e aplicadores, o que só se dará com a capacitação diuturna dos agentes estatais e interessados diretos, especialmente policiais, promotores, juízes, advogados e parlamentares, para alimentação de estoque teórico sustentável atualizado.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil (*online*). Delatores da Lava Jato: penas menores do que o previsto e patrimônio mantido. Jornal El Clarín de 01/03/2017, disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/02/politica/1486051264_488519.html>. Acesso em 02 mar. 2017.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 1ª ed. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campos Elsevier, 2004.

CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMPOUR-TARRIDE, Laurence (Orgs.). A consciência do juiz na tradição jurídica europeia. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (*online*): Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais. Janeiro de 2017. Disponível

em:<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>. Acesso em: 28 fev. 2017.

DEU, Teresa Armenta. Sistemas procesales penales. La justicia penal em Europa y América. Madrid: Macial Pons Ediciones Juridicas Y Sociales, 2012.

FRANCO, Marcelo Veiga. Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoria del garantismo penal. 4ª ed. Madrid: Editoral Trotta, 2000. Prólogo de Norberto Bobbio.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Das necessidades humanas aos direitos. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

IZZO, Fausto; Caggiano, Fiametta. Il Codice Penale e di Procedura Penale dopo il Pacchetto Sicurezza. Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri, 2009.

LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

MARTINS, Rui Cunha. A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

NALINI, José Renato (org.) Magistratura e ética. São Paulo: Contesto, 2013.

NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL (*online*). As violações no sistema prisional brasileiro. Publicado em 07/12/2016. Disponível em:<https://nacoesunidas.org/video-exclusivo-as-violacoes-no-sistema-prisional-brasileiro/>. Acesso em 28 fev. 2017.

PEREIRA, Frederico Valdes. Delação Premiada Legitimidade e Procedimento. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Direito Penal e Estado Democrático de Direito. Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2006.

RODAS, Sérgio. Moro ordena prisão, mas volta atrás ao descobrir que acusado negocia delação. CONJUR, 23 de fev. 2017, disponível em: < http://www.conjur.com.br/2017-fev-23/moro-ordena-prisao-recua-saber-acusado-negocia-delacao>. Acesso: 27 fev. 2017.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. Direito Penal no Estado Democrático de Direito Perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

STF: Habeas Corpus nº 126.292, originário de São Paulo, relatado pelo Ministro Teori Zavascki, publicado no Diário do Judiciário eletrônico nº 100, de 16/05/2016, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 20 de jan. 2017.

STF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, originária do Distrito Federal, relatada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, publicada no Diário do Judiciário eletrônico nº 31, de 18/02/2016, disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 20 jan. 2017

STRECK, Lênio Luiz. Abuso e inconstitucionalidade/ilegalidade das conduções coercitivas. Revista Eletrônica CONJUR de 02 de mar. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-02/senso-incomum-abuso-inconstitucionalidadeilegalidade-conducoes-coercitivas>. Acesso em 02 mar. 2017.

TSCHADEK, Otto. La prueba. Bogotá: Editorial Temis, 2010.

URBAN, Miguel. El viejo fascismo y la nueva derecha radical. Barcelona: Editorial Sylone, 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

MEIRA, José Boanerges e PINTO, Odil Lara. Os Pactos Humanitários E Sua Contribuição Na Revisão Do Processo Penal Brasileiro: Reflexões. *In*: VILELA, Alexandra; CRUZ MADEIRA, Dhenis; LEITE, Jorge; MEIRA, José Boanerges; COSTA, José de Faria; MOTA, Lindomar Rocha (orgs.) Temas contemporâneos de direito Brasil e Portugal. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.