

# Proteção aos Direitos Fundamentais

**Ministro Sebastião Reis Júnior**

*Superior Tribunal de Justiça - STJ*

*Especialista em Direito Público pela PUC/MG.*

*Temos constantemente a oportunidade de flagrar conhecidos e desconhecidos e a nós mesmos nesse processo de condenar. **O prazer do veredicto negativo é sempre inequívoco.** Trata-se de um prazer rude e cruel, que não se deixa perturbar por coisa alguma. Um veredicto somente é um veredicto se proferido com uma segurança algo sinistra. Desconhece a clemência, da mesma forma como desconhece a cautela. Chega-se a ele com rapidez, e que tal se dê sem reflexão é algo perfeitamente adequado à sua essência. A paixão que o veredicto revela está ligada à sua velocidade. O veredicto incondicional e o veloz são os que se desenham como prazer no rosto daquele que condena. [...] O juiz sentencia continuamente, por assim dizer. Seu veredito é a lei. O que ele julga são coisas bastante específicas; seu extenso saber acerca do bem e do mal provém de uma longa experiência. **Mas aqueles que não são juízes – aqueles que ninguém designou nem designaria em sua consciência para tal cargo –, mesmo esses se atrevem sem cessar a proferir veredictos, e em todas as áreas. Nenhum conhecimento objetivo é exigido para tanto: podem-se contar nos dedos aqueles que reservam para si seus veredictos porque deles se envergonham. Essa enfermidade de julgamento é uma das mais disseminadas entre os homens, acometendo praticamente a todos.**<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> CANETI, Elias – Prêmio Nobel de Literatura em 1981, citado por René Ariel Dotti, *in Curso de Direito Penal*, Parte Geral, 4ª ed., p. 92, grifo nosso.

*A ocorrência de um imenso número de fatores determinantes da criminalidade violenta em nível mundial, por um lado, e a liberdade de informação, por outro, têm provocado vagas de insegurança coletiva que são multiplicadas ao infinito pelos meios de comunicação por satélite. **A reação a esse fenômeno, no plano interno, tem como resposta imediata o acréscimo de propostas de medidas repressivas.** Os crimes classificados como hediondos são apresentados pelos mass media e por alguns políticos como um fenômeno terrível, gerador de insegurança e causado pela suposta dulcificação da lei penal. O remédio contra esse mal não seria outro senão o implemento de reformas ditadas pela ideologia da repressão, fulcrada em severos regimes punitivos e que aparecem sob a capa de movimento de lei e de ordem.*<sup>2</sup>

*O pior que poderia acontecer aos regimes liberais e pluraristas do Ocidente seria, a pretexto do terrorismo, afastarem-se dos grandes princípios jurídicos que tanto lhes custou conquistar e sedimentar nas suas Constituições, nas suas leis e nas suas culturas cívicas. **O pior que poderia acontecer seria, afinal, a pretexto do terrorismo, ficarem abalados os fundamentos do Estado de Direito.***<sup>3</sup>

*O terrorismo semeia o terror nas estruturas fundantes do Direito Constitucional e do Direito Penal. Estes dois direitos parecem mesmo transportar a cruz da ruptura antropológica que os dilacera. **O golpe fractal vai até tão fundo que, segundo alguns autores, são as próprias raízes ônticas do direito penal (e, também, como veremos, do direito constitucional) a sofrer com os exorcismos e os estigmas dos novos slogans securitários tais como o law and order, Zero Tolerance e Broken Windows.***<sup>4</sup>

<sup>2</sup> DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 90, grifo nosso.

<sup>3</sup> MIRANDA, Jorge. "Os direitos fundamentais e o terrorismo", in *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*. Principia, fl. 501, grifo nosso.

<sup>4</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. "Terrorismo e direitos fundamentais", in *Estudos sobre direitos fundamentais*, fl. 233, grifo nosso.

*De toda forma, nada mais perigoso para a Democracia e para o Estado de Direito do que o vilipêndio ao direito de defesa, fundado em uma difusa ânsia pela condenação, pela prisão, por um espetáculo que satisfaça os mais íntimos desejos de vingança.*

***Garantir o direito de defesa é assegurar a racionalidade da punição. É fazer valer o mais importante limite ao arbítrio. Não por acaso tal direito está previsto na Constituição, no Pacto de San José da Costa Rica, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos mais diversos tratados e convenções. É um direito humano contrapor à acusação argumentos, recursos e disposições legais que favoreçam o acusado.***

***Querer impedir o uso de boas defesas diante da avassaladora ansiedade pela condenação, além de ilegal, é covarde e imoral. Quando a sociedade, o Estado, a mídia voltam suas baterias contra o acusado, resta-lhe o advogado de defesa, muitas vezes o último e único a lhe escutar, ouvir sua versão, e levá-la a Juízo para um julgamento justo. Como dizia Carnelutti “a essência, a dificuldade, a nobreza da advocacia é esta: sentar-se sobre o último degrau da escada, ao lado do acusado, quando todos o apontam”. Retirar-lhe até isso, até esse último e no mais das vezes solitário apoio, é institucionalizar o linchamento.***<sup>5</sup>

Essas citações são de literatos (Elias Caneti), penalistas (René Ariel Dotti, Alberto Zacharias Toron, Pierpaolo Cruz Bottini e Celso Sanches Vilar di) e constitucionalistas (Canotilho e Jorge Miranda). Elas revelam uma realidade que, pelo que percebo, atinge hoje as principais democracias mundiais.

Todas mostram o surgimento de um sentimento de vingança, impotência, raiva, que toma conta da sociedade como um todo e que quase obriga o legislador e a própria justiça a imporem um Direito Penal expan-

---

<sup>5</sup> TORON, Alberto Zacharias; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; VILARDI Celso Sanches. "Podem os advogados defender pessoas más?" Disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso em 6/6/2012, grifo nosso.

sionista, sempre usando a necessidade de se garantir e preservar a 'segurança dos cidadãos' como motivo.

Direitos e garantias individuais conquistados, às duras penas, ao longo do tempo, estão sendo colocados em segundo plano, em razão dos sentimentos de insegurança e vingança que afligem a sociedade.

René Dotti ensina-nos que “em muitas situações o abuso da liberdade de informar estimula o sentimento de insegurança e a vaga de anomia quando a divulgação dos crimes mais graves estabelece a massificação da responsabilidade criminal e a subversão do princípio da presunção de inocência.”<sup>6</sup>

Janio de Freitas, ao analisar recentemente a cobertura pela imprensa do julgamento do chamado 'Mensalão', diz, em outras palavras, que o próprio Supremo Tribunal Federal pode ser objeto de pressão por parte da mídia; pressão esta que eventualmente pode inibir sua liberdade de decidir, uma das garantias presentes em um Estado Democrático:

*Os trabalhos jornalísticos com esforço de equilíbrio estão em minoria quase comovente.*

*Na hipótese mais complacente com a imprensa, aí considerados também o rádio e a TV, o sentido e a massa de reportagens e comentários resulta em pressão forte, com duas direções.*

*Uma , sobre o Supremo. Sobre a liberdade dos magistrados de exercerem sua concepção de justiça, sem influências, inconscientes mesmo, de fatores externos ao julgamento, qualquer que seja.*

*Essa é a condição que os regimes autoritários negam aos magistrados e a democracia lhes oferece.*

*Dicotomia que permite pesar e medir o quanto há de apego à democracia em determinados modos de tratar o julgamento do mensalão, seus réus e até o papel da defesa.*

---

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 94.

*O outro rumo da pressão, é claro, a opinião pública que se forma sob as influências do que lhe ofereçam os meios de comunicação.*

*Se há indução de animosidade contra os réus e advogados, na hora de um julgamento, a resposta prevista só pode ser a expectativa de condenações a granel e, no resultado alternativo, decepção exaltada, com a consequência de louvação ou repulsa à instituição judicial.<sup>7</sup>*

Neste contexto, como diz Silva Sanches,

*pelo menos uma dimensão do Direito Penal vem se desenvolvendo na linha de um Direito Penal de defesa contra perigos. Isso, muito provavelmente, se deve à desorientação normativa e ao medo do crime que experimentam grandes camadas da sociedade, assim como às necessidades de controle de uma sociedade de riscos. O importante é não ignorar essa tendência, levá-la a sério e enfrentar o desafio de construir um Direito da segurança que atenda às exigências do Estado de Direito.<sup>8</sup>*

O Estado está sendo derrotado pelo crime organizado. Organizações criminosas apresentam-se mais estruturadas e aparelhadas que a máquina estatal. O tráfico de drogas tomou conta da sociedade, o medo do cidadão comum atingiu níveis nunca antes vistos. Ele se sente inseguro de fazer as ações mais corriqueiras do dia a dia como andar de ônibus ou ir a um restaurante e passa a exigir do Estado uma ação de força, uma demonstração de poder e controle.

O fato é que o Estado não toma mais a iniciativa; age hoje provocado pela mídia e pela sociedade.

Surgem leis pontuais que, em reação ao reclamo social, muitas vezes populista, criam novos tipos penais, considerando fatos que, em período de normalidade, não mereceriam atenção (posso citar o *bullying*,

---

<sup>7</sup> Jornal a **Folha de São Paulo**, 31.07.2012

<sup>8</sup> In "Aproximação ao direito penal contemporâneo". **Revista dos Tribunais**. 2011, p. 77.

que, pelo projeto de Código Penal apresentado recentemente poderá tornar-se crime), ou penalizam com maior rigor tipos já existentes (Lei de Crimes Hediondos, por exemplo, que impõe o regime fechado como único para cumprimento de penas em razão de determinados crimes), sem o cuidado de respeitar uma estrutura penal já existente.

Para René Ariel Dotti estamos diante de uma legislação de pânico.<sup>9</sup> Já para o Prof. Antônio Baptista Gonçalves, “o resultado prático é um verdadeiro Frankenstein normativo, ou melhor, uma completa colcha de retalhos de normas, estas, que são criadas para responderem problemas imediatos, mas que não têm uma conexão com o sistema em si.”<sup>10</sup>

A reforma de leis penais parece ser uma resposta mais simples ao reclamo popular, sendo para o Estado mais cômodo achar um culpado (o criminoso) e puni-lo, remediando, ou tentando remediar, um problema do que solucioná-lo na sua origem, que em sua grande parte é de causa social e econômica.

Esse fenômeno é constatado por André Luis Callegari e Fernanda Arruda Dutra:

*Uma consideração que não se pode olvidar é a trazida por Baratta quando coloca em jogo a eficiência do Direito Penal e a eficiência do pacto social, principalmente quando entram em jogo determinadas **normas de caráter meramente publicitário, mas, que em contrapartida, trazem como reflexo, outras normas que suprimem direitos e garantias individuais.***

*Isso fica claramente demonstrado em nosso país como as legislações próprias de emergência, que visam ‘acalmar’ a população ou ‘conter’ um determinado tipo de criminalidade, porém, trazem sob um manto cinzento a supressão de direitos e garantias fundamentais preconizados na Carta Política. Veja-se, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos, onde o caráter publicitário ganhou força, porém não se demonstrou uma efetividade com a edição da referida lei.<sup>11</sup>*

---

9 *Op.cit.*, p. 95.

10 "Direito Penal do inimigo e a globalização: quando a exceção se torna a regra – uma análise crítica", *LEX – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, n. 266, fl. 12.

11 *In* "Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais". *Revista dos Tribunais*. Ano 96, v. 862, agosto de 2007, p. 431, grifo nosso.

Como disse recentemente o Prof. Miguel Reale Junior o erro está em *você estabelecer uma punição, uma interferência do Direito Penal em fatos que devem ser enfrentados pelo processo educacional, processo de educação na escola, processo de educação na família, e não com a repressão penal. Imaginar que trazer punição do Direito Penal para resolver as coisas, que vamos dormir tranquilos porque o Direito Penal está resolvendo tudo. É a ausência dos controles informais, a escola, a igreja, a família, o sindicato, o clube, a associação do bairro, a vizinhança etc. São todas formas naturais, sociais, de controle social. Quando os controles informais já não atuam, se reforça o Direito Penal como salvação. Passa a ser o desaguador de todas as expectativas.*<sup>12</sup>.

O fato é que o crime surge e cresce onde o Estado se mostra falho, inseguro, ausente. No Brasil, é notório o fenômeno que atinge as nossas favelas, onde o crime organizado – o tráfico – supre a carência do Estado, oferecendo o que este não consegue prover – segurança, hierarquia, ordem, saúde, educação.

Como diz Alexandre de Moraes,

*uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são evidentemente, entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento não tão desenfreado e incontrolável quando alardeiam da criminalidade.*<sup>13</sup>

A solução que se apresenta é o expansionismo do Direito Penal com a relativização de direitos, o que pode fazer surgir, a título de se proteger o 'estado de direito', um regime totalitário, opressor, em que os fins justificam os meios. O Direito Penal, que tem natureza subsidiária, constituindo a *ultima ratio*, torna-se o remédio para todos os males, convertendo-se na *prima ratio*.

---

<sup>12</sup> In <http://www.conjur.com.br/2012-set-02/entrevista-miguel-reale-junior-decano-faculdade-direito-usp>

<sup>13</sup> Citado por Antonio Baptista Gonçalves, in "Direito Penal do inimigo e a globalização: quando a exceção se torna a regra – uma análise crítica", **LEX** – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. Ano 23, outubro de 2011, n. 266, fl. 23.

Estamos diante de um confronto entre prevenção e garantias – “quanto maior prevenção, maior detrimento de garantias; quanto maior maximização das garantias, menor funcionalidade preventiva”<sup>14</sup> –, em que parece predominar o entendimento de que “é mais importante hoje ceder garantias para aumentar a segurança”<sup>15</sup>.

Surgem e ganham força, mesmo que de modo não ostensivamente assumido, práticas próprias do ‘direito penal do inimigo’, em que o indivíduo é considerado como um potencial perigo à sociedade, podendo-se contra ele agir não só de modo repressivo, mas também preventivo, aplicando-se-lhe, antecipadamente, uma sanção ou uma medida de segurança. Tudo para se garantir a paz social. Há “uma ampla antecipação da punibilidade, pela adoção de uma perspectiva fundamentalmente prospectiva, pelo incremento notável das penas, e pelo relaxamento ou supressão de determinadas garantias processuais individuais.”<sup>16</sup>

Com o direito penal do inimigo passamos a ter duas categorias de cidadãos: aqueles tutelados pelo – podemos assim chamar – Direito Penal ordinário, que são as pessoas que praticam o crime de modo esporádico, eventual, que cometem um erro; e aqueles tratados por um Direito Penal próprio, mais rigoroso, em que os direitos individuais são relegados a segundo plano, que são os indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico vigente, por serem reincidentes, criminosos habituais, profissionais do crime e integrantes de organização criminosa, ou seja, os ‘inimigos’.

Não nego que, como cidadão, a reação imediata, natural ao crime que hoje assola a nossa sociedade, muitas vezes cometido por meios cruéis, desumanos, abusivos, seja esta que hoje existe: expansionismo do direito penal, com o incremento das penas e sanções como a solução mais eficaz e como a resposta necessária para punir os responsáveis pela intranquilidade que hoje toma conta de todos nós.

Entretanto a emoção não pode preponderar. Tal reação é natural e esperada por parte do cidadão comum, vítima desse tipo de crime – que se equipara a uma indústria estruturada e organizada – e que se torna mais violento a cada dia que passa; mas não pode tal reação ser a do Estado, que legisla e aplica as leis.

---

14 CRESPO, Eduardo Demetrio. "O 'Direito Penal do inimigo'" DARF NICHT SEIN. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. Ano 3, janeiro-junho de 2006, fl. 126.

15 ZAFFARONI, citado por Eduardo Demetrio Crespo. *Op. cit.*, fl. 126.

16 CRESPO, Eduardo Demetrio. *Op. cit.*, fl. 133.

Pertinente o alerta de Callegari e Fernanda Dutra:

*O direito penal do inimigo defendido por Jakobs, conforme já abordado, tem como um de seus pressupostos a separação do direito penal dos cidadãos e o direito penal do inimigo. Entretanto, tal posição não se coaduna com o Estado de Direito. A justificação da proteção do cidadão através de políticas de segurança com restrição de direitos fundamentais sempre foram a justificativa encontrada por Estados autoritários para combater o que alegavam ser caos e a insegurança.*

*Em qualquer parte do globo, observamos cidadãos amedrontados seja pelo terrorismo, pelo tráfico ou pela máfia. A ideia de que estes 'inimigos' como os denomina Jakobs, que se negam a ingressar no estado de cidadania, não gozem dos mesmos direitos assegurados ao cidadão é deveras tentadora. Os 'inimigos' não foram signatários do pacto social e, portanto, não podem participar dos benefícios assegurados por este. Mas não podemos ser imediatistas. A questão deve ser considerada através das consequências advindas a longo prazo. E neste caso, a preocupação se torna ainda maior.*

[...]

*Este direito penal de exceção pregado por Jakobs vai de encontro aos princípios liberais basilares do Estado de Direito. Por mais grave e desumana que tenha sido a conduta de um infrator, a ninguém, nem ao Estado é permitido tratá-lo como um ser desprovido dos mais elementares direitos. A partir do momento em que permitimos esta violação com justificação excepcional estaremos abrindo perigoso precedente para que outras restrições venham a ser feitas, sempre com a justificativa de proteção dos cidadãos.<sup>17</sup>*

O Direito Penal tem que se atualizar, tem que responder à nova realidade, não se nega esse fato mas isso não significa que deva fazê-lo de modo precipitado, instintivo, pontual, EMOTIVO. As soluções devem

---

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 438/439.

ser coerentes com uma estrutura normativa já existente. Não podemos permitir que modificações pontuais criem desproporcionalidades inaceitáveis, em que crimes menores sejam punidos com mais rigor do que crimes maiores ou em que a punição se imponha de forma abstrata, genérica, sem se considerar a situação concreta e pessoal do infrator e as circunstâncias do crime.

Além do mais,

*o Direito Penal deve acompanhar a dinâmica social procurando adaptar-se às necessidades de proteção de bens e de interesses valorizados pela sociedade, desde que a tutela por parte de outros ramos do Direito tenha se mostrando inócua, isto tendo em vista o seu caráter subsidiário. Por outro lado, sua abrangência não pode ser ilimitada e descriteriosa alcançando quaisquer condutas, pois deve ser sua atuação ter como parâmetros seus princípios e postulados, instituídos a favor da preservação da liberdade e de outros direitos individuais, que poderão ser violados se a dogmática penal não foi obedecida.<sup>18</sup>*

Exemplos desse abuso de leis penais são os dispositivos legais recentemente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal que impediam ao condenado por tráfico de drogas, independentemente do tamanho da pena, a substituição por penas restritivas de direito ou a adoção de outro regime que não aquele mais gravoso – o fechado.

Nossa Suprema Corte entendeu que tais dispositivos ofendiam o princípio constitucional da individualização da pena. Eles são a mostra viva e recente de que o legislador não pode agir de forma impensada, refletindo única e exclusivamente uma vontade popular de vingança e a necessidade de demonstração de força e poder. Existem princípios que devem ser considerados e respeitados.

Como escreve Jorge Miranda, “os direitos apenas podem sofrer limites em nome da ordem pública, quando tal seja exigido pela preservação da ordem constitucional democrática; tal como, em contrapartida, os

---

18 OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz de. "Reflexões sobre os crimes econômicos". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, Ano 3, jul-set 1995, fl. 98.

direitos não podem ser exercidos em liberdade e igualdade sem ordem pública.”<sup>19</sup>

Mais adiante, diz ele, ainda, que:

*por imperativo quer da verdade e da legalidade, quer do respeito que é devido à dignidade de qualquer pessoa, mesmo quando culpada, um Estado de Direito tem de se adstringir a determinadas regras, como sejam:*

*a) Em caso algum, pode alguém perder ou ser privado, definitiva ou temporariamente, de todos os seus direitos e liberdades;*

*b) Em caso algum, pode haver restrição, suspensão ou privação individual de direitos como direito à vida ou à integridade física, os direitos dos arguidos ou a liberdade de religião (art. 4º, nº 1, do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, art. 15, nº 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 19, nº 6, da Constituição portuguesa);*

*c) Tão pouco é admissível a privação com carácter perpétuo ou com duração ilimitada ou indefinida de qualquer direito ou liberdade;*

*d) Nenhuma medida de polícia pode efectivar o conteúdo essencial dos direitos, salvo em estado de sítio;*

*e) Aos tribunais cabe, e apenas a eles, a aplicação de quaisquer sanções criminais, e a lei definidora da sua competência tem de ser geral, abstracta e anterior ao crime;*

*f) Deve ser garantido o direito de recurso para um tribunal superior.<sup>20</sup>*

A realidade que nos apresenta, porém, é outra. A ‘segurança do cidadão’ endossa o uso cada vez mais constante de ações preventivas e repressivas, agora legitimadas por restrições legais e, às vezes, constitu-

---

<sup>19</sup> "Direitos Fundamentais e Polícia", in *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*. Principia. 1ª ed., p. 461.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, fl. 496.

cionais, ações essas que restringem, e não simplesmente limitam direitos fundamentais. Como diz Canotilho:

*É fácil de ver que a desestabilização do sistema penal, nos seus princípios e na sua dogmática, equivale também a uma radical alteração dos princípios fundantes e dos princípios estruturantes do direito constitucional. A própria natureza e caracterização dos dois direitos como ‘direitos fragmentários’, um porque (o direito constitucional) se deve conceber como ‘ordem quadro fundamental’, outro (o direito penal) porque se autolimita como ultima ratio à proteção dos bens jurídicos criminais nos quadros do ordenamento jurídico-constitucional, sofre os efeitos da expansão do ‘inimigo’. **A pressão recai sobre as Constituições, obrigando-as a rever os respectivos textos, sobretudo no âmbito das liberdades e das garantias, transformando as regras em exceções e as exceções em regras** (exemplo: quanto às hipóteses de violação do domicílio, quanto à interceptação das comunicações, quanto à vigilância da privacidade, quanto à extradição de nacionais). O estado de direito democrático-constitucional volta a albergar o estado de exceção como estado de necessidade, sem as restrições do ‘direito de necessidade’. **O direito penal abre-se a novos tipos de ilícito e acolhe conceitos de eficácia que põem em dúvida a sua radical autolimitação de direito de ultima ratio em instrumento de polícia e de cruzada contra os ‘inimigos’. Com as mutações naturais da sua historicidade, um direito penal de permanência evolui para um direito penal de emergência.***<sup>21</sup>

Na verdade, ousa dizer que devemos nos perguntar também: Qual o “valor mais nobre”? O valor de proteção à intimidade das pessoas ou o da busca da verdade nos processos? Qual o limite da relativização dos direitos fundamentais? Quais os “limites” do direito à prova? O “modo de agir” pode valer mais do que o “resultado”? Como devem ser vistas as regras probatórias?

De um lado, busca-se a preservação da intimidade, da privacidade e de seus consectários (inviolabilidade de sigilo de dados e das comuni-

---

21 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Op. cit.*, p. 237, grifo nosso.

cações telefônicas, bancário e fiscal), entre outros direitos individuais; de outro, temos a segurança da coletividade e o poder-dever do Estado de reprimir práticas delitivas.

Frente a essas reflexões, nada melhor, então, do que nos socorrer dos ensinamentos dos mestres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, que assinalam:

*Uma ordem de considerações também leva à necessidade de se colocarem limites ao direito à prova: o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes.*

[...]

*E é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.*

[...]

*É por isso que a **investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método, através do qual se indaga, deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes.***

*Assim entendido, o **rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na***

**disciplina da prova** não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas **assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado**: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um valor de verdade. Hoje, bem pelo contrário, **as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade**: seu valor é um valor de garantia.

[...]

O que releva notar é que uma coisa são as regras legais sobre avaliação judicial, hoje superadas; outra, bem diversa, **são as regras de admissibilidade e de exclusão de determinados meios de prova**. Estas últimas devem ser aceitas e estabelecidas, **ainda que no plano da investigação dos fatos possam representar algum sacrifício**.

[...]

**É suficiente um instante de reflexão para perceber que o modo de agir não pode valer mais do que o resultado. Dois processos podem ser imaginados: um, em que a dignidade do homem é aviltada; outro, em que é respeitada. Este último torna tolerável até mesmo os inevitáveis erros.**

Por isso é que o termo “verdade material” há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida.<sup>22</sup>

A questão em debate, como se pode perceber, não é simples; é, na verdade, extremamente delicada justamente por envolver direitos funda-

---

22 "As Nulidades no Processo Penal". *Revista dos Tribunais*. 12ª ed., p. 123/125, grifo nosso.

mentais. Minha colega Ministra Maria Thereza, por ocasião do julgamento do HC n. 137.349, disse que é **indispensável** observar os fundamentos da “**proporcionalidade**”, sob pena de se “**banalizar**” e até mesmo “**vulgarizar**” muitas das “**garantias constitucionais**”, como a que está assentada no art. 5º, X, da Constituição Federal: **Direito à intimidade e à privacidade**. Não tenho como discordar.

Não muito distante da realidade cotidiana, vê-se, em alguns casos, a persecução penal por instrumentos que visam adentrar na intimidade ou na privacidade do indivíduo com o escopo de utilizar o material obtido nessa persecução, na via processual penal, como meio de prova, fortalecendo e elucidando os fatos para que o *ius puniendi* do Estado tenha seu desfecho concretizado e a justiça, em tese, seja alcançada.

Nesses moldes e tentando estabelecer limites para essa persecução, o próprio Estado fixa parâmetros objetivos e positivados a fim de tentar resguardar alguns preceitos humanos, como a intimidade, a privacidade etc.

Premissas constitucionais como a do art. 5º, XII, da Constituição brasileira, que dispõe sobre a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, ressalvado por ordem judicial nas hipóteses estabelecidas por lei; a do inciso X da mesma ordem constitucional, que menciona acerca da **inviolabilidade à intimidade, à vida privada** etc; a do inciso LIV, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e do inciso LVI da Constituição Federal, que diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”; são todas garantias constitucionais que, ao longo da história, com um garrido esforço da sociedade, foram conquistadas para assim permanecerem, e nem mesmo o Estado, **sem justo motivo, poderá violá-las**.

Portanto, devem o Estado-juiz (magistrado), o Estado-administração (representante do Ministério Público), a autoridade policial, os coligados numa ordem reta com poderes de investigação se ater à ordem jurídica limitadora e garantidora dos interesses pessoais do indivíduo para, assim, sem ultrapassar essas garantias, colaborar para o processo de uma forma legal, fornecendo materiais probatórios sem vícios legais e válidos para a trilha processual criminal.

Tais garantias não podem ser objeto de restrições fundadas apenas em atenção ao anseio popular por uma resposta ao crescendo da criminalidade.

Esse alerta é importante, porque a ‘segurança do cidadão’ e a ‘satisfação do interesse público’ são sempre usadas como desculpas não apenas para alterações legislativas, como a criação a toque de caixa de leis que criam tipos penais e restringem direitos, mas também para a própria atuação do Poder Judiciário, que ‘interpreta’ muitas vezes de forma mais ampla exceções a direitos garantidos em lei ou mesmo na própria Constituição.

Não é necessário muito esforço para citar um exemplo. A legislação que cuida das interceptações telefônicas é clara ao estabelecer que estas podem ocorrer por um período de quinze dias, prorrogável por mais quinze dias. Não demorou muito e, em que pese a existência de algumas vozes destoantes e isoladas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de que esse prazo não é peremptório, podendo a interceptação ser prorrogada por prazo indeterminado, desde que de forma justificada.

O respeito efetivo pelos **direitos individuais** e pelas **garantias fundamentais** outorgadas pela ordem jurídica aos cidadãos representa, em geral, o sinal mais expressivo e o indício mais veemente de que se consolida, de maneira real, o quadro democrático delineado na Constituição Federal.

A restrição de um direito constitucionalmente previsto deve ser **“excepcional, expressamente estabelecida em lei e guardar proporcionalidade, o que significa dizer que a medida restritiva deve ser adequada, necessária e proporcionada aos fins a que se destina”**.

O Ministro Ilmar Galvão (Supremo Tribunal Federal) deixou-nos ensinamento preciso quando analisou a validade de provas obtidas de forma ilícita:

*É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação de convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva em muito ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade em uma eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se*

*paga por viver-se em estado de direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra Jurisprudência Criminal, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º., inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*<sup>23</sup>

Não podemos permitir que a necessidade de se garantir a segurança do cidadão seja usada como desculpa pelo Estado para continuar se omitindo quanto às ações necessárias para se solucionar, na origem, os problemas decorrentes do crime organizado. O fato é que é extremamente cômodo e conveniente que a única solução que se veja para o aumento crescente dessa criminalidade organizada, qualquer que seja a sua natureza (drogas, crimes econômicos, jogos etc), seja o expansionismo penal.

E digo isso também porque não consigo ver qualquer resultado prático no endurecimento penal; até porque é sabido que nosso país não possui hoje um sistema penitenciário capaz de receber a quantidade de presos que sofrerão as consequências do excesso de criminalização e penalização. Ou seja, no fundo, estaremos estimulando a criação e o aperfeiçoamento de novos profissionais do crime diante da deplorável estrutura carcerária, onde se juntam em um só ambiente criminosos profissionais, homicidas, estupradores, traficantes, e aqueles do 'baixo claro', iniciantes, que acabam sendo cooptados pelos mais antigos e experientes, muitas vezes até em razão de revolta.

Concluo, citando Creso, para quem

*o chamado discurso das garantias não é uma espécie de luxo ao qual cabe renunciar em tempos de crise, e nem uma tese conservadora. Em minha opinião é um discurso claramente progressista e crítico, porque pretende salvaguardar um modelo de direito penal estritamente vinculado às garantias do estado de direito que devem reger todas as pessoas. Substituir a 'racionalidade valorativa' inerente a este por uma 'racionalidade pragmática', justamente quando faz falta de-*

---

23 Ação Penal n. 307-3/DF, DJ 13/10/1995, grifo nosso.

*fender esses princípios, é uma forma de dar validade a uma transformação dos parâmetros político-criminais altamente discutível. Sem dúvida são muitas as faces do direito penal e uma que não é possível esquecer em nenhum caso, é a de protetor e garantista.”<sup>24</sup>*

Garantir a segurança do cidadão, acho eu, é garantir a eficácia de direitos e garantias fundamentais, e não os fragilizar aos poucos de modo a permitir, eventualmente, o surgimento de um regime autoritário ou mesmo totalitário. ❖

---

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 130.