



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO**

**CÉSAR DE FARIA JÚNIOR**

**O PROCESSO PENAL DO INIMIGO, OS DIREITOS E  
GARANTIAS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE**

Salvador  
2010

**CÉSAR DE FARIA JÚNIOR**

**O PROCESSO PENAL DO INIMIGO, OS DIREITOS E  
GARANTIAS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientadora: Profa. Doutora Maria Auxiliadora Minahim.

Salvador  
2010

*Dedico este trabalho à memória do eletricista brasileiro Jean Charles de Menezes, metralhado pela Scotland Yard, com 11 tiros à queima-roupa, confundido com um terrorista, na estação de Stockwell do metrô de Londres, em 22/07/2005.*

## AGRADECIMENTOS

À Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim, minha orientadora, por suas primorosas sugestões e permanente incentivo à conclusão deste trabalho.

À Defensoria Pública da União, nas pessoas do Defensor Público Geral, Dr. José Rômulo Plácido Sales e da Defensora Pública Chefe da Unidade da Bahia, Dra. Izabela Vieira Luz, pelo inestimável apoio na reta final de conclusão desta pesquisa.

Da mesma forma, aos meus colegas do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, bem como aos prestativos funcionários do Programa de Pós-Graduação.

Ao Prof. Rômulo de Andrade Moreira, pelo generoso empréstimo de dezenas de obras jurídicas, preciosidades que desfalcaram, momentaneamente, sua valiosa Biblioteca.

Aos meus familiares, especialmente meus filhos Beatriz e César Neto, bem como aos amigos mais próximos, por compreenderem a necessidade de infindáveis horas de estudo subtraídas do nosso afetivo convívio.

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para que essa realização se tornasse possível, meu muito obrigado!

## RESUMO

A partir da análise crítica do Direito Penal do Inimigo tal como concebido por Jakobs, destinado aos que, deliberadamente, por princípio e de forma reiterada, violam as normas do contrato social, chega-se ao Processo Penal do Inimigo, o qual não mereceu tratamento distintivo na tese do citado autor tedesco, mas pode ser identificado quando ele propõe a flexibilização ou supressão de garantias processuais. A existência do Processo Penal do Inimigo, que ficou mais nítida, em nível mundial, com o recrudescimento do sistema penal, após o atentado terrorista às Torres Gêmeas do *World Trade Center* em Nova Iorque, ocorrido no dia 11 de setembro de 2001, afigura-se ainda mais deletéria do que a do “Direito Penal do Inimigo”. Não se nega aqui a ocorrência de uma relação instrumental e de uma complementaridade funcional entre o Direito Penal e o Processo Penal, constituindo-se o processo como um meio de se atingir os fins previstos no direito material. Todavia, com o fenômeno da “*Constitucionalização do Direito*”, o processo penal, para além da realização do direito penal, há de ser compreendido como mecanismo de materialização dos direitos e garantias fundamentais, reafirmando-se sua instrumentalidade, mas agora, sob o viés constitucional. Neste prisma, à luz do princípio da supremacia da Constituição, não se pode admitir, sob qualquer argumento, um “Processo Penal do Inimigo”, no qual prevalece a supressão de garantias processuais, num modelo de *Estado Democrático e de Direito*, edificado com base no princípio da *dignidade da pessoa humana*. Dessa forma, mesmo considerando que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos e que a colisão entre eles é bastante comum em um texto constitucional, repudia-se a recorrente manipulação do princípio da proporcionalidade como forma de atingir a máxima restrição desses direitos. Não obstante não se tenha no Brasil um inimigo específico, claramente segmentado e determinado, não se pode olvidar que a escolha dos “inimigos de ocasião” obedece não somente à lógica do linchamento, mas, sobretudo, à lógica seletiva dos detentores do poder. Apresenta-se, por fim, no panorama nacional, conforme analiticamente comprovado, a triste realidade, própria de um país de democracia tardia, de um precedente, uma exceção aos valores e garantias constitucionais, tornando-se, arbitrariamente, regra geral, contaminando o Processo Penal do Cidadão. De sorte que, conquanto não se possa afirmar a existência de um Processo Penal do Inimigo no Brasil, também não se pode dizer que exista o que aqui se denominou Processo Penal do Cidadão. Afinal, num Estado Democrático de Direito, não se pode admitir a existência de “inimigo” ou de “amigo”, mas somente a de “culpado” ou “inocente”, não se reconhecendo, por conseguinte, o Processo Penal do Inimigo como Direito. Portanto, esse trabalho representa, em síntese, uma defesa veemente do Direito Processual Penal, que só pode ser assim concebido como Constitucional e do Cidadão.

**Palavras-chave:** Direito Penal do Inimigo. Processo Penal do Inimigo. Processo Penal Constitucional. Princípio da Proporcionalidade. Direitos e Garantias Fundamentais. Estado Democrático de Direito.

## ABSTRACT

From the review of the Criminal Law of the Enemy as conceived by Jakobs, for those who knowingly, by principle and repeatedly violate the rules of social contract, one arrives at the Criminal Procedure of the Enemy, who did not deserve treatment distinctive view of that author tedesco, but can be identified when he proposed the easing or abolition of procedural safeguards. The existence of Criminal Procedure of the Enemy, which was sharper in the world, with the resurgence of the penal system after the terrorism attack on the Twin Towers of the World Trade Center in New York occurred on September 11, 2001, it even more deleterious than the "Criminal Law of the Enemy". Here no one denies the occurrence of an instrumental relationship and a functional complementarity between the Criminal Law and Criminal Procedure, establishing the process as a means to achieve the purposes provided in substantive law. However, with the phenomenon of "Constitutionalisation law, criminal procedure, in addition to the completion of the criminal law is to be understood as a mechanism of realization of fundamental rights and guarantees, is reaffirming its instrumentality, but now, under the bias constitutional. In this light, the light of the principle of supremacy of the Constitution, can not be allowed in any case, a "Criminal Procedure of the Enemy," which prevails in the removal of procedural safeguards, a model democratic state and of law, built on the basis the principle of human dignity. Thus, even assuming that the fundamental rights and guarantees are not absolute and that the collision between them is quite common in a constitutional text, reoudiates the applicant is handling the principle of proportionality as a way to achieve the maximum restriction of those rights. Despite not having a specific enemy in Brazil, clearly targeted and determined, we can not forget that the choice of "enemies of opportunity" not only obeys the logic of lynching, but mainly to the selective logic of those in power. It appears, finally, on the national scene, as proven analytically, the sad reality, itself a country of democracy later, a precedent, an exception to the values and constitutional guarantees, making it arbitrarily, usually contaminating Citizen's Criminal Procedure. So that, although we can not affirm the existence of Criminal Procedure of the Enemy in Brazil, it can not be said to exist here which was called the Citizen's Criminal Procedure. After all, a democratic state of law, we can not admit the existence of "enemy" or "friend", but only of "guilty" or "innocent", not recognizing therefore, the Criminal Procedure Law as the Enemy . Therefore, this work represents, in short, a vehement defense of the Criminal Procedural Law, which can only be conceived by the Constitution and the Citizen.

**Key-words:** Criminal Low of the Enemy. Enemy of Criminal Procedure. Constitutional Criminal Procedure. Principle of Proportionality. Rights and Guarantees. Democratic State of Law.

## RIASSUNTO

Dall'analisi critica del Diritto Penale del Nemico - così come concepita da Jakobs, ossia, diritto che ha per destinatari quelli che, di forma deliberata, per principio e reiteratamente, violano le norme del contratto sociale – si arriva alla Procedura Penale del Nemico, il quale non meritò trattamento specifico della tesi del suddetto autore tedesco; però lo si può individuare nel momento in cui viene proposta la flessibilizzazione o la soppressione delle garanzie procedimentali. L'esistenza della Procedura Penale del Nemico – la quale diviene più nitida, a livello mondiale, con il rinforzo del sistema penale dopo l'attentato terrorista alle Torri Gemelle del *World Trade Center* a *New York*, accaduto l'11 settembre 2001, si presenta ancora più deleteria di quello conseguente al Diritto Penale del Nemico. Non si rifiuta qui l'occorrenza di un rapporto strumentale e di una complementarietà funzionale tra il Diritto Penale e la Procedura Penale, essendo, perciò, la procedura un mezzo per raggiungere i fini previsti nel diritto materiale. Tuttavia, con il fenomeno della "Costituzionalizzazione del Diritto", la procedura penale, aldilà della realizzazione del diritto penale, deve essere intesa come un meccanismo di effettivazione dei diritti e delle garanzie fondamentali, riaffermandosi la loro strumentalità, però a questo punto secondo un punto di vista costituzionale. In quest'ambito, per il principio della supremazia della Costituzione, non si può ammettere, sotto qualunque argomento, una "Procedura Penale del Nemico", nel quale viene prioritizzata la soppressione delle garanzie procedimentali, in un modello di *Stato Democratico e di Diritto*, il quale ha per base il principio della *dignità della persona umana*. Quindi, anche considerando i diritti e le garanzie fondamentali come relativi e la loro coalizione molto frequente nell'ambito costituzionale, non si accetta la ricorrente manipolazione del principio della proporzionalità come forma di raggiungere la massima restrizione di questi stessi diritti. Malgrado in Brasile non si abbia un nemico specifico, chiaramente segmentato e individuato, non si può dimenticare che la scelta dei "nemici occasionali" segue, oltre la logica del linciamento, la logica selettiva dei detentori del potere. Presentasi, infine, nel panorama nazionale, secondo comprovazione analitica, la triste realtà - propria di uno Stato di democrazia tardiva – di un precedente, di un'eccezione ai valori e alle garanzie costituzionali, che diventa arbitrariamente regola generale, contaminando la Procedura Penale del Cittadino. In questo senso, benché si possa affermare l'esistenza di una Procedura Penale del Nemico nel Brasile, non si può dire che esiste anche quello che ora si denomina Procedura Penale del Cittadino. Nell'ambito dello Stato Democratico del Diritto, non si può ammettere l'esistenza di "nemico" o di "amico", però è concessa solo quella di "colpevole" o meno, non riconoscendo perciò la Procedura Penale del Nemico come Diritto. Di conseguenza, questa ricerca, in sintesi, rappresenta una difesa del Diritto di Procedura Penale, il quale può essere solo inteso come Costituzionale e del Cittadino.

**Parole Chiave:** Diritto Penale del Nemico. Procedura Penale del Nemico. Procedura Penale Costituzionale. Principio della Proporzionalità. Diritti e Garanzie Fondamentali. Stato Democratico del Diritto.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCESSO PENAL DO INIMIGO</b>	<b>14</b>
1.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO NA VISÃO DE GÜNTHER JACOBS	14
1.1.1 Base jusfilosófica do Direito Penal contra o inimigo de JAKOBS	14
1.1.2 Adoção da Teoria dos Sistemas de LUHMANN	15
1.1.3 Alguns antecedentes do Direito Penal do inimigo (Origem ideológica)	20
1.1.4 “ <i>Não pessoa</i> ” na visão de Silva Sánchez	23
1.1.5 Características do Direito Penal do Inimigo	24
1.1.6 Críticas ao Direito Penal do Inimigo (Cancio Meliá: Direito Penal Simbólico e o Punitivismo)	27
1.2 DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO	30
<b>2 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL VERSUS PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA</b>	<b>39</b>
2.1 UM DIAGNÓSTICO DA SITUAÇÃO ATUAL	39
2.2 A LEGISLAÇÃO ÁLIBI E O PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA	43
2.3 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO PENAL	47
2.3.1 A Relação Complementar e Instrumental entre Direito Penal e Direito Processual Penal	47
2.3.2 A Instrumentalidade <i>Constitucional</i> do Processo Penal	49
2.3.3 A Tendência à Internacionalização do Processo Penal	52
2.4 A EXPRESSÃO “PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL”: BREVES CONSIDERAÇÕES	55
2.5 NEOCONSTITUCIONALISMO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: ALGUMAS NOTAS RELEVANTES PARA O PRESENTE TRABALHO	56
2.6 A NECESSÁRIA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO	61
<b>3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: CONTEXTUALIZAÇÃO JUSFILOSÓFICA, CONSTITUCIONAL E INCIDÊNCIA NO PROCESSO PENAL</b>	<b>68</b>
3.1 A PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL: CONSIDERAÇÕES INICIAIS NO CONTEXTO DE UM PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL	68
3.2 CONTEXTUALIZAÇÃO JUSFILOSÓFICA DA PROPORCIONALIDADE	71
3.3 O POSITIVISMO JURÍDICO-NORMATIVO DE HANS KELSEN: O MODELO DE REGRAS	75
3.3.1 “Teoria Escalonada da Ordem Jurídica” (Dinâmica Jurídica)	76
3.3.2 Interpretação Jurídica	79
3.4 A TRANSIÇÃO DO MODELO DE REGRAS PARA O MODELO DE REGRAS E PRINCÍPIOS: A PROPOSTA INOVADORA DE RONALD DWORKIN	81
3.4.1 O modelo de regras e princípios	83
3.4.2 À guisa de conclusão acerca do modelo proposto por Dworkin	84
3.5 A TEORIA CONSTITUCIONAL E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, O CONSTITUCIONALISMO DISCURSIVO E A UNIÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITO E MORAL DE ROBERT ALEXY: A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE NESSE CONTEXTO	85

<b>3.5.1 A pretensão de correção e a união conceitual entre Direito e Moral: o conceito não-positivista de Direito</b>	<b>85</b>
<b>3.5.2 “Constitucionalismo Discursivo”: o desenvolvimento de uma racionalidade discursiva capaz de legitimar a atuação democrática do “Tribunal Constitucional” (STF), efetivar a Constituição e os seus valores, e aproximar Direito e Moral sob o ideal da correção</b>	<b>88</b>
<b>3.5.3 A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy: o seu modelo de regras e princípios e a máxima da proporcionalidade</b>	<b>94</b>
<b>3.5.3.1 A estrutura das normas de direitos fundamentais</b>	<b>94</b>
3.5.3.1.1 <i>Diferenciação geral entre regras e princípios</i>	94
3.5.3.1.2 <i>Princípios como mandamentos de otimização</i>	95
<b>3.5.3.2 Colisões entre princípios e conflitos entre regras</b>	<b>95</b>
<b>3.5.3.3 A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade</b>	<b>96</b>
<b>3.5.4 Conclusões decorrentes da análise do modelo alexyano</b>	<b>97</b>
<b>3.6 OUTROS OLHARES SOBRE A PROPORCIONALIDADE</b>	<b>97</b>
<b>3.6.1 Princípio como norma jurídica de eficácia plena e não programática</b>	<b>98</b>
<b>3.6.2 A origem histórica da proporcionalidade: EUA (razoabilidade) e Alemanha (proporcionalidade)</b>	<b>99</b>
<b>3.6.3 Fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade</b>	<b>103</b>
<b>3.6.3.1 Art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988</b>	<b>103</b>
<b>3.6.3.2 Devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88)</b>	<b>105</b>
<b>3.6.3.3 Estado de Direito (Tribunal Constitucional Federal Alemão)</b>	<b>106</b>
<b>3.6.3.4 Fundamento plural</b>	<b>106</b>
<b>3.6.4 A relação entre proporcionalidade e isonomia</b>	<b>108</b>
<b>3.6.5 Críticas gerais à proporcionalidade</b>	<b>109</b>
<b>3.6.6 Críticas específicas mais recorrentes à proporcionalidade</b>	<b>112</b>
<b>3.6.7 Proporcionalidade, Segurança Jurídica e Discrecionalidade</b>	<b>114</b>
<b>3.6.7.1 A necessidade humana de segurança jurídica</b>	<b>114</b>
<b>3.6.7.2 Segurança versus Justiça</b>	<b>116</b>
3.6.7.2.1 <i>Variação jurisprudencial, controle da fundamentação das decisões judiciais, proporcionalidade e teoria do discurso: a retomada da máxima da proporcionalidade alexyana e do constitucionalismo discursivo de Robert Alexy</i>	119
<b>4 MANIFESTAÇÕES DO PROCESSO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL</b>	<b>124</b>
<b>4. 1 LEI DE CRIMES HEDIONDOS</b>	<b>125</b>
<b>4.1.1 Normas características do Direito Processual Penal do Inimigo</b>	<b>126</b>
<b>4.1.2 Lei de Combate à Tortura</b>	<b>128</b>
<b>4.1.3 Expansionismo Desmedido da Legislação Hedionda</b>	<b>130</b>
<b>4.1.3.1 a) Lei 8.930/94 (Homicídio)</b>	<b>130</b>
<b>4.1.3.2 b) Lei dos Remédios (Leis 9.677 e 9.695/1998)</b>	<b>131</b>
<b>4.1.4 Ofensa à Proporcionalidade ou Razoabilidade</b>	<b>132</b>
<b>4.1.5 Reconhecimento de Inconstitucionalidades</b>	<b>136</b>
<b>4.1.6 Lei 11.464/2007 (Possibilidade de Progressão de Regime e de Concessão de Liberdade Provisória)</b>	<b>138</b>
<b>4.2 LEI DE PRISÃO TEMPORÁRIA</b>	<b>139</b>
<b>4.2.1 Uso abusivo, desarrazoado e generalizado da Prisão Temporária</b>	<b>143</b>
<b>4.3 A LEI 9.296/96 E OS SEUS REFLEXOS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO</b>	<b>148</b>
<b>4.3.1 Alcance das intercepções das comunicações telefônicas</b>	<b>151</b>
<b>4.3.2 Das hipóteses de cabimento</b>	<b>153</b>

<b>4.3.3 Interceptação telefônica e ingerência à intimidade de terceiros não investigados</b>	<b>155</b>
<b>4.3.4 O direito ao sigilo</b>	<b>156</b>
<b>4.3.5 As sucessivas e ilegais renovações das interceptações</b>	<b>157</b>
<b>4.3.6 Legitimidade e a previsão da figura do “juiz inquisidor”</b>	<b>158</b>
<b>4.3.7 Alargamento da incidência da lei pelos tribunais</b>	<b>159</b>
<b>4.4 AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO</b>	<b>160</b>
<b>4.4.1 Tipo penal impreciso: conseqüente expansão dos institutos processuais do inimigo</b>	<b>160</b>
<b>4.4.2 Delação premiada</b>	<b>166</b>
<b>4.4.3 Identificação criminal obrigatória</b>	<b>168</b>
<b>4.4.4 Agente infiltrado</b>	<b>168</b>
<b>4.4.5 Proibição de liberdade provisória</b>	<b>170</b>
<b>4.4.6 Exigência da prisão para apelar</b>	<b>171</b>
<b>4.4.7 Vigilância eletrônica</b>	<b>172</b>
<b>4.4.8 A figura do “juiz inquisidor”</b>	<b>172</b>
<b>4.5 LAVAGEM DE DINHEIRO</b>	<b>174</b>
<b>4.5.1 Contextualização histórica</b>	<b>174</b>
<b>4.5.2 Imprecisão da figura típica</b>	<b>177</b>
<b>4.5.3 Do julgamento à revelia</b>	<b>178</b>
<b>4.5.4 Da aplicação da delação premiada</b>	<b>182</b>
<b>4.5.5 Da absoluta proibição de liberdade provisória</b>	<b>182</b>
<b>4.5.6 Inversão do ônus da prova</b>	<b>183</b>
<b>4.6 LEI DE DROGAS (LEI 11.343/2006)</b>	<b>184</b>
<b>4.6.1 Aspectos Procedimentais da Lei nº. 11.343/2006. Reflexões à Luz da Constituição Federal de 1988</b>	<b>187</b>
<b>4.7 O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b>	<b>199</b>
<b>4.7.1 Delação Premiada no ordenamento jurídico brasileiro</b>	<b>201</b>
<b>4.8 EXECUÇÃO PENAL DO INIMIGO (REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD)</b>	<b>210</b>
<b>4.8.1 Institutos típicos da Execução Penal do Inimigo</b>	<b>211</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>216</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>241</b>

## INTRODUÇÃO

O objeto principal da presente investigação é desvelar a existência do “Processo Penal do Inimigo”, que ficou mais visível, em nível mundial, com o recrudescimento do sistema penal, notadamente após o atentado terrorista às Torres Gêmeas do *World Trade Center* em Nova Iorque, ocorrido no dia 11 de setembro de 2001, e questionar sua suposta eficácia no combate à criminalidade violenta e/ou de especial gravidade e sua real existência no Brasil.

Para tanto, toma-se como ponto de partida a análise do denominado “Direito Penal do Inimigo” de Günther Jakobs, destinado aos que violam as normas do contrato social, por princípio e de forma reiterada, renunciando, segundo o autor tedesco, ao “*status*” de cidadão.

Aqueles seriam vistos tão somente como fonte potencial de crimes, de perigo, sendo, necessariamente, considerados “não-pessoas” ou “menos-pessoas”, despersonalizados ou desumanizados, de modo a serem “inocuidados”, isto é, postos fora de combate, destruídos como inimigos, com o aumento e a antecipação da punição, aplicada através da supressão de garantias processuais.

Nessa ótica, o “Direito Penal do Inimigo”, fruto da união do “Direito Penal Simbólico” com o “Punitivismo”, ambos produtos da expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais, é criticado na medida em que se questiona se é através da violação de consagrados direitos e garantias fundamentais que irá se combater com eficácia a criminalidade de elevada gravidade, sendo essa uma das hipóteses deste trabalho.

Outra hipótese de trabalho a ser comprovada é que a existência do “Processo Penal do Inimigo” afigura-se ainda mais deletéria do que a do “Direito Penal do Inimigo”, por ser o direito material de coação indireta, na medida em que somente se aplica mediante um processo, sem o qual é mera promessa vã e ilusória.

Destaque-se, por sua extraordinária relevância, que a “flexibilização ou supressão de garantias processuais” não pode ser vista apenas como aspecto processual do “Direito Penal do Inimigo”, como considera Jakobs.

A visão integradora foi adotada pelo multi-referido autor alemão, certamente, como forma de assegurar uma expansão sem limites do seu “Direito Penal do Inimigo”, conduzindo a um processo penal anti-garantista (“processo penal da guerra”), ao atribuir também ao processo fins de (re)estabilização normativa.

Não obstante a relação de instrumentalidade e complementaridade funcional existente entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, não mais se discute a autonomia

do Processo Penal como ciência, de sorte que a violação de garantias processuais constituiria o que se denominou, na esteira do “Direito Penal do Inimigo”, o “Direito Processual Penal do Inimigo”, ou simplesmente “Processo Penal do Inimigo”, já que não se compreende como “Direito”.

Ressalte-se que, no Processo Penal do Inimigo, já se trataria como inimigo o acusado, quando ainda não se sabe se é culpado ou inocente, desconsiderando-se que toda Constituição Democrática determina a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A problemática se agiganta quando se considera o processo penal como instrumento de materialização dos direitos e garantias constitucionais, elevando sua função para além da realização do Direito Penal.

O maior exemplo de Processo Penal do Inimigo encontra-se na Ordem Militar Presidencial Estadunidense de 13/11/2001, que sugestivamente versa sobre “Detenção, Tratamento e Julgamento de Alguns Não-cidadãos na Guerra contra o Terrorismo”, o denominado *Military Commissions Act*, que criou as Comissões Militares para julgar “inimigos combatentes”.

No mesmo diapasão, foi proposto pelo Governo Bush 45 (quarenta e cinco) dias após o 11 de setembro, sem que houvesse nenhuma consulta à população, o famigerado USA Patriot Act, aprovado pelo Senado dos Estados Unidos em 22.10.2001, cujo título *Patriot - Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism-* (Fornecer Ferramentas Apropriadas para Interceptar e Obstruir o Terrorismo), já denota seu objetivo.

Estes atos normativos ressalvam, expressamente, não serem aplicáveis, aos suspeitos da prática de atos terroristas, os princípios da lei e as regras probatórias do processo criminal norte-americano.

No Brasil, não se tem uma categoria de “inimigo” tão bem definido como os terroristas, mas existem inúmeras manifestações do Processo Penal do Inimigo, que se tornaram mais nítidas, sobretudo, a partir das leis de crimes hediondos de 1990 e de combate as “organizações criminosas”.

Com efeito, no panorama nacional, a maioria dos autores pátrios identifica o “inimigo” naqueles que fazem parte do denominado “crime organizado”, pela atuação criminosa de forma estável e reiterada e elevado poder de intimidação, desafiando o próprio Estado repressor, apesar de muitos questionarem a própria existência do crime organizado no Brasil.

Contudo, em face da abusiva instrumentalização midiática do ordenamento jurídico-penal, verifica-se que, a cada crime alardeado na mídia, elege-se um “inimigo” de ocasião, apresentado, nesses momentos de comoção, como um “monstro” (não-pessoa), que deve ser ferozmente combatido, dando ensejo ao surgimento da “legislação álibi” e do “processo penal de emergência”.

Por conseguinte, sob pressão da mídia, o Congresso Nacional edita normas de forma dispersa e não sistematizada, obedecendo à lógica do linchamento, abrindo-se perigosos precedentes que violam direitos e garantias constitucionais, sob aplauso da opinião pública facilmente manipulada, numa sociedade insegura e atemorizada.

Conforme será demonstrado, a situação do Brasil é semelhante ao que costuma acontecer em países de democracia tardia, consoante advertiu o próprio Jakobs, as normas específicas do Processo Penal do Inimigo acabaram por se expandir indevidamente, contaminando, por assim dizer, o Processo Penal do Cidadão.

O presente trabalho se desenvolve em quatro capítulos, a saber:

No Capítulo primeiro, apresenta-se o Direito Penal do Inimigo de Jakobs: conceito, características e críticas, para, em seguida, serem tecidas considerações acerca da existência do Processo Penal do Inimigo, numa visão própria, como ciência autônoma, e suas funestas implicações.

O Capítulo segundo trata do “Processo Penal Constitucional”, como instrumento de realização dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, em um Estado Democrático de Direito, abordando de forma tangencial a hermenêutica constitucional concretizante, em tempos de neo-constitucionalismo.

O Capítulo terceiro se ocupa do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, admitindo-se sua adoção somente como meio de impor limites à legislação penal do inimigo, com destaque para a “Teoria dos Direitos Fundamentais” de Robert Alexy e sua máxima da proporcionalidade, a fim de evitar a manipulação do referido princípio, violando-se garantias constitucionais e comprometendo a própria segurança jurídica.

No Capítulo quarto, desvelam-se as principais normas processuais que se caracterizam como manifestações do Processo Penal do Inimigo no Brasil, na denominada legislação de combate (Crimes Hediondos, Prisão Temporária, Interceptação Telefônica, Crime Organizado, Drogas, Lavagem de Dinheiro, Delação Premiada e, ainda, a Execução Penal do Inimigo), demonstrando seu expansionismo desenfreado, procedendo-se a uma análise crítica dessa política criminal, à luz do princípio da proporcionalidade.

Alinham-se, afinal, as conclusões que sintetizam os entendimentos mais importantes sobre o polêmico tema do Direito Processual Penal do Inimigo, sua questionada eficácia no combate à criminalidade e existência no Brasil.

Por fim, o alcance do objetivo proposto aconteceu por meio da realização de pesquisa teórica a partir de uma análise histórica e sistemática do direito, considerando normas e princípios de direito interno, comunitário e internacional, com a consulta a tratados, convenções, legislações, jurisprudência e bibliografia, nacionais e estrangeiros. Realizou-se, ainda, um estudo analítico das normas que revelam o processo penal do inimigo previstas pelo ordenamento jurídico nacional, mediante, inclusive, o cotejo de dados estatísticos.

## 1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCESSO PENAL DO INIMIGO

### 1.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO NA VISÃO DE GÜNTHER JACOBS

#### 1.1.1 Base jusfilosófica do Direito Penal contra o inimigo de JAKOBS

A idéia de um “direito penal do inimigo” não é nova, mas foi a partir de 1985, em estudo sobre a “*Criminalización en el estadio prévio a la lesión de un bien jurídico*”, que Günther Jakobs<sup>1</sup> começou a estabelecer a diferença entre o Direito Penal do Cidadão, o qual preserva as esferas de liberdade, e o que denominou de “*Direito Penal do Inimigo*”, que prioriza a proteção a bens jurídicos e trata o infrator como “*não pessoa*”.

Em trabalho mais recente, o mesmo autor tedesco<sup>2</sup>, invocando as teorias contratualistas do Iluminismo, aduziu que, quem viola as normas do contrato social, por princípio e de forma reiterada, renuncia ao seu *status* de cidadão, da mesma forma que aquele que adere ao grupo criminoso (em vez da sociedade civil) e repudia a legitimidade do Estado em seu conjunto pratica uma “*auto-exclusão da personalidade*”, devendo, na sua visão, ser tratado como inimigo.

Pessoas são destinatárias de direitos e deveres e vice-versa, para Jakobs “*todo aquele que oferece fidelidade jurídica ao menos de forma relativamente confiável tem o direito de ser tratado como pessoa*”<sup>3</sup>, enquanto que aquele que não oferece uma “*garantia cognitiva mínima de comportamento fiel ao Direito*” não seria pessoa, e sim fonte potencial de crime, inimigo.

Para demonstrar que é possível se perder o *status* de cidadão, Jakobs<sup>4</sup> parte da teoria de Rousseau pela qual o Estado se fundamentaria num contrato social, de modo que, no dizer do famoso contratualista, “qualquer ‘malfeitor’ que ataque o ‘direito social’ deixa de ser ‘membro’ do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. Referindo-se a ele, expressamente, como “inimigo”: “ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”.

No mesmo sentido, cita Fichte: “quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e passa a um estado de ausência completa de direitos.”

Todavia, Jakobs não adota a concepção de Rosseau e de Fichte, quando consideram todo delinqüente, de *per si*, como inimigo, por entender que “em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso,” porque como “cidadão” ele tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade e dever de reparar o dano que causou.

Comunga, entretanto, com o pensamento de outro teórico do contrato social, Hobbes, para quem, no “contrato de submissão”, o cidadão não pode perturbar o Estado em seu processo de auto-organização, de modo que, quando comete alta traição, deve ser castigado como inimigo, “pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... e aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos”.<sup>5</sup>

O professor de Bonn também segue a orientação de Kant, quando propõe seja tratado como inimigo quem ameaça constantemente e não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão, ou seja, não pretende participar da vida em um “estado comunitário-legal”.<sup>6</sup>

Conclui Jakobs que Hobbes e Kant conhecem um Direito Penal do cidadão – contra pessoas que não delinqüem de modo persistente por princípio – e um Direito Penal do inimigo contra quem se desvia por princípio.

Eis, em breves linhas, a base jusfilosófica do Direito Penal contra o inimigo de Jakobs, constituído para eliminar perigos, através da sanção como coação, pura e simples.

### **1.1.2 Adoção da Teoria dos Sistemas de LUHMANN**

Jakobs também adota a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann como base para construção de sua tese, quando defende o funcionalismo sistêmico, no qual a função das normas seria garantir as expectativas, tal como concebida por Luhmann.

Para Luhmann, o Direito deve ser visto como uma estrutura e a sociedade como um sistema em uma relação de interdependência recíproca.

Na convivência humana que só pode se dar em sociedade, o Direito teria a função de estabelecer limites para essa interação, de modo que cada um possa esperar, com um mínimo de confiança, determinado comportamento do outro. E as normas, conquanto não possam evitar os conflitos, devem garantir as expectativas de condutas.

A obra de Niklas Luhmann – Teoria dos Sistemas - é considerada como uma das leituras mais organizadas para analisar e compreender a dinâmica da sociedade atual, marcada pelo seu alto grau de complexidade.

O mencionado autor acolhe a orientação de *autopoiesis*, desenvolvida no âmbito da biologia, acerca da funcionalidade dos sistemas, denominando a sua teoria de “*teoria dos sistemas autopoieticos*”.

Assim, um conjunto de órgãos, por sua vez, forma um sistema e vários sistemas integrados podem formar um organismo e alguns sistemas, como o sanguíneo e ósseo, possuem funções autopoieticas, ou seja, conseguem se regenerar, com a diferenciação de células jovens ou imaturas em células maduras.

De modo semelhante, para Luhmann a sociedade constitui um sistema que é caracterizado e diferenciado pela sua capacidade de auto-referência e pela *autopoiesis*, encontrando na comunicação o seu elemento essencial, através do qual constitui uma rede de relações fechada sobre si mesma.

Diante deste fechamento estrutural, defende que se mantêm como uma rede de relações e inter-relações em “*aspiral evolutiva não teleológica*”<sup>7</sup>, que deve buscar a redução da complexidade dentro do próprio sistema.

A sociedade moderna pode ser caracterizada como um amplo sistema social orientado por uma diferenciação funcional. Consoante afirma Luhmann, após um largo período de estabilidade da sociedade liberal, observou-se um acelerado aumento da evolução industrial e tecnológica, o que, conseqüentemente, propiciou o surgimento de uma sociedade complexa, evidenciada a partir da capacidade de auto-referencialidade.

Quanto mais evoluída for uma sociedade, maior será o seu grau de diferenciação funcional. Daí se constatar que a sociedade contemporânea é mais complexa que as anteriores, e por isso, mais eficiente na resolução dos seus problemas, pois somente o que é complexo possui capacidade e habilidade para contornar e reduzir esta complexidade.

Através da técnica da diferenciação funcional, cerne da teoria dos sistemas, a sociedade se encontra apta para elevar a sua capacidade de comunicação, mantendo a sua originalidade de auto-reprodução autopoietica, inserido no seu estrutural fechamento auto-referente.

É de fácil constatação, portanto, que Luhmann busca elaborar uma teoria sociológica que esteja em essencial conformidade com o nível de complexidade da sociedade moderna.

Ao propor uma reorientação sociológica pautada na comunicação, defende a superação da denominada “*teoria da ação*” que servia para caracterizar as sociedades

clássicas e que, por isso mesmo, não pode servir de base epistemológica para a compreensão de uma sociedade estruturalmente diferenciada e complexa.

A comunicação, segundo o citado autor, é concebida como unidade que visa à síntese de basicamente três operações distintas, quais sejam: mensagem (*aussage*), informação (*informationen*) e compreensão (*versthen*).

Luhmann, como já demonstrado, concebe a sociedade atual como funcionalmente diferenciada, na qual cada subsistema desenvolve a sua função específica, orientada por um código binário exclusivo<sup>8</sup>.

De modo que cada subsistema se desenvolve a partir dos seus códigos e programas. Abre-se e fecha-se conforme o seu escolhido código de diferenciação, de maneira que, da mesma forma que o sistema realiza mecanismos de aberturas cognitivas (*acoplamento estrutural*) e se demonstra permeável, em seguida se fecha para se auto-referenciar (*autopoiésis*), desenvolver-se, segundo a sua lógica interna, reduzindo a sua complexidade<sup>9</sup>.

Nessa linha de compreensão, verifica-se que a sociedade atual é caracterizada pela comunicação, elemento do sistema social, através do qual ocorre a auto-descrição do sistema pela busca da sua auto-reprodução.

Diante dessas breves considerações acerca do pensamento luhmaniano na sociologia, convém evidenciar, ainda que sucintamente, a relação do seu pensamento com o direito e, em seguida, com o direito penal.

Segundo Luhmann, para verificar a função do direito na sociedade complexa, faz-se necessário que se observe o modo pelo qual ele estrutura e diferencia as expectativas cognitivas e, principalmente, as normativas, afinal, é sobre elas que se refere<sup>10</sup>.

Toda e qualquer expectativa consiste em uma antecipação do futuro e, como tal, está apta a ensejar frustrações. Assim, existem duas formas para lidar com estas frustrações: ou se adapta a expectativa à situação que a frustrou ou se volta contra tal situação. No primeiro caso, estar-se-ia diante de uma expectativa cognitiva, que se adapta à situação que a contrariou.

No segundo, todavia, verifica-se uma expectativa normativa que deve se manter firme contra a situação que a decepcionou. Conforme o pensamento de Luhmann, essas duas formas de lidar com a frustração de expectativas encontram no direito a sua estabilização por meio da normatização<sup>11</sup>.

A norma seria uma forma de estruturar as expectativas, fixando-as como normativa e, através de determinados mecanismos, neutralizá-las contra as condutas que dela se desviam<sup>12</sup>.

O direito positivo, portanto, estaria essencialmente vinculado com o processo de diferenciação funcional registrado pela sociedade atual, moderna e complexa. A positivação, ao consistir na afirmação e validação do direito por meio de decisões, insere-se em uma orientação reflexiva que induz no direito a capacidade de se criar e mudar de maneira intra-sistêmica.

A partir da incorporação da orientação de auto-referencialidade na sua teoria dos sistemas, Luhmann descreve o direito positivo atual (moderno) como um subsistema essencialmente funcional e diferenciado, que, constituído por outros subsistemas também auto-referenciados, como por exemplo, a política e a economia, reproduz-se autopoieticamente através da comunicação para manter a sua unidade enquanto sistema funcional<sup>13</sup>.

Nesse sentido, para compreender o direito enquanto sistema faz-se necessário compreender que é auto-referenciado, na medida em que produz e reproduz, não somente suas estruturas, como também seus próprios elementos constituintes através de operações essencialmente fechadas.

Destarte, o direito também é compreendido enquanto um sistema autopoietico, no qual as operações são realizadas em seu interior, reproduzindo-se intra-sistematicamente.

Como já registrado, a teoria dos sistemas desenvolvida por Luhmann na sociedade e no direito, interpretado enquanto um subsistema deste, também pode ser compreendida, ou, melhor, inserida, no contexto do direito penal, analisado enquanto um subsistema de um subsistema (direito – “*lato sensu*”).

Para o citado autor, nesta linha de compreensão, o direito penal possui na norma o seu fundamento decisório e analisa a relevância da ação penal a partir da exclusão de qualquer fundamento divino, natural ou pré-jurídico. A ação penalmente relevante deve estar associada a um determinado dever jurídico, de maneira que o direito penal deve se desvincular de qualquer fonte externa.<sup>14</sup>

Diante de tais contribuições acerca do pensamento Luhmanniano na sociedade, no direito e no direito penal, haverá de se analisar sua inegável influência no funcionalismo sistêmico defendido por Jakobs.

Para este autor, o funcionalismo seria o pensamento de origem organicista, no qual o indivíduo faz parte de um todo. Ou seja, a análise toma como referência o grupo e não o sujeito individualmente considerado para a formulação de proposições teóricas.

Defende o sistema, notadamente influenciado pelas concepções teóricas de Luhmann, como algo fechado, no qual cada indivíduo, ao se portar com a incumbência de seus papéis sociais, funciona como subsistema de um sistema.

O direito penal, compreendido enquanto um subsistema diferenciado, com capacidade de auto-reprodução, é fechado e deve buscar as soluções para os seus problemas no próprio sistema.

Esposando a teoria da prevenção geral positiva, Jakobs confere especial enfoque no reconhecimento normativo, impondo ao direito penal a função da busca por tal reconhecimento. Assim, desconsidera o bem jurídico em jogo, apenas exaltando a norma e, conseqüentemente, a credibilidade no sistema.

Nesse diapasão, a aplicação da pena nada mais é do que uma necessidade de confirmação da sociedade, ou seja, de confirmação das expectativas sociais.

Desenvolve um conceito funcional de culpabilidade, compreendido enquanto um sistema fechado, no qual basta que se preencha os seus elementos (capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) para se estabelecer um pressuposto para a aplicação contra-fática da sanção, restabelecendo a crença no sistema. O referencial da culpabilidade defendida por Jakobs é a plena e perfeita vigência do ordenamento jurídico.

Percebe-se que a culpabilidade é compreendida como uma atribuição de prevenção geral, como meio de recuperação na fidelidade do direito. Constitui a afirmação de que o agente precisa sofrer a aplicação da pena, encarada enquanto um árduo processo de comunicação, com o objetivo de restabelecer a confiança no ordenamento jurídico.

As normas representam “expectativas estabilizadas de comportamento de tipo contrafático” e sua “validez é experimentada como independente de seu cumprimento fático”<sup>15</sup>. Daí se concluir que a lesão da norma e conseqüente frustração de expectativa não pode por em risco a vigência da norma.

Jakobs, portanto, compartilha da tese de um sistema fechado e diferenciado que, a partir da realização de mecanismos que permitam a sua auto-referencialidade, (*autopoiesis*) deve manter a sua identidade interna.

A frustração de expectativas normativas denota um déficit cognitivo, diante do qual, para manter a harmonia dos elementos constitutivos do sistema e a vigência da norma, deve haver uma aplicação contra-fática da sanção. Vale dizer, independentemente do bem jurídico lesado casuisticamente, mecanismos de defesas intra-sistêmicos devem ser ressaltados para restabelecer a credibilidade do sistema e o seu perfeito funcionamento.

Seguindo esta linha de orientação, é possível afirmar que Jakobs desconsidera o desvalor da ação (*ex ante*), apenas atribuindo relevância ao desvalor do resultado (*ex post*).

Como já brevemente exposto e como ainda será explicitado, o direito penal do inimigo defendido por Jakobs centra-se na concepção teórica de que aquele que frustra as expectativas normativas é detentor de um déficit cognitivo e merecedor da aplicação de um direito penal que flexibilize as suas garantias enquanto cidadão, assumindo a posição de inimigo do direito.

O multicitado autor conclui a sua compreensão no seguinte sentido: “uma norma não é socialmente válida apenas quando é obedecida, mas também quando é sustentada contrafaticamente, pois, em ambos os casos, ela cumpre a função de oferecer a segurança das expectativas (Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 124 et seq.)”

Nesse contexto, a pena, além de servir para demonstrar a desaprovação do ato praticado, teria a função de confirmar, contrafaticamente, a validade da norma penal violada e por meio dela, segundo Jakobs, é que se daria a “estabilização das expectativas”.

Com efeito, existe uma grande identidade de pensamento na distinção de pessoa e não-pessoa de Jakobs e na forma com que o direito deve regular a questão de inclusão e exclusão nas palavras de Luhmann:

Quem ingressa tem de submeter-se genericamente às expectativas vigentes no sistema, juntamente com as condições institucionalizadas para a modificação dessas expectativas. Aquele que se rebela por princípio (ou seja, não peca eventualmente), tem que sair.<sup>16</sup>

### **1.1.3 Alguns antecedentes do Direito Penal do inimigo (Origem ideológica)**

Carl Schmitt, em obra escrita em 1932<sup>17</sup>, conceituou o inimigo como o estrangeiro, o outro, o adversário, “um conjunto de pessoas em combate ao menos eventualmente, isto é, segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico. Inimigo é somente o inimigo público, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas,

especialmente a todo um povo, torna-se, por isso, público. Inimigo é *hostis*, não *inimicus* em sentido amplo; *polemios* e não *echtros*.”

Propunha o citado politólogo que o Direito (não necessariamente penal) deveria conferir tratamento diferenciado aos “amigos” e aos “inimigos da sociedade”, excluindo juridicamente estes últimos, por não integrarem à “comunidade do povo”, incluindo-se nesta categoria aqueles pertencentes a “raças inferiores” ou “sub-humanas”.

O teórico do nazismo chegou a defender, em congresso jurídico, a exclusão da comunidade acadêmica dos judeus, a quem denominou de “parasitas culturais”, exortando para que suas obras não fossem citadas na bibliografia.

Essas afirmações foram feitas no momento em que se preparavam as famigeradas leis de Nuremberg de 1935, pelas quais se excluía os judeus da cidadania alemã e dos direitos civis, bem como se castigava como delito de “ultraje à raça” a relação sexual de um judeu com outra pessoa de raça ariana.

Conforme denuncia Francisco Muñoz Conde<sup>18</sup>, o passo seguinte na construção de um direito especial contra os inimigos foi sua “eliminação física”, primeiro por meio da internação em campos de concentração, em regime de trabalhos forçados, e depois nos campos de extermínio de Auschwitz ou Birkenau.

Este mesmo autor, buscando as origens ideológicas do direito penal do inimigo, afirma que, desde o fim do século XIX, penalista alemães de porte como Franz Von Liszt e Edmund Mezger, já defendiam idéias semelhantes as do direito penal do inimigo de Jakobs.

Ao classificar os delinqüentes em ocasionais, corrigíveis e incorrigíveis, Von Liszt<sup>19</sup> considerava estes últimos como “inimigos da ordem social”, neles incluindo os reincidentes habituais, além dos mendigos, prostituídos de ambos os gêneros, alcoólatras, e gente do submundo em sentido amplo, que, em sua opinião, pela forma de vida, representavam perigo para a ordem social e tinham simplesmente que ser “inocuidados”, seja por meio da prisão perpétua, seja, inclusive, por meio da pena de morte.

Ainda segundo Muñoz Conde, Binding, apesar de rechaçar a pena de segurança baseada na pura periculosidade como propunha Von Liszt, também defende a utilização da pena contra os reincidentes como forma de inocuidação da “espécie criminal”.

Observe-se que, não obstante Von Liszt pertencer a Escola Moderna que defendia a pena orientada à prevenção e Binding propugnar a pena como retribuição (Escola Clássica), no que refere ao tratamento que deveria ser dispensado aos reincidentes, ambos defendiam a mesma solução e com a mesma ênfase: inocuidação.

Já quase no fim do regime nacional-socialista e em plena Segunda Guerra Mundial, elaborando um projeto de lei para o tratamento dos “Estranhos à Comunidade”, o penalista Edmund Mezger propôs a existência no futuro de dois (ou mais) “direitos penais”: Um direito penal para a generalidade (com os princípios vigentes) e um direito penal (completamente diferente) para grupos de determinadas pessoas, como, por exemplo, os delinquentes por tendência.

Como se pode ver no texto mencionado, consoante informa Munoz Conde, a separação entre dois direitos penais não é nenhuma invenção de Jacobs, e “sim algo que já tinha muito claro o professor Edmund Mezger quando buscava fundamentar um projeto de lei no qual a esses grupos especiais de pessoas, que ele denominava ‘estranhos ou inimigos da comunidade’, simplesmente se impunha a reclusão por tempo indeterminado em campos de concentração, a esterilização, a castração ou diretamente a morte, entregando-se à polícia, sem nenhum tipo de garantias jurídicas, procedimento ou controle judicial”.<sup>20</sup>

Apesar de todas as evidências, Jacobs tenta se afastar do conceito de inimigo de Schmitt, tratando de deixar clara a distinção, certamente temendo sua vinculação ao citado autor por ter pertencido ao Partido Nacional-Socialista alemão, como o fez na conferência sobre “Direito Penal do Inimigo? Uma análise acerca das condições da legalidade”:

O conceito aqui apresentado não é congruente com o conceito de inimigo, da maneira como ele é constituído em Carl Schmitt, “Der Begriff des Politischen” (1927), com o inimigo adversário existencial. Em Carl Schmitt, o conceito do político é um conceito teológico secularizado, que mais distingue os tementes a Deus dos ateus do que adversários políticos no entendimento corrente. O conceito de Schmitt não trata de criminoso, mas de *hostis*, de outros; no Estado somente se chega a um confronto político, no sentido de Schmitt, no caso de guerra civil. Em contrapartida, o inimigo do Direito Penal do Inimigo é um criminoso do tipo que se supõe permanentemente perigoso, um *inimicus*. Ele não é um outro, mas devia se comportar como um igual e, por essa razão, é-lhe também imputada a culpa penal, diferentemente do *hostis* de Schmitt. Se, nas minhas exposições, eu tivesse me referido a Carl Schmitt, isso seria uma incorreção grassa.<sup>21</sup>

Mesmo com as distinções feitas, é inegável a influência do teórico do Estado absoluto na construção do conceito de Inimigo de Jakobs.

Para Schmitt, inimigo não seria qualquer sujeito infrator, mas sim o *hostis*, o outro, o estrangeiro, de modo que a ele não se poderia aplicar as normas pré-estabelecidas para a comunidade, o que, sem dúvida, aproxima-se do conceito de não pessoa de Jakobs, no sentido da negação absoluta do outro, daquele que, estrangeiro ou não, é considerado inimigo.

Consoante nos ensina Zafarroni, esta concepção definida de inimigo remonta a distinção do direito romano entre *El inimicus* y *el hostis*:

*El inimicus era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político era el hostis, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como negación absoluta del outro ser o realización extrema de la hostilidad. El extranjero, el extraño, el hostis, era el que carecía de derechos em absoluto, el que estaba fuera de la comunidad.*<sup>22</sup>

#### 1.1.4 “Não pessoa” na visão de Silva Sánchez

Pessoa é destinatária de direitos e deveres. Silva Sánchez observa que o inimputável é considerado não-pessoa no sentido de que não se constitui como destinatário de obrigações jurídicas, porém seria pessoa no sentido de que a ele se aplicam as normas jurídicas que protegem as pessoas. Donde afirma existir um “*Derecho (penal) de ciudadanos para no-personas*”. Sem dúvida, que as normas que regulam as medidas de segurança para os inimputáveis, conquanto fundamente-se no juízo de perigosidade e não de culpabilidade e sejam direcionadas para o futuro, fazem parte do denominado Direito Penal do Cidadão.

Assim como o inimputável seria não-pessoa para efeito de imputação de responsabilidade, o imputável perigoso seria não-pessoa para efeito de lhe serem suprimidas algumas garantias político-criminais materiais e processuais.

O inimputável não seria não-pessoa no pensamento de Jakobs, porque não existe, com relação a ele, “expectativas normativas”, como ocorre com o imputável que, além de frustrar a expectativa, não oferece “garantia mínima cognitiva” de que não voltará a delinquir no futuro.

Embora reconheça que Jakobs se referiu em algumas ocasiões a inimigo como não-pessoa, pondera Silva Sánchez que houve um excesso verbal, pois a exclusão das garantias não é absoluta, o inimigo seria, nas suas palavras, “*menos persona*”.

Ressalva o citado autor espanhol que nem sempre há uma correlação direta entre o inimigo e o excluído, conforme referido na teoria dos sistemas, dependendo da forma de exclusão. Assim não deve ser considerado inimigo aquele sujeito excluído da sociedade, porque não recebe os benefícios do seu crescimento e progresso econômico, apesar da noção de excluído nascer associada à marginalidade e à pobreza.

Conquanto apresente uma visão mais mitigada do Direito penal do inimigo de Jakobs, faz Silva Sánchez<sup>23</sup> uma comparação muito significativa do ponto de vista jus-filosófico ou dogmático, sobre o indesejado e o inimigo.

Ao falar em “*indesejados*”, refere-se Silva Sánchez aos concebidos e não nascidos, aos fetos abortados, criticando a forma de despenalização do aborto na Espanha, que é atualmente a principal causa de mortalidade naquele país, sendo que, dos abortos, 96,89% foram praticados com base na indicação de grave risco para saúde psíquica da mãe.

Para se aplicar essa exclusão dos concebidos “*indesejados*”, primeiro eles foram despersonalizados, vistos somente como “*fuentes de riesgo*”, para que depois pudessem ser destruídos como inimigos, já que não seria possível se considerar lícito o aborto de uma pessoa.

Silva Sánchez critica os critérios de exclusão que atendem somente aos interesses dos pais, que são os mais fortes e exercem seus poderes sobre os mais débeis, os fetos.

Muito embora o legislador, no Estado Democrático, represente a vontade da maioria, ressalta o autor espanhol a importância dos Direitos Humanos que surgem e se desenvolvem com a vocação de serem limites à vontade da maioria.

Conclui revelando seu ideal de que qualquer ser humano seja livre de toda exclusão, “*precisamente em virtud de su humanid real e irrepetible, en el común nosostros*”.

Com base nos argumentos jus-filosóficos contidos na comparação de Silva Sánchez de indesejados e inimigos, pode-se dizer que, para suprimir direitos e garantias, desprotegendo juridicamente um cidadão, é preciso tratá-lo como não-pessoa, ou menos-pessoa ou pessoa de segunda classe, despersonalizá-lo, desumanizá-lo, de acordo com o jogo político daqueles que detêm o poder.

### **1.1.5 Características do Direito Penal do Inimigo**

Ainda segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracterizaria por três elementos básicos: amplo adiantamento da punibilidade, considerando o fato futuro, numa visão prospectiva, no lugar da tradicional retrospectiva (fato cometido); aumento desproporcional das penas, não levando em consideração a antecipação da barreira de punição para sua redução; relativização ou supressão de garantias processuais.

Não obstante Jakobs tenha dito, em defesa de sua tese, que buscava um conceito meramente descritivo do Direito Penal do Inimigo e não legitimador, não conseguiu, e nem poderia, descrever sem se comprometer.

O ideal de *pureza ou neutralidade* presente na Teoria do Direito de Hans Kelsen, no sentido de que, ao cientista do Direito caberia observar e descrever de maneira neutra, pura, as normas jurídicas através da proposição geral “*Se é A, deve ser B*”, só pode ser concebido como uma reação contra o jusnaturalismo.

Nos seus escritos, Jakobs assim tenta proceder, apresentando uma justificativa funcional para o Direito penal do inimigo, como algo necessário, indispensável e inevitável. Uma “legítima defesa” da sociedade ante o perigo ou risco intolerável, que estaria autorizada a, utilizando-se de meios necessários, combater o agressor, antes mesmo da agressão ser atual ou iminente, seria mais aproximado do que ele próprio denominou de “*estado de necessidade agressivo*”.

Conforme já referido, Jakobs constrói seu pensamento tomando por base o contratualismo de Hobbes, para quem inimigo é aquele que viola gravemente o “*contrato de submissão*”, donde resulta inserida, inexoravelmente, a idéia de soberania, a ser exercida por parte daqueles que têm o poder de definir quem são os inimigos, sendo inquestionável que o tema ora tratado se insere na teoria política, constitucional, a qual Jakobs teve receio de enfrentar.

Para ele a tarefa da ciência penal diante dos desafios da atualidade seria identificar as regras do Direito Penal do Inimigo e separá-las do Direito Penal do Cidadão, para que, neste último, seja possível continuar tratando o criminoso como sujeito de direito.<sup>24</sup>

Daí surge o paradigma entre segurança cidadã e o novo modelo penal. Cabe definir, como sustenta o catedrático de Direito Penal da Universidade de Málaga, José Díez Ripollés, que cidadão é aquele que, uma vez tendo participado do discurso e, portanto, estabelecido o contrato social de uma forma livre e consciente, atende às expectativas normativas e merece, assim, a proteção da Constituição e a aplicação de um modelo penal do cidadão. Ao passo que o não cidadão, que não atende as expectativas normativas, frustrando-as, não merece a proteção da Constituição, devendo se submeter a outro modelo penal, qual seja, o Direito Penal do Inimigo, defendido por Jakobs, haja vista que se trataria de um estranho à sociedade<sup>25</sup>.

O Direito Penal do Inimigo ainda se relacionaria com o Direito Penal da “*terceira velocidade*” de Silva Sánchez: na primeira velocidade seriam mantidas todas as garantias

clássicas, em casos de cominação de penas privativas de liberdade; na segunda velocidade haveria uma flexibilização dos princípios político-criminais clássicos e das regras de imputação, para os casos em que não é cominada pena de prisão e, finalmente, na terceira velocidade haveria uma “*ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais*”, para o “*Direito Penal da pena de prisão*”<sup>26</sup>.

No entanto, Silva Sánches só admite o que denominou de “Direito Penal da terceira velocidade” excepcionalmente, em situação de emergência diante da gravidade do conflito.

Percebe-se, neste sentido, que “o novo modelo penal” deve atender aos cidadãos, de forma que contenha a insegurança provocada pela moderna sociedade de risco, ou seja, propõe-se a modernização do direito penal. Assim, medidas que flexibilizem as suas garantias, que antecipem a sua tutela para a fase dos atos preparatórios e que criem novas tipificações, são defendidas como forma do direito penal cumprir seu papel de prevenção e precaução.

Como já foi citado anteriormente, o que se pretende com o novo modelo penal da segurança cidadã, é acolher propostas para melhorar a sua efetividade, haja vista que o direito penal clássico não mais atende as necessidades da moderna sociedade de risco.

Essas propostas se aproximariam do direito penal de terceira velocidade de Silva Sánchez<sup>27</sup>, no qual a aplicação da pena privativa de liberdade (prisão) concorra essencialmente com a árdua flexibilização das garantias penais e/ou processuais. Vale destacar, que a aludida proposta não é um conceito de risco, mas sim de expansão. Ou seja, o direito penal deve se expandir para conquistar outros setores sociais, assim como uma maior penalização daqueles que já eram punidos. Tudo isso, está incluído no mosaico sentimento de insegurança propiciado pela sociedade de risco.

Destaque-se que a grande distinção teórica do sistema funcional de Jakobs reside no conceito de *bem jurídico penal*, eis que para o jusfilósofo alemão o Direito Penal protege a manutenção da vigência da norma e não exatamente bens jurídicos em si (patrimônio, moral, integridade física, vida etc.).

Para Jakobs, como já oportunamente destacado, o fim da pena “*é manter a vigência da norma como modelo de contrato social*”.<sup>28</sup>

Assim, quando ocorre a violação da norma penal, é preciso que se aplique a pena, não só para desaprovar o ato cometido, mas sobretudo para confirmar a validade da norma contrariada, restabelecendo a confiança nas expectativas nela contidas, e, mais amplamente, no sistema jurídico e no próprio sistema social.

A função do Direito Penal para Jakobs é garantir a segurança das expectativas sociais, que o direito penal tradicional não vem conseguindo desempenhar na sociedade pós-moderna de riscos e perigos.

“Risco é uma palavra da modernidade e é algo construído, ou seja, o risco é uma construção comunicativa da sociedade, que não pode ser avaliado sob a concepção do bem e do mal.<sup>29</sup>”. “O risco é um paradoxo, porque ele existe porque não existe” - Raffaele di Giorgi - e é diferente da concepção de perigo, que por sua vez também é uma palavra da modernidade. “Perigo é a probabilidade de um evento futuro nocivo e que continua a diminuir nas sociedades modernas, haja vista as condições, devido às inovações tecnológicas, de poder prever, evitar o perigo<sup>30</sup>.”

Dá a necessidade de adoção de uma legislação própria para se combater o indivíduo que se afasta perigosamente do Direito, de maneira duradoura, sem expectativa de que volte a conviver sob uma constituição cidadã.

Jakobs cita como exemplo o terrorista, referindo aos atentados às torres gêmeas de 11 de setembro de 2001, definindo-o como “*quem rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento, e por isso persegue a destruição dessa ordem.*”

Nesse contexto, para preservar o Direito Penal do Cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito, propõe a utilização do Direito penal do inimigo, numa “guerra contida”.

Em síntese, para Jakobs um Direito Penal do Inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso para o Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do Inimigo.

### **1.1.6 Críticas ao Direito Penal do Inimigo (Cancio Meliá: Direito Penal Simbólico e o Punitivismo)**

Os fenômenos político-criminais geradores do denominado Direito Penal do Inimigo, segundo Cancio Meliá<sup>31</sup>, são o Direito Penal Simbólico e o punitivismo, ambos produtos da expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais.

Os elementos de interação simbólica são da essência da norma penal, até mesmo pela sua vinculação social e finalidade de prevenção geral positiva.

O Direito Penal Simbólico para Cancio Meliá<sup>32</sup> é aquele que tem como objetivo tão somente dar, no dizer de Silva Sánchez, “a impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido”, onde predomina uma função latente sobre a manifesta.

Ressalta o professor espanhol o ressurgir do punitivismo, seja com a introdução de normas penais novas com o intuito de promover sua efetiva aplicação, seja com o aumento das penas para normas já existentes, destacando a mudança nas coordenadas políticas, distintas das funções tradicionais, antes assim distribuídas: esquerda política-demandas de descriminalização/direita política-demandas de criminalização.

A esquerda, que identificava a criminalização de determinadas condutas como mecanismo de repressão para a manutenção do sistema econômico-político de dominação, descobre uma linha de neocriminalização específica: delitos de discriminação, delitos nos quais as vítimas são mulheres maltratadas, etc. e aprende o quanto rentável pode ser o discurso político da *law and order*, antes monopolizado pela direita. Esta, por sua vez, também em matéria de política criminal, não quer mais ser identificada como “conservadora”, mas “progressista”.

Com acuidade, observa Cancio Meliá<sup>33</sup> que o Direito Penal simbólico não só identifica um determinado ‘fato’, mas também (ou sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. E para isso são necessários os traços vigorosos do punitivismo exacerbado.

Arremata, o citado autor, que da união fraternal entre o Direito Penal simbólico e do punitivismo surge o denominado Direito Penal do inimigo.

O professor espanhol critica a tese de Jakobs acerca da pretensa auto-exclusão da personalidade jurídica por parte do inimigo, na justa medida em que a personalidade jurídica é atribuída pelo Estado Democrático de Direito a todos os seres humanos, sendo irrenunciável, de tal forma que Direito Penal do Inimigo encerra uma contradição em termos, ao passo que Direito Penal do Cidadão, um pleonasma.

Considera Cancio Meliá que o conceito de Direito Penal do Inimigo só pode ser concebido como instrumento para identificação do “*não-Direito penal*”<sup>34</sup> presente nas legislações positivas.

Suas críticas ao Direito Penal do inimigo situam-se, basicamente, na disfunção da pena e na sua incompatibilidade com o princípio do direito penal do fato, na medida em que não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas estigmatiza determinados grupos de infratores, caracterizando-se, por consequência, como um Direito penal do autor.

O Direito penal do inimigo encerra uma contradição em seus termos, segundo Cancio Meliá, porque não só é politicamente errôneo (ou inconstitucional), como também porque não contribui à prevenção policial-fática de delitos.

A própria percepção dos riscos é uma construção social que não está relacionada com as dimensões reais de determinadas ameaças, mas muitas vezes é propositadamente ampliada para justificar uma reação desproporcional.

Não obstante as consistentes críticas suscitadas, Jakobs sustenta sua posição, defendendo a aplicação do Direito Penal do Inimigo como Direito Penal de Emergência, de forma claramente delimitada, o que, em sua opinião, seria menos perigoso do que se embutir no Direito Penal do Cidadão alguns dispositivos próprios do Direito Penal do Inimigo.

Em prefácio para edição brasileira do seu “Direito Penal do Inimigo”<sup>35</sup>, assim se justificou o citado autor alemão:

O Direito Penal do inimigo é um Direito de exceção, um direito de necessidade do Estado de Direito. Somente é possível determiná-lo como Direito Penal do Inimigo em um Estado de Direito; em um Estado de Não-Direito, ele não constitui uma singularidade, pois este vê inimigos em todas as partes. (...). Assim, as presentes exposições não pretendem, de forma alguma, ser uma exortação ao ataque violento; pelo contrário, trata-se das condições de juridicidade orientadora.

Contudo, embora tente, não consegue afastar a contradição em se admitir um Direito Penal do inimigo num Estado Democrático e de Direito.

Seguindo o pensamento de Jakobs, um Estado de Direito se distinguiria de um Estado de não-Direito, porque este último veria inimigos em toda parte, enquanto o primeiro identificaria os inimigos em uma parte, de forma segregada, específica.

Ora, se no Estado de Direito de Jakobs, uma parte pode ser considerada como não-pessoa, inimigos, aos quais, pelo seu potencial de risco, não devem ser reconhecidos direitos fundamentais, como justificar que eles devem obedecer às normas juridicamente fixadas por esse mesmo Estado?

Afigura-se incompatível um corte sistêmico no sistema dos direitos fundamentais, ainda que de forma bem delimitada, como propõe o multicitado autor, num Estado Democrático de Direito. A prática confirma essa assertiva.

Assim, concordar com a idéia de que o direito penal deve ser desmembrado em direito penal do cidadão e do inimigo, como também defender um direito penal de terceira

velocidade, é contribuir para a proliferação da política criminal de emergência, utilizando-se de meios analgésicos para tratar a grave doença social da moderna criminalidade.

Esta introdução é imperiosa para que, antes de um juízo crítico mais aprofundado, entenda-se o pensamento de Jakobs sobre o que denominou de Direito Penal do Inimigo, de maneira clara, sem as costumeiras deturpações.

## 1.2 DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO

As relações entre o Direito Processual Penal e o Penal são tão íntimas que Jakobs sequer distinguiu o Direito Penal do Inimigo do Processo Penal do Inimigo, embora devesse fazê-lo quando se referiu à supressão ou flexibilização das garantias processuais.

A visão integradora adotada pelo autor alemão, como forma de expandir seu “Direito Penal do Inimigo”, conduz a um processo penal sem garantias, na medida em que também atribui ao processo fins de (re)estabilização normativa.

A filosofia de considerar determinados acusados como inimigos acarreta necessariamente conseqüências no processo penal. Apesar de sua autonomia como ciência jurídica, o processo penal tem um caráter eminentemente instrumental, através dele é que o Direito penal atua, que passa do abstrato ao concreto, da idéia à realidade.

Com efeito, o Direito Penal do Inimigo, influenciado pelo punitivismo, apregoa sanções mais graves, exacerbadas, para os inimigos, que, contudo, mesmo sem examinar sua eficácia preventiva, só poderão ser aplicadas, após o devido processo penal.

Ora, quanto mais grave a acusação, com maior razão, não se deve perder de vista o princípio constitucional da presunção de inocência, daí o enorme risco de se adotar normas processuais próprias do Direito Processual Penal do Inimigo.

Luhmann<sup>36</sup>, no particular, diferencia-se de Jakobs quando propugna a legitimação pelo procedimento, que serve de título à sua conhecida obra.

Para este autor, a legitimidade está no próprio processo, desde o ponto inicial do procedimento até o momento final da decisão. O que importa é a certeza de que uma decisão será tomada.

No processo de “*fixação de expectativas normativas*”, somente se torna Direito aquilo que passa pelo filtro de um processo e através deste processo possa ser reconhecido.

No entendimento de Luhmann, “os procedimentos (sejam judiciais, legislativos ou executivos) são sistemas de ação através dos quais os destinatários das normas aprendem a aceitar uma decisão que ainda vai ocorrer, antes mesmo da sua ocorrência.”<sup>37</sup>

Através do processo, ainda que não seja possível produzir consenso, busca-se estabelecer as condições necessárias para a aceitação da decisão.

Sem dúvida que, na legitimação pelo procedimento, Luhmann realça a importância do processo para construção de uma decisão, sem, contudo, analisar a escolha das possibilidades em torno das quais se decidirá, nem as relações reais de poder em jogo, que permitem identificar os destinatários de sanções.

Todavia, indubitavelmente, a referida polarização entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo permeia igualmente o Direito Processual Penal.

Basta constatar que Jakobs, ao enumerar as características do “Direito Penal do Inimigo”, cita a relativização ou supressão de garantias processuais, que será objeto específico deste estudo.

Como é sabido, o acusado é um sujeito processual, detentor de direitos como a não-auto-incriminação, a não ser enganado, a regularidade no procedimento de obtenção das provas, bem como de deveres, como, por exemplo, não mudar de residência sem autorização judicial, não ausentar-se por determinado período da comarca onde tramita o processo.

Por outro lado, quando ele se comporta como “inimigo” do ponto de vista processual, fraudando provas, ameaçando ou corrompendo testemunhas, fugindo, devem ser aplicadas medidas restritivas, das quais é exemplo eloquente a prisão preventiva.

Contudo, mesmo na última hipótese, esse ainda não é o Direito Processual do Inimigo.

Com efeito, o Direito Processual do Inimigo surge como uma consequência do Direito Penal do Inimigo que, na busca da eliminação de riscos, vulnera garantias processuais, independente do comportamento do acusado como sujeito processual.

O imputado já é tratado como “inimigo” por supostamente fazer parte de determinado grupo de risco, pela sua potencial periculosidade, digo presumida, por não ter sido ainda devidamente processado e condenado.

Contra o “*inimigo*” defende Jakobs a aplicação de regras excepcionais, como a intervenção nas telecomunicações, investigações secretas e a intervenção de agentes infiltrados, mas de modo juridicamente ordenado para não contaminar o que ora se denomina “Direito Processual Penal do cidadão”. Nas suas palavras, “*estas medidas não têm lugar fora*

*do Direito; porém, os imputados, na medida em que intervêm em seu âmbito, são excluídos de seu direito: O Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado”.*<sup>38</sup>

O grande paradoxo do Direito Processual Penal é ter duas finalidades precípua que se entrecrocaram: eficácia na realização da justiça e proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Ordenamento de liberdade *versus* ordenamento de segurança.

Nessa dicotomia, o Processo Penal do Inimigo traduz, em vez da atividade cognitiva baseada na imparcialidade do Estado Democrático de Direito, aquilo que Luigi Ferrajoli<sup>39</sup> denomina “*procedura decisionistica e inquisitória fondata sul principio, schiettamente politico, dell’amico/nemico*”<sup>40</sup>. Segundo o autor peninsular, são características do Processo Penal do Inimigo a conotação partidária do acusador e do órgão jurisdicional e a transformação do processo penal em instrumento da *luta* contra a criminalidade organizada.

Nesse contexto, Winfried Hassemer<sup>41</sup> aduz que os fenômenos da modernização e da globalização vêm ameaçando maciçamente as clássicas garantias do processo penal, sendo que as reformas processuais penais “*concentram-se nas últimas décadas somente na fase de investigação, isto é, naquela parte do processo em que se trata de instrumentos de controle*”.

Como já advertia Baratta<sup>42</sup>, os mecanismos discriminatórios na administração dos direitos fundamentais a favor de cidadãos “*respeitáveis*” e a custa dos excluídos (imigrantes, desempregados, indigentes, toxicômanos, jovens marginais, etc.) condicionam uma redução da segurança jurídica que, por sua vez, alimenta o sentimento de insegurança da opinião pública. O resultado é uma forma de estilização seletiva das áreas de risco de violação dos direitos, onde a parte não está no todo, mas em lugar do todo ou, diretamente, contra o todo, entendido o todo como os direitos fundamentais de todas as pessoas.

O maior paradigma do Processo Penal do Inimigo é, na opinião de Diogo Malan<sup>43</sup>, a *Ordem Militar Presidencial* estadunidense de 13/11/2001, a qual versa sobre a “Detenção, Tratamento e Julgamento de Alguns Não-cidadãos na Guerra contra o Terrorismo”.

Trata-se de ato normativo<sup>44</sup>, promulgado por força do notório atentado de 11 de setembro de 2001, ao qual podem ser submetidos indivíduos considerados suspeitos de qualquer tipo de envolvimento com o terrorismo, notadamente com a organização terrorista *Al Qaeda*, desde que seja considerado conveniente do ponto de vista dos interesses dos Estados Unidos da América.

Tal ato legislativo ressalva, expressamente, serem inaplicáveis aos suspeitos da prática de atos terroristas os princípios da lei e as regras probatórias do processo criminal

ianque, não cabendo recurso por parte dos réus a qualquer tribunal civil, seja ele norte-americano, estrangeiro ou internacional.

Como visto, a Ordem Militar Presidencial outorga poderes praticamente ilimitados ao Secretário de Defesa: acumula o *poder legislativo* (ao criar órgãos jurisdicionais e normas processuais penais *ex post factum*), *executivo* (ao nomear todos os componentes dessas Comissões Militares e exercer as funções de autoridade penitenciária) e, finalmente, *judicial* (ao desempenhar o papel de instância revisora das decisões proferidas pelo primeiro grau de jurisdição), tornando tal Ordem “*um ato absolutamente único, ante a clássica tripartição de Poderes e o seu sistema de freios e contrapesos, que caracterizam qualquer Estado Democrático de Direito*”, como bem anota Marco Bouchard<sup>45</sup>.

No mesmo diapasão, também merece ser lembrado como materialização do Direito Penal do Inimigo, o famigerado *USA Patriot Act* baixado pelo Governo Bush e aprovado pelo Senado dos Estados Unidos em 22.10.2001, logo após os ataques às torres gêmeas.

Dentre as muitas previsões contidas no extenso “Ato Patriótico”, destacam-se a elevação das penas nas ações de apoio a terroristas, crime que passou a ser considerado como federal, medidas rigorosas contra o bioterrorismo, contra imigrantes suspeitos de envolvimento em atos terroristas, controles mais amplos sobre a suspeita de lavagem de dinheiro e os bancos de fachada.

Dentre outras violações a direitos e garantias fundamentais, autorizou-se ao FBI, Polícia Federal dos EUA, a obter livre acesso a dados sigilosos, através das “cartas de segurança nacional”, as denominadas NSLs, que atribuem a faculdade a tais agentes de vasculharem, sem qualquer autorização judicial, serviços telefônicos, bibliotecas públicas e internet, além da permissão de revista domiciliar, sem mandado de busca e apreensão, mesmo na ausência do proprietário ou locatário, escutas sem autorização judicial e a possibilidade de detenção sem mandado judicial, por tempo indeterminado, de suspeito de participar de atividades terroristas, e até mesmo de “testemunhas relevantes” seria válida para a legal e controvertida questão do combate ao terrorismo.

Conforme informa Cristiano German<sup>46</sup>, diante da situação de choque e insegurança generalizada, apenas o senador democrata Russel Freingold teceu críticas públicas ao pacote antiterror, advertindo que a guerra contra o terror estará perdida, “sem dar-se um tiro sequer”, quando forem sacrificadas as liberdades dos cidadãos americanos.

A Organização das Nações Unidas (ONU), por sua vez, em Assembléia Geral realizada em 08 de setembro de 2006, na 99ª Sessão Plenária, aprovou as seguintes estratégias

contra o terrorismo: a) estabelecimento de sistema de assistência às vítimas de terrorismo e seus familiares; b) criação de base de dados sobre incidentes biológicos e melhoria dos sistemas de saúde pública dos Estados para assegurar que os avanços da biotecnologia não serão utilizados com fins terroristas; c) estudar meios para evitar o uso terrorista da Internet; d) modernizar os sistemas de controle de fronteiras e aduana e aumentar a segurança dos documentos de viagem, para prevenir a viagem de terroristas e a circulação de materiais ilícitos.<sup>47</sup>

Na Europa, também se verificou um recrudescimento repressivo e normativo, bem como a intensificação da cooperação policial e de inteligência intergovernamentais visando ao controle e à contenção dos atos terroristas, com a criação da EUROJUST em 2002, quando se instituiu o Mandado de Captura Europeu, o Procurador-Geral Europeu e a definição comum e ampla de “terrorismo”.

Após os atentados de 11 de março de 2004 em Madri, conforme informação de Carlos S. Arturi<sup>48</sup>, acelerou-se o processo de articulação policial, judiciária e de inteligência no seio da União Européia com a criação da EUROINTEL (Agência Européia de Informações) em 2004, que centralizou as atividades de inteligência em relação ao crime organizado, à imigração ilegal e ao terrorismo. Ainda em 2004, foi criada a FRONTEX (Agência Européia de Controle de Fronteiras), agência européia para controle das fronteiras do bloco e de contenção da imigração clandestina.

Com os atentados de 07 e 21 de julho em Londres, ainda segundo dados colhidos por Carlos S. Arturi<sup>49</sup>, passou-se a ter maior controle e armazenamento de mensagens via Internet e Telefonia na União Européia, expulsão de estrangeiros “indesejáveis” e houve até mesmo a proposta de criação de Tribunais de Exceção na Inglaterra.

Vale ressaltar que a Alemanha de Jakobs, logo após os ataques de 11 de setembro, aprovou dois pacotes anti-terror e mais de centena de alterações nas leis, dando primazia à segurança sobre a liberdade.

Comentando as novas leis de segurança na Alemanha, Cristian German<sup>50</sup>, destaca que, apenas uma semana após os famigerados atentados, foi aprovada a busca policial sistemática preventiva (Rasterfahndung) em todo o território nacional.

Apesar do levantamento de cerca de seis milhões de dados, na Alemanha não foi encontrado nenhum terrorista, motivando, em maio de 2002, uma advertência da ex-presidenta do Supremo Tribunal Federal Constitucional alemão, Jutta Limbach, quanto ao

perigo de uma ampla política de segurança interna, que levaria o cidadão comum a sentir pavor do poder do Estado.

Não obstante, a Lei Alemã de Segurança Aérea, de setembro de 2004 (§ 14.3), autorizava o abate de aeronave que pudesse ser utilizada para atentar contra vidas humanas, objeto de análise crítica de Ademário Cesário dos Santos<sup>51</sup>, sobre o Estado de Direito *versus* Estado de Exceção.

Interessante consignar que o Tribunal Constitucional Alemão declarou inconstitucional a referida lei de segurança aérea, dentre outros fundamentos, pela sua incompatibilidade com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, jungido ao direito à vida, e por colidir com o Princípio da Proporcionalidade, na medida em que o Estado estava tratando igualmente os desiguais, ao atingir da mesma forma a vida de criminosos e pessoas completamente inocentes, como uma espécie de instrumentalização ou coisificação do ser humano.

Na Espanha, de acordo com o Committee of Experts on Terrorism<sup>52</sup> (CODEXTER), a luta contra o terrorismo representa uma das prioridades da agenda política do governo, tendo em vista que este país também tem sofrido as conseqüências dos fenômenos terroristas dos últimos anos, sobretudo após o ataque terrorista em Madri, ocorrido em 11 de Março de 2004, conforme já aludido.

Nessa medida, a partir de 2004, observa-se, neste país, um recrudescimento da luta contra o terrorismo, tendo o governo espanhol empreendido diversas medidas anti-terror, a saber: o “Plano Antiterrorista”, um verdadeiro plano de ação antiterrorista, para combater o terrorismo de uma forma mais efetiva; a criação do Centro Nacional de Coordenação Antiterrorista, também para o combate ao terrorismo; a estruturação da nova Diretoria Geral da Polícia Nacional e da Guarda Civil; o novo Centro de Inteligência contra o Crime Organizado, criado para ser responsável pela divisão de inteligência e estratégia contra o crime organizado.

Cabe salientar que, antes mesmo do atentado de 2004, a Espanha já vinha adotando medidas de combate e prevenção ao terrorismo, a exemplo da publicação em 2003 da “Lei de Prevenção e Bloqueio ao Financiamento do Terrorismo” que tem por objetivo prevenir qualquer tipo de financiamento a ações terroristas, como também combater e bloquear os canais financeiros do terrorismo.

No mesmo sentido, na Itália verifica-se uma mudança no cenário de combate ao terrorismo após o atentado de 22.10.2001 às torres gêmeas. Efetivamente, em 12 de Outubro

de 2001, fora editado o Decreto-Lei n°369 que previa “Urgentes medidas para a luta contra o financiamento do terrorismo internacional”, bem como o Decreto-Lei n° 347, de 18 de outubro de 2001, cujo objetivo era a adoção de “Urgentes medidas para a luta contra o terrorismo internacional”, ambos convertidos nas Leis n° 431 e 438, respectivamente, ainda no mesmo ano.

Já em 2005, a Lei n° 155/2005 trouxe inovações para a legislação italiana anti-terror, mediante a inserção de novos tipos penais e duras sanções.

Nessa medida, fora inserido no Código Penal italiano o art. 270, introduzido pela lei 155 de n° 2005, o qual definiu os atos cometidos por terroristas como aqueles que possam causar sérios desastres no país ou na organização internacional, praticados para intimidar pessoas ou autoridades públicas ou uma organização internacional, inibir condutas, ou, ainda, qualquer ato que vise desestabilizar ou destruir a política fundamental, constitucional, econômica e estrutura social do país ou organização internacional, como também outros tipos de terrorismo, conduzidos.

Fora alterado, ainda, o Código de Processo Penal com a criação de instrumentos procedimentais específicos para a persecução de tipos relacionados ao terrorismo, com a previsão de métodos invasivos de investigação, análogos aos postos em prática na luta contra a máfia e outras formas de crime organizado<sup>53</sup>

Em Portugal, o fenômeno se repete. Em 13 de Junho de 2002, o espírito de combate ao terror desencadeou neste país alterações no código penal e no código de processo penal. Nesse diapasão, fora editada a “Lei de Combate ao Terrorismo”, cujo objeto é a previsão e a punição dos atos e organizações terroristas.

Voltando aos Estados Unidos, registre-se que, somente após cinco anos do atentado às torres gêmeas, a Suprema Corte dos EUA começou a reagir no tocante à contradição de se admitir o Processo Penal do Inimigo num Estado que se auto-proclama Democrático e de Direito, ao decidir que também os suspeitos de terem praticado atos de terrorismo detidos pelo governo devem ser tratados de acordo com a Convenção de Genebra de 1949 sobre prisioneiros de guerra.

Veja-se o quanto se retrocedeu na história do Direito Penal e Processual Penal, a tal ponto que, aplicar as regras destinadas aos prisioneiros da Segunda Guerra Mundial, passou a ser uma garantia, uma “*evolução*”.

De qualquer sorte, o procedimento aplicável aos suspeitos da prática de terrorismo nos Estados Unidos da América, bem como em outros países tidos democráticos, como a

Inglaterra (que também adota medidas excepcionais de detenção governamental por tempo indefinido de estrangeiros suspeitos de terrorismo) são casos paradigmáticos de Processo Penal do Inimigo, visando à neutralização do suposto perigo que esses indivíduos representam, através da supressão de diversas garantias fundamentais, ao lado do Processo Penal do Cidadão, com todos os corolários lógicos da cláusula do “*due process of law*” aplicável a todos os demais cidadãos.

Ressalte-se, contudo, que o atual Presidente dos EUA, Barak Obama, prometeu fechar a prisão na Baía de Guantánamo, em Cuba, todavia, passado o primeiro ano de seu governo, ainda não o fez.

No entanto, em entrevista nas “*páginas amarelas*” da Revista Veja<sup>54</sup>, o Secretário de Justiça dos EUA, Eric Holder, garantiu que, embora não tenham cumprido o prazo, a prisão de Guantánamo será fechada, argumentando que Guantánamo não tem ajudado na guerra contra a *Al Qaeda*. Pelo contrário, virou um símbolo que favorece o recrutamento dos terroristas.

Assegura o Secretário de Justiça americano que, mesmo antes do fechamento da famigerada prisão, o sistema das comissões militares foi completamente reformulado no governo do Presidente Obama, sobretudo no tocante “*à forma como os advogados de defesa eram escolhidos, ao uso de informações sem provas materiais, às técnicas usadas para extrair informações dos interrogados*, concluindo, de forma enfática, que “*As comissões militares, agora, estão em harmonia com o que há de melhor no sistema jurídico americano.*”

A polêmica entrevista afigura-se de grande valor para a discussão do tema, objeto do presente trabalho, por ser a primeira vez, desde os atentados de 11 de setembro de 2001, que uma autoridade do governo americano defende o respeito à lei como uma “*questão essencial e inegociável*”, mesmo para os “inimigos”, acrescente-se, que deverão ser julgados de acordo com o sistema jurídico americano já existente.

Eric Holder propõe seja Khalid Sheikh Mohammed tido como gerente operacional dos atentados de 11 de setembro, após ter sido submetido 183 vezes à simulação de afogamento ao ser interrogado pela CIA, julgado por um tribunal civil em Manhattan, perto de onde ficavam as torres gêmeas.

Diante de tantas resistências da oposição, e até de setores da Casa Branca, Holder admite desistir do julgamento na justiça civil, mas não de um procedimento justo, como no Tribunal de Nuremberg, para que fique como exemplo na história de que os EUA agiram com justiça, em conformidade com os valores próprios do que há de melhor no seu sistema

jurídico. Reconhece, contudo, as dificuldades que terá de enfrentar: “*Não é fácil fazê-lo. Nuremberg aconteceu depois do fim da II Guerra. Nós estamos no meio de uma guerra contra o terrorismo. Mas acredito que é no calor da batalha que mostramos se realmente somos fiéis aos nossos valores.*” (Negritou-se).

Na terminologia de Jakobs, o atual Secretário de Justiça americano repudia o “Direito Penal do Inimigo”, mesmo para os terroristas acusados do pior ataque terrorista da história americana, defendendo a aplicação de um único sistema jurídico, o “Direito Penal do Cidadão” para todos os acusados.

No Brasil, não houve uma repercussão direta no que diz respeito especificamente ao terrorismo em razão dos atentados de 11 de setembro de 2001 porque o tratamento dispensado ao “inimigo” no Brasil tem um âmbito mais difuso que já precedia a esses fatos.

Vale consignar, contudo, a elaboração de Projeto de Lei de Defesa do Estado Democrático de Direito, acrescentando um Título XII, à Parte Especial do Código Penal, e revogando a Lei de Segurança Nacional, submetido pelo Ministro de Estado da Justiça, Miguel Reale Júnior, à apreciação da Presidência da República em abril de 2002.

No referido projeto, foi criada a figura típica de Terrorismo (art.371) dentro do Capítulo III, que tratava “Dos Crimes Contra o Funcionamento das Instituições Democráticas e dos Serviços Essenciais”, *in verbis*:

#### **Terrorismo**

Art. 371. Praticar, por motivo de facciosismo político ou religioso, com o fim de infundir terror, ato de:

I - devastar, saquear, explodir bombas, seqüestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal ou sabotagem, causando perigo efetivo ou dano a pessoas ou bens; ou

II - apoderar-se ou exercer o controle, total ou parcialmente, definitiva ou temporariamente, de meios de comunicação ao público ou de transporte, portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, instalações públicas ou estabelecimentos destinados ao abastecimento de água, luz, combustíveis ou alimentos, ou à satisfação de necessidades gerais e impreteríveis da população:

Pena – reclusão, de dois a dez anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem pratica as condutas previstas neste artigo, mediante acréscimo, supressão ou modificação de dados, ou por qualquer outro meio interfere em sistemas de informação ou programas de informática.

Lamentavelmente, a mencionada proposta legislativa foi logo abandonada, não obstante sua importância histórica, não tendo sido até hoje convertida em lei.

## 2 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL *VERSUS* PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA

O presente capítulo tem por objetivo fulcral *demonstrar a necessidade constante, atual e incontestada de um processo penal constitucional, sobretudo em tempos de crise do constitucionalismo democrático.*

Discutir-se-á, portanto, neste tópico, a imprescindível compreensão do processo penal, com destaque para a realidade brasileira, sob a ótica da constitucionalização do ordenamento jurídico, em que as regras e princípios processuais penais passam a representar mais um instrumento real e efetivo de respeito, concretização e materialização de direitos e garantias fundamentais.

Para tanto, partir-se-á de um breve diagnóstico do atual panorama de combate à criminalidade mediante o recurso à edição de normas mais severas (*recrudescimento do sistema penal; emergencialismo; legislação álibi*) – estratégia que revela o nítido escopo de atender aos anseios populares, especialmente aqueles exercidos através de pressões midiáticas (*instrumentalização midiática do Direito Penal*).

Em seguida, o debate em torno do que se entende por *emergencialismo, legislação álibi e direito penal simbólico* será tangenciado, para que então se discuta, em breve síntese, o caráter *instrumental* do processo penal, ratificando a afirmação anterior de que este ramo do Direito insere-se, impreterivelmente, no contexto de constitucionalização do ordenamento jurídico (sobretudo em tempos de *neoconstitucionalismo*), o que remete, portanto, a uma compressão constitucional desta instrumentalidade.

Por fim, a presente abordagem será concluída com a estruturação da proposta de um *processo penal necessariamente constitucional*. Contudo, esta abordagem restaria incompleta se não perpassasse, reafirmando-a, pela *nova interpretação constitucional concretizante* e apontasse as diretrizes elementares do *neoconstitucionalismo*, no contexto do qual se encontra a pretensão de um processo penal instrumentalizador de direitos e garantias fundamentais.

### 2.1 UM DIAGNÓSTICO DA SITUAÇÃO ATUAL

Em tempos de *mercadores de imagens*, como diria Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – em crítico, contundente e quase literário prefácio à obra “Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional”, de Aury Lopes Jr.<sup>55</sup> –,

bem como de *crise do constitucionalismo democrático*, o apelo midiático tem se valido da forte crença na eficácia do *recrudescimento do sistema penal*, através da imposição de penas mais gravosas e medidas cada vez mais restritivas de liberdade, para conter os efeitos da criminalidade tradicional e contemporânea.

De todas as possíveis formas de instrumentalização do Direito Penal, em termos de “uso indevido” do sistema de normas penais e processuais penais, ressalta Luiz Flávio Gomes a *instrumentalização política* e a *instrumentalização midiática*<sup>56</sup>, que compõem o tão falado Direito Penal Simbólico.

A criminalidade (e todo o aparato repressivo do Estado), com efeito, já há muito tem servido a propósitos e finalidades *políticas* (instrumentalização política), além de representar frutífero e promissor chamariz para os mais variados *setores da comunicação*, os quais recorrem ao forte apelo do drama e dos conflitos alheios a fim de garantir público, audiência cativa, dentre a massa acrítica da população (instrumentalização midiática).

Trata-se do “populismo penal”, o qual, na esfera midiática, corresponde ao tratamento da violência como “produto” de mercado e, no âmbito governamental, especificamente legislativo, equivale às reações imediatistas e emergenciais na contenção da criminalidade através da promulgação de leis (penais/processuais penais) ainda mais severas.

O aumento progressivo da delinquência e da violência urbana, bem como a expansão e a velocidade na divulgação de informações (texto, som e imagem), transformaram tais conjunturas sociais em “mercadorias da indústria cultural”, ocasionando, em um primeiro momento, um furor social e um forte clamor por vingança e punitivismo.

Todavia, com o tempo e o fluxo informativo, em face da superveniência da “novidade” ou de outra “tragédia” social, estes fenômenos, quando superestimados no sentido mercadológico, levam, em verdade, ao conformismo e ao arrefecimento das reações.

O legislador, entretanto, no primeiro momento de comoção, em face da urgência na tomada de providências diante das emergentes situações adversas, não tem encontrado outra resposta – ou sequer a tem procurado, por questões de comodidade – senão a “reação emocional legislativa”, que tende a ser de natureza “penal”, dependendo dos benefícios eleitorais que se possa alcançar.

Isto é, o Poder Legislativo responde às contingências da sociedade com a edição de leis que contêm, no seu bojo, a promessa ilusória de atender ao punitivismo populista, como se tais medidas tivessem o mágico condão de transformar a realidade brasileira.

Invoca-se o Direito Penal, portanto, como instrumento para a solução de quase todo o tipo de problema, quando é sabido que o seu uso recorrente não soluciona coisa alguma; nisso reside o *simbolismo penal*.

A propósito, Luiz Flávio Gomes<sup>57</sup> traz diversos exemplos desse fenômeno no Brasil:

1) Lei nº. 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos): promulgada no contexto do final dos anos 1980 e início dos anos 1990, em virtude da onda de seqüestros que ocorreram e tiveram grande repercussão (do empresário Abílio Diniz; de Roberto Medina – irmão de um parlamentar, na época; etc.) social e midiática, esta lei criou novos tipos penais, recrudescceu as penas e afetou direitos e garantias fundamentais.

2) Lei nº. 8.930/1994, que incluiu o homicídio qualificado como crime hediondo: esta lei sobreveio no contexto do atroz assassinato da atriz Daniela Perez, pelo casal Guilherme de Pádua e Paula Thomaz, em dezembro de 1992, como fruto da comoção nacional em prol do recrudescimento da lei de crimes hediondos, iniciada pela escritora de teledramaturgia, Glória Perez, mãe de Daniela, e endossada pela Rede Globo de Televisão.

3) Lei nº. 9.455/1997 (Lei de Tortura): surgiu após a divulgação de imagens estarecedoras de policiais militares torturando pessoas na Favela Naval (Diadema-SP), em 1997.

4) Lei 9.677/98 e Lei 9.695/98: em 1998, o “escândalo dos remédios falsos”, iniciado com o tão famoso caso da “pílula de farinha” – suposto anticoncepcional que, em verdade, continha farinha ao invés da composição química devida e terminou por ocasionar a gravidez inesperada de inúmeras mulheres – constitui, conforme analisa Luiz Flávio Gomes<sup>58</sup>, um insofismável exemplo não só de instrumentalização midiática do Direito Penal, como também de instrumentalização política, com evidentes propósitos eleitoreiros. O legislador penal brasileiro, diante da mencionada situação, reagiu de imediato: editou a Lei 9.677/98 – que alterou o marco penal de diversas condutas relacionadas ao tema (repressão penal não só da conduta de falsificação de medicamentos – dez anos de reclusão –, mas também de falsificação de creme para alisar cabelo, por exemplo); em seguida, promulgou a Lei 9.695/98, com o escopo de corrigir falha técnica da lei anterior, cuja ementa rotulava os crimes nela mencionados como hediondos, mas seu texto omitia essa etiqueta. Em momento inédito, a lei foi aprovada em quarenta e oito horas, ressalta Gomes.

5) Projetos de lei para recrudescimento da responsabilização de menores infratores: após o bárbaro assassinato do casal de namorados e estudantes Liana Friedenbach e Felipe Caffé, em novembro de 2003, praticado por um grupo de criminosos cujo líder era um menor (“Champinha”), o Congresso Nacional mostrou-se fortemente mobilizado quanto à rápida elaboração de diversos projetos, os quais objetivavam ampliar ou tornar mais rígida a internação de menores infratores. Outro caso que chocou o país e teve uma intensa e maçante repercussão na mídia, foi a morte do garoto João Hélio Fernandes, de apenas 06 (seis) anos, em fevereiro de 2007, em decorrência de um roubo ocorrido no Rio de Janeiro contra a família do garoto, que estava no carro e conseguiu sair deste, ficando o menino preso pelo cinto de segurança e tendo sido arrastado por alguns quilômetros, até vir a óbito. O que motivou propostas de redução da maioria penal,<sup>59</sup> em virtude de um dos autores do roubo ter sido um menor.

6) Lei nº. 10.792/03 (que institui o Regime Disciplinar Diferenciado Máximo – RDD): logo em seguida à série de ataques promovidos pela organização criminosa PCC (Primeiro Comando da Capital), na capital paulista, o Senado Federal aprovou nove projetos de lei, dentre eles o que instituiu o RDD, elevando ao máximo a resposta penal e colocando em cheque, de forma extremamente audaciosa e punitivista, garantias fundamentais do cidadão.

7) Em 2008, em tempo recorde e por votação simbólica, segundo informa o jornal “O Globo”<sup>60</sup>, foi aprovado, na Câmara dos Deputados, projeto que tipifica como crime a formação de milícias e grupos de extermínio, o qual demonstrava o evidente propósito de tentar, simbolicamente, coibir a expansão das milícias no Rio de Janeiro. O texto representa a fusão de dois projetos: um apresentado pelo deputado Luiz Couto (PT-PB), que presidiu a CPI dos Grupos de Extermínio, e outro de autoria do deputado Raul Jungmann (PPS-PE), presidente da Comissão de Segurança. Além de criar novos tipos penais, o projeto transformou esses delitos em crimes federais. Mais uma vez, o Estado procurou acalmar os ânimos populares mediante recurso à “legislação penal de emergência”.

8) Lei nº. 11.689/2008: a absolvição do fazendeiro Vitalmiro Bastos de Moura, acusado de ser o mandante do assassinato da missionária Dorothy Stang, constituiu o mote suficiente e necessário para a aprovação, pelo Congresso Nacional, do fim do protesto por novo júri. Tal se deveu, sobretudo, à repercussão internacional e imenso clamor que a questão suscitou à época.

Diante de todas estas propostas de alteração da legislação penal e processual penal supramencionadas, elucidativas são as palavras de Luiz Flávio Gomes.

Este autor afirma, em caráter conclusivo, que o legislador vive sob o comando de uma “*perene emergência*”<sup>61</sup>; “*basta um fato escandaloso e a pressão midiática para desencadear a marcha do populismo punitivo*”.

Difícilmente se vê, nos moldes atuais do processo penal, uma real indenização em favor da vítima; o que o poder político oferece é o “*conforto enganoso*” que vem em forma de lei – a qual seria promulgada “*com o cadáver ainda sobre a mesa*”, de forma imediatista e inconseqüente. Evidentemente que esta lei só poderia seguir a “*lógica do linchamento*”<sup>62</sup>.

É nesse contexto que se fala em medidas emergenciais (*emergencialismo*) e em *legislação álibi* – as quais têm como fruto, dentre outros, o Direito Penal do Inimigo –, verdadeiro *Frankenstein* do sistema jurídico.

Trata-se de um conjunto de normas em plena desconformidade com os ditames constitucionais e com os pilares axiológicos do Direito Penal e Processual Penal; uma legislação especial que tem *aparência* de direito, editada apenas para atender aos anseios de uma sociedade carente de políticas públicas efetivas, voltadas, sobretudo, para a segurança pública e para o combate à criminalidade de grande porte e organizada<sup>63</sup>.

## 2.2 A LEGISLAÇÃO ÁLIBI E O PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA

Que a idéia de emergência está atrelada à de *urgência* – e, num certo sentido, à de *crise* – isso é inegável, conforme constata Fauzi Hassan Choukr<sup>64</sup>, em sua obra intitulada “Processo Penal de Emergência”. O termo *emergência*, para este autor, evoca determinadas situações que surgem de modo a desestabilizar o *status quo ante*, questionando a eficácia dos *padrões normais de comportamento* na manutenção da ordem pública e ocasionando uma inevitável alteração substancial das estruturas que sustentavam este modelo de normalidade.

Com efeito, em face da superveniência de um fato emergente, portanto atípico e desestabilizador, surge também a necessidade de uma resposta pronta e imediata por parte do Estado.

Esta resposta, contudo, e o seu conseqüente impacto sobre a ordem jurídica estabelecida, deveria perdurar apenas enquanto durasse a “crise”, a “emergência” das questões suscitadoras, ressalta Fauzi Choukr<sup>65</sup>. É o que deveria acontecer em tese, mas não é o que se verifica na *praxis* do Direito, sobretudo no Brasil, nem o que propõe o chamado “Direito Penal do Inimigo”.

Na esfera jurídico-penal, Luigi Ferrajoli<sup>66</sup> indica que a emergência, em sentido lato, pode se processar de duas formas distintas e simultâneas: a legislação de exceção prevista no âmbito da Constituição Federal de 1988, bem como as mutações legais das “regras do jogo”; e a jurisdição de exceção. Em ambas, alerta Choukr, nota-se uma *derrogação dos valores geralmente predominantes na sociedade* diante da necessária resposta estatal paliativa, a qual leva a crer que há uma potencial “fraqueza” na cultura de normalidade em face de situações de crise, caóticas ou inesperadas – fraqueza capaz de legitimar o recurso à adoção de medidas excepcionais.

Em contrapartida, a superveniência da exceção, da emergência, foi antevista pelo próprio texto constitucional (*estado de defesa, estado de sítio, etc.*), premissa que antagoniza com a própria idéia do “novo” intrínseca ao termo em foco.

Ao prever medidas de exceção, a Constituição conta com mecanismos de tutela do estado de normalidade. É a precaução diante da “ordem superveniente”, que cuida para que a “ordem corrente” possa ser restabelecida em momento posterior aos fatos urgentes. A emergência constitucional, por conseguinte, apresenta limites temporais e geográficos precisos, determinados, de forma a conter e disciplinar o estado de exceção.

Não é o que ocorre, entretanto, nas esferas penal e processual penal.

Enquanto a exceção constitucional representa um instituto legal, apto a justificar o afastamento, ainda que temporária e relativamente, dos parâmetros de proteção aos direitos humanos e cuja decretação se dá nos moldes e de acordo com a *necessidade* estatuída pelo próprio Direito enquanto normatividade reguladora –, o fenômeno da *emergência repressiva* protraí-se sem fronteiras (temporais ou geográficas) e imiscui-se no seio cultural da própria normalidade.

Mais do que tudo, assevera Choukr<sup>67</sup>, a emergência penal seria um *estado de fato*, cujo reconhecimento se dá apenas em nível retórico e político. Ou seja, a emergência penal é a materialização expressiva daquilo que Luiz Flávio Gomes convencionou chamar de *instrumentalização política e midiática da legislação penal*<sup>68</sup>.

Sérgio Moccia<sup>69</sup>, ao seu turno, promove também a seguinte crítica: assevera que a Justiça acaba assumindo uma feição peculiar, ao considerar-se os esquemas intrínsecos à cultura emergencialista; esta fisionomia seria bem diferente daquela edificada pelo estado social de direito. A cultura emergencialista ainda determinaria, para Moccia, tentativas perigosas de “mistura de papéis”, antecipações de pena, processos sumários, sem ritos e extra-institucionais.

O paradigma de *justiça* por traz desta concepção emergencial está atrelado à idéia de ser a justiça algo imposto pelas *instituições e instâncias formais de poder/controle*, sob uma ótica utilitarista e seguindo a lógica de resultados satisfatórios para o *grupo*, a *coletividade social*. O marco teórico desta noção ora discutida teria como um de seus fundamentos as concepções de John Rawls<sup>70</sup>, na medida em que este autor concebe a justiça de forma *institucional*<sup>71</sup>.

Uma vez fundado no *contratualismo social*, o pensamento de John Rawls justificaria, para Fauzi Choukr, a compreensão da *justiça* como um *sentimento público*<sup>72</sup>; afinal, corresponderia a um sentimento fruto de um contrato, tendo, portanto, que ser respeitada a vontade dos contratantes como única forma de sustentar a vida em sociedade.

Esta visão (“contextualista”), por sua vez, coaduna-se com os pilares do sistema emergencial, enquanto padrão preferencial de resposta a situações pontuais gravosas (“emergenciais”) que tem por escopo apresentar para a sociedade consternada uma idéia de *reação/resposta institucional justa*, legitimadora do agir repressivo, tendo sido este último solicitado pelos próprios contratantes sociais.

Não seria muito diferente do contratualismo fundador do *Direito Penal do Inimigo*. Com efeito, conclui o autor em comentário que, inegavelmente, ao sustentar-se a cultura emergencial da forma descrita, abrir-se-ia caminho para o *emprego promocional e simbólico do direito penal*, além da instauração de uma arriscada ética de resultados no sistema punitivo-repressivo estatal<sup>73</sup>.

A chamada “ética de resultados”, por sua vez, assenta-se sobre as bases da *segurança* e da *eficiência*, distanciando-se dos preceitos fundamentais (direitos e garantias de ordem constitucional), e destina-se a legitimar, a inserção de mecanismos processuais em inúmeras legislações penais/processuais penais de caráter nitidamente excepcional ou emergencial, conforme se exemplificará em capítulo próprio (Cap. IV), sempre tendo em vista a reestruturação das “instituições justas”.

Caberá, portanto, à doutrina penal que pugna pelos valores vinculados ao *eficientismo* e de política criminal ligados à segurança (pública, sobretudo) a função de teorizar, de modo a justificar, a supressão ou mitigação de direitos e garantias, e à jurisprudência, o papel de desprezá-los<sup>74</sup>.

Também o penalista Leonardo Sica, em sua obra “Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão”, trata da cultura emergencial, enfatizando o “poder simbólico” da legislação penal. De acordo com este autor, o *simbolismo penal* teria decorrido do crescente foco da doutrina na função de *prevenção geral* da pena. Este simbolismo não teria nascido de nenhuma formulação doutrinária ou Escola Penal conhecida, mas de uma constatação empírica, fruto da observação sobre a prática legislativa – principalmente nos últimos anos – e da deturpação dos seus desígnios: de jurídicos a estritamente políticos<sup>75</sup>.

O panorama atual do Direito Penal tem estado, sem embargo, à mercê de uma *forte carga emocional*, sendo compreendido como verdadeira *panacéia*, fonte de expectativas políticas e sociais quanto à solução de problemas de ordem pública, alarmantes e em constante crescimento.

Diante do visível fracasso das demais instâncias de controle em atender às demandas dos imensos contingentes populacionais dos grandes centros urbanos e da quase completa ausência de medidas destinadas a assegurar os serviços básicos de proteção, bem como do advento de novas formas de criminalidade, a tutela penal passou a ser deslocada da proteção de bens jurídicos individuais e concretos para os bens universais, coletivos e abstratos<sup>76</sup>.

Esta carga emocional surge em um contexto social especificamente, mas não exclusivamente brasileiro, no qual tanto leigos – grande parcela da população –, quanto, inclusive, operadores do direito, acreditam na eficácia da imposição de penas mais gravosas, bem como da adoção de medidas cada vez mais restritivas de liberdade, para conter o avanço da criminalidade violenta, organizada ou não <sup>77</sup>.

A *legislação álibi*<sup>78</sup>, ao invadir a esfera que seria pertinente à promoção de políticas públicas na solução dos conflitos e demandas da sociedade, acabaria, por fim, obstruindo a própria resolução definitiva e eficaz destes problemas. Afinal, a realidade deôntica do direito não se encontra apta, em razão da mera prescrição normativa, a promover uma verdadeira “revolução” ou salto qualitativo na realidade social<sup>79</sup>.

A mencionada funcionalização, por fim, corresponde à estreita vinculação do direito penal/processual penal aos objetivos de política criminal, os quais atribuem à legislação a *função* de conter a criminalidade. A deformalização, ao seu turno, representaria a supostamente necessária supressão ou redução das “barreiras processuais”, inclusive de ordem constitucional, a fim de que se tornasse possível a transformação do processo em um *instrumento repressivo* com caráter político.

Para recompor, conclui F. Choukr, por conseguinte, que o sistema penal, definido por Zaffaroni como controle social punitivo institucionalizado, tem sido interpretado, em determinados momentos como se as causas da falência estrutural do Estado estivessem umbilicalmente relacionadas ao conjunto de normas constitucionais garantidoras dos direitos fundamentais, as quais somente com muito custo foram inseridas formalmente nos textos políticos e, com maior custo ainda, estão sendo assimiladas na prática<sup>80</sup>.

Ou seja, a ótica promocional pela qual tem sido encarado o sistema penal como um todo passa a difundir a sensação temerária de que os direitos e garantias fundamentais representariam significativo entrave ao funcionamento eficiente da atuação criminal.

Neste aspecto, o papel da mídia, tal qual já foi ressaltado no presente capítulo, seria inegável para a pressão que culmina na adoção de medidas emergenciais – potencialmente aptas a ensejar a otimização e concreção eficaz do *simbolismo penal promocional e repressivo*.

Destaque-se que não se despreza, aqui, o papel democrático e publicizante do jornalismo investigativo, por exemplo, sobretudo no âmbito de um Estado Democrático e de Direito; o que não se admite – em verdade se repudia completamente – é o produto do crescimento e expansão desenfreada de um jornalismo punitivo e irresponsável (a chamada

“imprensa marrom”), meramente apelativo e capaz de promover a *instrumentalização midiática do ordenamento jurídico-penal*.

Em face deste quadro geral, portanto, imprescindível se faz a compreensão do que se entenderá por *instrumentalidade do processo* e *complementaridade funcional* entre Direito Penal e Processo Penal ao longo deste trabalho, o que será objeto do próximo tópico.

## 2.3 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO PENAL

No âmbito doutrinário, é pacífica a opinião de que o Direito Processual Penal representa uma “ciência” autônoma, com objeto e disciplina, além de construções teóricas, abordagens e principiologia, próprios(as). Não há, portanto, nem se cogitaria defender que tal venha a se dar, uma assimilação por parte do Direito Penal (direito material) quanto ao Direito Processual Penal (processo).

A autonomia deste ramo do Direito apresenta, sim, um *aspecto positivo*, sobretudo quanto ao desenvolvimento dos estudos acerca dos seus institutos. Em contrapartida, é possível visualizar também um *aspecto negativo*: uma eventual *dicotomia* entre Direito Penal e Processo Penal poderia ocasionar o distanciamento dos fins e objetivos do sistema de justiça criminal como um todo ou, inclusive, um desnecessário contra-senso.

Com efeito, Aury Lopes Jr. sugere que, desde logo, devem ser evitados pudores excessivos quanto à afirmação de que o processo seria um instrumento. O dilema estaria em *definir o conteúdo dessa instrumentalidade, ou a serviço de que(m) ela está*; afinal, o caráter instrumental corresponderia, em sua opinião, à razão básica da existência do processo<sup>81</sup>.

### 2.3.1 A Relação Complementar e Instrumental entre Direito Penal e Direito Processual Penal

*A independência conceitual e metodológica do direito processual em relação ao direito material foi uma árdua, merecida e salutar conquista*, em sendo assim, Direito e processo constituiriam dois patamares distintos no sistema/ordenamento jurídico, ainda que estejam relacionados em virtude da unidade de objetivos sociais e políticos que perquirem; eis o porquê de se falar no binômio direito-processo (*substance-procedure*), destaca Aury Lopes Jr.<sup>82</sup>. Ou seja, não há como unificar os objetos destas duas ramificações da esfera e da ciência jurídica, embora tal não corresponda a um distanciamento absoluto.

É imperioso, portanto, que se reconheça o fato de o *processo penal*, ainda que autônomo em sua abordagem científica e estruturação institucional, estar *a serviço do Direito Penal*, concretizando os seus propósitos, objetivos e desígnios basilares.

Aqueles que defendiam uma total desvinculação do processo em face do direito material o fizeram com o escopo de contribuir para a construção de um sistema processual penal independente e da sua própria estrutura, não apenas normativa, mas também doutrinária, teórica e principiológica. Este passo foi imprescindível para o nível de aprofundamento e complexidade que a ciência processual penal alcançou, mas teve o seu lugar e, hoje, já não encontra a mesma pertinência; muito pelo contrário, persistir na idéia desta completa desvinculação seria um erro com conseqüências perigosas, como o desvirtuamento de todo o sistema penal e de seus progressivos avanços, os quais perpassam por ambas as searas, penal e processual penal.

Esta visão retrógrada e dicotômica já não encontra mais espaço entre os doutrinadores e tem cedido frente à concepção *instrumental* do processo, o que acontece não apenas no âmbito penal, como também na seara cível (e remete à possibilidade e defesa de uma “teoria geral do processo” unificada, capaz de fornecer as bases teóricas tanto para o Direito Processual Penal, quanto para o Direito Processual Civil).

A ciência do processo, para Lopes Jr.<sup>83</sup>, teria atingido um estágio evolutivo capaz de permitir-lhe deixar para trás todos os receios e consternações quanto à eventual possibilidade de vir a ser absorvida pelo direito material, devendo, portanto, assumir a sua função instrumental “sem qualquer menosprezo”, sem titubear.

A afirmação da autonomia do processo penal, nesse contexto, não deslegitima a sua *instrumentalidade* perante o direito penal material quanto ao aspecto *funcional*; esta instrumentalidade, por sua vez, também não poderia colocar em causa a autonomia teleológica do processo frente ao direito material relativamente à função específica daquele de realização concreta deste e da própria ordem jurídica (penal e constitucional).

Na medida em que o Direito Processual Penal passa, portanto, a destinar-se à realização do Direito Penal (Material), a falta de sintonia entre ambas as esferas, deixa de ser um risco adjacente, facilitando o alcance dos objetivos perquiridos, inclusive os de controle da criminalidade e de política criminal (não de políticas públicas ou de instrumentalização política do sistema penal, é importante frisar, conforme se ressaltou *ab initio*).

Em sua obra “Teoria Geral do Processo”, Fredie Didier discorre no sentido do que ora se expõe, sobre a necessária complementaridade entre Direito Material/Direito Processual,

a qual deve manifestar-se em qualquer ramo do Direito, seja Público ou Privado, uma vez que as regras processuais teriam sido criadas para atender às demandas (características/peculiaridades) da situação jurídica substancial (material)<sup>84</sup>.

A indubitável autonomia do Direito Processual (Civil ou Penal), dessa forma, *não pressupõe a sua neutralidade relativamente ao Direito Material*; muito pelo contrário, há entre ambas as esferas (processual e material) um vínculo inquestionável, sobretudo de ordem funcional, na medida em que se integram, interagem, na execução da tarefa de criação das normas jurídicas, sejam estas gerais ou individuais, abstratas ou concretas.

O citado autor traz estas elucubrações também no âmbito de discussão acerca do *princípio da instrumentalidade* do Direito Processual, ao asseverar que este ramo do Direito não representa “um fim em si mesmo”. O processo corresponde, em verdade, a uma realidade *formal*, verdadeiro *espelho* que tem por objetivo refletir e materializar as finalidades propostas pelo Direito Material<sup>85</sup>. A instrumentalidade do processo, conclui, funda-se na premissa de que o direito material constitui o *valor*, a diretriz que irá conduzir a *criação, interpretação e aplicação* das regras processuais.

Em face de tudo o quanto se elucidou, torna-se evidente a constatação da premente necessidade de o Direito Processual Penal consubstanciar e moldar-se às perspectivas propostas pelo Direito Penal e aos seus avanços, logrados tanto na esfera doutrinária quanto jurisprudencial, seguindo uma ótica de *complementaridade*.

O objetivo, aqui, seria a busca por um ideal maior de *funcionalidade integral* do Sistema Jurídico-Criminal. Daí falar-se em **complementaridade funcional** entre Direito Penal (material) e Direito Processual Penal (processo), ou em **caráter instrumental** do Processo em face do Direito Material.

### **2.3.2 A Instrumentalidade Constitucional do Processo Penal**

No contexto de um *Estado Democrático de Direito*, para alguns compreendido como um modelo de *Estado Social*, em que muito se fala em *constitucionalismo democrático e juridicização deste modelo ou paradigma social*, a instrumentalidade do processo penal compreenderia a materialização dos direitos e garantias constitucionais (sobretudo no que tange aos direitos e garantias ditos *fundamentais*), ultrapassando a etapa de concretização formal de garantias processuais constitucionais já consubstanciadas e partindo para uma compreensão material operacionalizante de todo o texto da Carta Maior, com destaque para os

princípios e diretrizes consideradas edificantes deste modelo estatal. Aqui se fala em *justiça material* ou *processo penal substantivo*.

A própria Constituição Federal, afirma Flávia D’Urso, empresta ao direito processual a configuração não de mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas *de instrumento público da realização da justiça*. A leitura instrumental (não apenas penal-material, mas principalmente constitucional) do processo, portanto, transforma-o de mecanismo estritamente técnico em um “*instrumento ético e político de atuação da justiça substancial e garantia das liberdades*”<sup>86</sup>.

Em contrapartida, falar-se em *funcionalização do processo penal* sem ressalvas tem levado, no plano de delimitação e compreensão do seu caráter instrumental, a uma utilização do processo como instrumento político-repressivo, tal qual alertou Luiz Flávio Gomes<sup>87</sup> ao tratar da instrumentalização política da legislação penal.

Este aspecto funcional, capaz de aproximar Direito Penal e Direito Processual Penal sob a ótica estrita da contenção da criminalidade – em termos de política criminal, mas com maior proximidade de uma politização excessiva do Direito (políticas públicas) –, ocasiona uma sucessiva supressão de “barreiras processuais” para alcançar este único e exclusivo fim, inclusive no que tange às garantias processuais constitucionais – as quais passam a ser vistas como verdadeiros obstáculos à persecução criminal.

O direito da *maioria* à segurança pública, garantido e salvaguardado pelo Estado, passa a imperar, nesse contexto, sobre os direitos e garantias do *indivíduo*. O juiz penal legalista considera apenas a legislação penal especial a ser aplicada ao caso concreto e viola, às vezes sem a real dimensão das conseqüências destes atos, não apenas postulados *processuais penais*, mas, sobretudo, *constitucionais*; compreende o Direito Processual Penal como instrumento apenas do Direito Penal e não como mecanismo concretizador da Constituição Federal.

É para evitar este indesejado cenário, cada vez mais presente em se tratando de legislação álibi ou emergencial, que se prega *a necessária e imbricada correlação entre complementaridade funcional e instrumentalidade constitucional*. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. assevera que fundamental seria compreender a instrumentalidade do processo não enquanto equivalente ao fato de o processo caracterizar-se como um instrumento a serviço de uma única finalidade, sendo esta a satisfação de uma exclusiva pretensão acusatória<sup>88</sup>.

Através de uma necessária e imprescindível análise a partir do seu exterior, elucida Lopes Jr., resta incontestado que o sistema processual penal não tem “valor em si mesmo”, mas

apenas mediante a consecução dos objetivos que é chamado a cumprir no âmbito de um projeto *democrático-constitucional*. Ao se definir o conteúdo da instrumentalidade processual, as suas metas e propósitos, é preciso atenção e cautela suficientes para que o processo não se veja transformado em panacéia para os graves problemas sociais de segurança pública<sup>89</sup>.

Prementes se fazem, sem embargo, as críticas de Alexandre Morais da Rosa à Cândido Dinamarco, quando este último defende que o juiz deve aspirar aos anseios sociais ou mesmo ao espírito das leis, levando-se em consideração a (excessiva) vinculação axiológica do plano jurídico e com o nítido escopo de realizar “o sentimento de justiça do seu tempo”. Este juiz-legislador-político, para Morais da Rosa, não mais pode ser tolerado em um ambiente que se queira verdadeiramente democrático<sup>90</sup>.

O risco que a sua existência, estímulo e manutenção representa, contudo, nunca esteve tão palpável e concreto quanto nos chamados movimentos repressivos, como lei e ordem, tolerância zero e direito penal do inimigo – campos propícios à proliferação destes ideais em que se imiscuem Direito e Política a tal ponto que já não se consegue mais visualizar um sem o outro<sup>91</sup>.

Em suma, conclui Lopes Jr., *a noção de instrumentalidade deve ter como conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição*. Conclui, portanto, que a instrumentalidade do processo penal representa, de fato, o fundamento de sua existência, embora com uma característica peculiar: a de ser um instrumento de proteção de direitos e garantias individuais. Esta seria uma particular conotação do caráter instrumental do processo, uma vez que se trata não apenas de uma instrumentalidade relacionada ao Direito Penal (material) e à pena, mas, sobretudo, de um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais<sup>92</sup>.

O Processo Penal passa a ter, com isso, a sua legitimidade pautada no “estar a serviço do projeto constitucional”. Trata-se, ainda, de uma real limitação ao poder de tutela do débil (réu), cuja debilidade é estrutural (e estruturante do seu lugar), sendo que esta debilidade sempre existirá, independentemente de qualquer coisa. Eis a instrumentalidade constitucional do processo penal.

A função do juiz criminal, com efeito, no âmbito desta estreita relação ora frisada (complementaridade funcional e instrumentalidade constitucional), ganha relevo na tentativa de efetivação dos direitos fundamentais, sob o prisma de uma *justiça substancial*, não meramente formal. A máxima da proporcionalidade alexyana, aqui, representa o instrumento ideal desta materialização<sup>93</sup>.

O constitucionalismo democrático, por sua vez, que servirá de vetor para este procedimento e materialização, em termos de *igualdade* e *democracia* substanciais, relaciona-se diretamente com as idéias de Ronald Dworkin<sup>94</sup> e Luigi Ferrajoli<sup>95</sup>, de acordo com os quais os direitos individuais não podem ceder espaço, mas sim devem prevalecer *mesmo contra a maioria*. Afinal, esta não tem legitimidade para tornar *disponível* aquilo que, um dia, julgou ter *status* de direito indisponível, tais quais os direitos do réu no curso do processo penal, uma vez que o *princípio da constitucionalidade, em uma democracia substancial (material) e não formal, sobrepõe-se ao (opressivo) princípio majoritário*<sup>96</sup>.

O postulado do *devido processo legal (due process of law)*, resignificado sob este novo enfoque, alcança uma nova dimensão: a do processo penal não apenas *garantista* (no sentido estrito do termo, correspondente ao respeito aos direitos e garantias constitucionais, sobretudo os de nítido cariz processual penal já consubstanciados na Lei Maior), mas, sobretudo, *justo*<sup>97</sup>.

### 2.3.3 A Tendência à Internacionalização do Processo Penal

Uma tendência verificada nesses mais de vinte anos de vigência da atual Constituição Federal é a incorporação do denominado “Direito Humanitário Internacional” ao Direito Brasileiro, notadamente no que se refere às normas processuais penais de cunho constitucional. Daí a importância de sua abordagem, ainda que tangencial, para o objeto desse trabalho.

A Constituição, desde seu texto original de 1988, expressamente prevê a incorporação pelo ordenamento jurídico pátrio de tratados internacionais em que o Brasil seja parte:

Art. 5º. (...)

§2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Dos tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil, destacam-se o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP, 1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, 1969), mais conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”.

A CADH foi promulgada no Brasil através do Decreto Presidencial nº. 678, de 06/11/1992, sem nenhuma restrição (Decreto Legislativo nº 27 de 26/05/92), apenas com a seguinte declaração interpretativa:

Art. 2º. O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e inspeções *in loco* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado.

Registre-se, pela sua enorme relevância, que a CADH consagrou o princípio da presunção de inocência em toda sua plenitude, *verbis*: “Art. 8º, 1, 1ª parte toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprova legalmente sua culpa”.

A Reforma do Judiciário, consubstanciada através da Emenda Constitucional nº. 45/2002, deu maior relevo às normas de direito internacional humanitário, ao acrescentar o §3º, ao citado art. 5º da CF, dispondo que:

§3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Desse modo, atualmente, o direito humanitário internacional incorpora-se ao direito interno, ou como Direito supra legal (conforme entendimento da doutrina e do próprio STF, nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343-SP, Rel. César Peluso, j. 22.11.2006, ainda não concluído) ou como Emenda Constitucional, quando venha a ser observado o *quorum* de aprovação fixado no § 3º do art.5º da CF.

Em qualquer hipótese, vale destacar que as normas do direito humanitário internacional estarão sempre acima das leis, na escala vertical da pirâmide de validade, daí a importância do seu estudo, muitas vezes relegado a segundo plano.

No sentido da internacionalização do direito processual penal, fato representativo foi a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), por meio do Estatuto de Roma de 1998, com competência para os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra (incluindo-se os de ordem sexual e o aliciamento de crianças como soldados) e de agressão (art. 5º).

Pelo Decreto nº. 4.388/2002, foi promulgado o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, cujo texto foi aprovado, sem qualquer ressalva, pelo Congresso Nacional

(Decreto Legislativo 112/2002). Em seguida, com a EC n.º. 24/2002, o Brasil passou a se submeter à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nos termos do §4º, do art. 5º da CF.

Com efeito, o Brasil, além de se submeter à jurisdição do TPI, tem uma das juízas mais ativas do Tribunal em Haia, a paulista Sylvia Helena de Figueiredo Steiner.

O TPI foi criado em 1998, com a adesão de 107 países, e é o primeiro sistema mundial de justiça permanente, diferente do Tribunal de Nuremberg, criado após a 2ª Guerra para julgar carrascos nazistas (1945), do Tribunal Criminal Internacional para a ex-Iugoslávia, criado durante a Guerra dos Bálcãs em 1993, que julgou o ditador sérvio Slobadan Milosevic, e do Tribunal criado em 1994, para sentenciar os culpados pelo genocídio de Ruanda.

Ressalte-se que os Estados Unidos (e também a China e a Rússia) não aderiram ao TPI, sem dúvida alguma, para não inviabilizar os julgamentos dos seus “inimigos” pelas suas Comissões Militares, numa clara adoção do “Processo Penal do Inimigo” na luta desenfreada contra o terrorismo, como enfatizado no capítulo primeiro deste estudo.

Contudo, o Tribunal Internacional vem funcionando, conquanto até agora somente tenha aberto processos em quatro países pobres da África, como Congo, Uganda, República Centro-Africana e Sudão.

O Promotor-Chefe do TPI, o argentino Luis Moreno Ocampo, em recente entrevista à Revista Veja<sup>98</sup>, defende a atuação do tribunal naqueles países africanos, justificando que não tinham condições de fazer justiça por seus próprios meios. Esclareceu o citado promotor que nos casos do Congo, de Uganda e da República Centro-Africana, o TPI recebeu solicitações dos próprios países e, no caso do Sudão, foi o Conselho de Segurança da ONU quem solicitou a investigação em Darfur. Esta última é a única forma do TPI investigar um crime num país que não tenha assinado o estatuto de Roma, como é o caso do Sudão.

A importância da existência do Tribunal Penal Internacional está na proteção efetiva do denominado Direito Humanitário Internacional, com a garantia do “juiz natural”, na medida em que se consolida como uma justiça internacional permanente.

Por conseguinte, a garantia constitucional do *devido processo legal* não mais poderá ser compreendida exclusivamente no sentido estrito da lei, mas da Constituição e do Direito Humanitário Internacional.

## 2.4 A EXPRESSÃO “PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL”: BREVES CONSIDERAÇÕES

A expressão “Processo Penal Constitucional” induz, inicialmente, a necessários esclarecimentos em torno da sua utilização e do seu real alcance no âmbito da dogmática jurídica.

De antemão, é preciso explicitar que o conceito de *Direito Processual Constitucional* não se confunde com o de *Direito Constitucional Processual*. Enquanto o primeiro, nas palavras de André Ramos Tavares, “consiste, pois, no conjunto das normas que disciplinam a tutela jurisdicional específica da supremacia da Constituição,”<sup>99</sup> o segundo indica o conjunto de normas processuais insertas na Carta Magna, a exemplo das regras sobre competência.

De acordo com Miguel Calmon, o Direito Processual Constitucional é fruto da extensão da normatividade constitucional sobre o âmbito do processo penal, sobretudo quando se trata do *status* constitucional de princípios e institutos processuais, na medida em que “a ação estatal deve se manifestar processualmente, o direito é produzido e compreendido/interpretado/aplicado processualmente, os direitos fundamentais são garantidos processualmente e, ainda, são passíveis de realização ou de limitação também processualmente.”<sup>100</sup>

Antônio Scarance Fernandes, por sua vez, considera que o processo penal constitucional corresponde a um “*método de estudo do processo penal à luz da Constituição Federal.*”<sup>101</sup>

Não se trata, portanto, de um mero “jogo de palavras” ou de uma simples diferença hierárquica no âmbito da pirâmide normativa estabelecida por Hans Kelsen<sup>102</sup>, em sua teoria do ordenamento, mas de uma *distinção substancial*, que pode levar a conseqüências jurídicas opostas.

Todavia, tal dicotomia também poderia ser superada, na medida em que a própria Constituição Federal fosse considerada processual, em sua materialidade.

Nesse diapasão, aduz Willis Santiago Guerra Filho<sup>103</sup> que, entre Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual, haveria um “duplo movimento em sentidos opostos”. Isto é, haveria, de um lado, a materialização do direito processual, ao condicioná-lo às diretrizes normativas constitucionais, e, do outro, uma

“procedimentalização” ou “desmaterialização” do direito constitucional, na medida em que o processo revela-se indispensável para a concretização da Magna Carta.

Há, com efeito, uma *materialização (constitucionalização) do direito processual*, a partir do momento em que este remanesce condicionado às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma *procedimentalização do direito constitucional*, quando se considera a essencialidade do processo como instrumento primordial de concretização de direitos e garantias constitucionais.

O processo poderá ser materializado no momento em que for entendido como um meio de realização existencial do Direito como um todo, e, no âmbito penal, como uma forma de solucionar o problema das relações entre o Estado e o indivíduo, bem como da posição deste na comunidade, conforme entendimento de Jorge de Figueiredo Dias<sup>104</sup>.

Na Alemanha, o processo penal era definido como *direito constitucional aplicado*, já que não se poderia negar a posição de lei fundamental da Constituição Federal, principalmente no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

A predominância da Constituição, portanto, e dos seus princípios e normas gerais sobre o processo, sem dúvida, justifica a existência de uma *teoria geral do processo*, apesar desta ser ainda negada por alguns estudiosos do Direito Processual Penal<sup>105</sup>.

## 2.5 NEOCONSTITUCIONALISMO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: ALGUMAS NOTAS RELEVANTES PARA O PRESENTE TRABALHO

A consolidação da *força normativa do texto constitucional* tem alçado significativa relevância nos ordenamentos jurídicos de inúmeros países, sobretudo nas últimas décadas.

Na Europa, particularmente, prevaleceu durante muito tempo o entendimento de que a Constituição não conteria normas propriamente jurídicas – isto é, não ensejariam uma imediata resposta e tutela jurídica em razão do seu descumprimento – mas, sim, diretrizes políticas, direcionadas, principalmente, ao Poder Legislativo.

Este prisma sob o qual vinha sendo compreendida a Carta Magna somente passou a ser superado no segundo pós-guerra, em face da falência do positivismo jurídico e da própria lei em virtude da constatação de uma necessária correção material quanto ao conteúdo do direito aplicado. Também a construção principiológica gradativamente edificada dos princípios constitucionais, concebidos como uma reserva de justiça na relação entre o poder

político e os indivíduos, especialmente no que tange às minorias, contribuiu para esta superação.

Nos chamados “Estados de democratização mais tardia”, a exemplo de Portugal, Espanha e Brasil, o fenômeno da *constitucionalização do Direito* representa um processo mais recente, embora não menos intenso e crescente. Este fenômeno que se tem verificado no país e encontra-se ainda em curso corresponde ao movimento translativo, ocorrido inicialmente na Alemanha e, em seguida, na Itália, de passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, conforme se explicará a seguir. Do centro do sistema jurídico, com efeito, foi deslocado o velho Código Civil, junto com o seu paradigma próprio, privatista e patrimonial<sup>106</sup>.

Esta transição paradigmática, que representa uma “verdadeira revolução silenciosa”, se deu e só foi possível por conta, principalmente, da criação de diversos tribunais constitucionais em todo o mundo e, conseqüentemente, da expansão da jurisdição constitucional, cuja meta era garantir o respeito e a concreção da Lei Maior<sup>107</sup>.

Uma vez pacificado o caráter normativo das normas constitucionais, portanto, o Direito, sob uma perspectiva contemporânea, vem a ser fortemente marcado pelo deslocamento da Constituição Federal para o centro do sistema jurídico, onde esta Carta passa a ser dotada não apenas da supremacia formal (com a qual sempre contou), mas também material e axiológica, enquanto ordem que consubstancia as diretrizes valorativas a orientarem a compreensão e aplicação de todo o ordenamento jurídico-positivo.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso ratifica o pensamento ora desenvolvido, ao asseverar que a Constituição Federal, na medida em que for compreendida enquanto uma *ordem objetiva de valores* e como um *sistema aberto de regras e princípios*, transformar-se-á no filtro através do qual deverá ser analisado e aplicado todo o direito infraconstitucional<sup>108</sup>.

O fenômeno em questão, conforme, inclusive, já se evidenciou no tópico anterior, vem sendo identificado como *constitucionalização do Direito* – revolução paradigmática que atribuiu novos sentido e alcance aos mais variados ramos tradicionais e autônomos do Direito, tais como o civil, o administrativo, o penal e o processual<sup>109</sup>.

O presente autor também enumera alguma das principais conseqüências do reconhecimento de caráter jurídico às normas constitucionais, dentre as quais se destacam as seguintes<sup>110</sup>:

a) A Constituição Federal é dotada de *aplicabilidade direta e imediata* quanto às situações que abarca, principalmente no que toca à proteção e promoção dos *direitos fundamentais*. As normas constitucionais passam a ter, portanto, um papel decisivo na postulação de direitos e na fundamentação de decisões judiciais;

b) Na medida em que se compreende, considerando os pressupostos supramencionados, a Constituição como “parâmetro de validade”, verdadeiro “*filtro material*”, relativamente a todas as demais normas jurídicas, estas não poderão ser aplicadas quando se verificar concreta incompatibilidade com a disposição constitucional. A maior parte das democracias ocidentais, nesse contexto, possui supremas cortes e tribunais constitucionais que exercem o poder de declarar leis e atos normativos inconstitucionais, com o que se materializa este recente entendimento.

c) Os valores e fins previstos na Constituição devem orientar tanto o intérprete (em geral), quanto o aplicador (em específico) do Direito, quando for preciso determinar o sentido e o alcance das normas jurídicas infraconstitucionais e fundamentar a argumentação jurídica construída no bojo da decisão.

Nesse novo ambiente jurídico-doutrinário, a Constituição ultrapassa a concepção de sistema autônomo (com ordem, unidade e harmonia próprias) para compreender, também, um novo “modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”. Alguns autores denominam este processo de *filtragem constitucional*, na medida em que equivale à análise de toda a ordem jurídica sob a “lente da Constituição”, de modo a realizar os valores nela consagrados. A sua principal marca, frise-se, não significa a inclusão, no texto constitucional, de normas próprias de outros ramos do Direito, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional<sup>111</sup>.

Em face do exposto, é possível afirmar-se que *toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional*. Aplica-se a Constituição, dessa forma e de acordo com Barroso<sup>112</sup>:

a) *Diretamente*, quando uma pretensão fundar-se em uma norma do próprio texto constitucional.

b) *Indiretamente*, quando uma pretensão fundar-se em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

(i) Antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não deverá fazê-la incidir (alguns autores denominam esta etapa de “princípio da interpretação conforme a Constituição”); esta operação deve estar sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;

(ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Estas diretrizes enunciadas por L. R. Barroso vão ao encontro justamente do que se ressaltou ao longo de todo o presente capítulo: a necessidade de *concretizar* o texto constitucional, *mediante a adoção de técnicas interpretativas concretizantes ou concretizadoras na aplicação de todo e qualquer direito*, a fim de assegurar a eficácia plena, a aplicabilidade imediata, o respeito e, enfim, a materialização das normas constitucionais, salvaguardando-se, sobretudo, o seu núcleo essencial.

E falar-se em *força normativa* da Constituição, em *filtragem constitucional* ou *constitucionalização* do Direito é falar, também, em *neoconstitucionalismo*.

Esta corrente doutrinária, para alguns, ou modelo de ordenamento, para outros, que representa o constitucionalismo moderno ou *neoconstitucionalismo* promove um resgate dos valores e uma reaproximação entre Direito e Moral.

De acordo com Luís Roberto Barroso<sup>113</sup>, os valores compartilhados por uma comunidade, em determinado momento e lugar, passaram, aos poucos, a materializar-se em princípios abrigados na Constituição Federal, com o intuito de adquirirem juridicidade e poderem valer-se do instrumental jurídico-normativo, migrando, portanto, da Filosofia para o Direito.

Alguns destes valores, destaca o autor, tais como a liberdade e a igualdade, já se encontravam presentes desde longas datas na maior parte dos ordenamentos e textos políticos, sem que com isso se afirme que não houve uma evolução e ressignificação dos seus conteúdos.

Outros, contudo, sofreram constantes releituras e ganharam novas dimensões em virtude da separação dos Poderes e do advento do Estado Democrático de Direito. Por fim, há aqueles princípios que apenas recentemente foram incorporados à ordem jurídica ou foram remodelados em razão de construções teóricas contemporâneas, quais sejam: o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da proporcionalidade, da solidariedade e da reserva de justiça<sup>114</sup>.

Os princípios constitucionais, agora dotados de força normativa inquestionável, explícitos ou não no texto da Lei Maior, representam, portanto, a síntese dos valores insertos no ordenamento jurídico-normativo e espelham a *ideologia*, os *postulados básicos* e *fins* da sociedade, ou seja, a *comunidade de valores* de um dado agrupamento social. Eles são, ainda, os responsáveis pela unidade e harmonia do sistema, servindo como diretrizes para o intérprete do Direito. Estes são os papéis desempenhados pelos princípios, segundo

Barroso<sup>115</sup>: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

O grande desafio dos princípios, que culminou com a sua condução para o centro do sistema juntamente com a própria Constituição como um todo, foi justamente a conquista do *status* de norma jurídica, em termos de superação da crença largamente difundida e, por muito tempo, reafirmada de que tais enunciados teriam apenas uma dimensão axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.

A partir das construções teóricas de Ronald Dworkin<sup>116</sup>, analisadas *infra* de maneira pormenorizada, é que o conceito de norma passou a abarcar tanto as regras quanto os princípios jurídicos<sup>117</sup> e estes puderam desfrutar de plena aplicabilidade e vinculatividade normativa.

Acerca do neoconstitucionalismo também expõe Ricardo Maurício Freire, ao indicar que a doutrina vem utilizando as expressões “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos” para identificar um novo modelo jurídico condizente com o Estado Constitucional de Direito que passou a existir em alguns países europeus, a exemplo da Itália, Alemanha e Espanha<sup>118</sup>.

Para este autor, as Constituições mais recentes são marcadas por duas características principais: a vinculação da noção de poder constituinte à idéia de uma legalidade superior de base constitucional e a concepção de que uma Carta Magna desempenha uma dúplici função: marco normativo para o processo democrático, bem como referência diretiva prospectiva, na medida em que estabelece os princípios que devem reger a comunidade, em termos jurídicos.

Daí decorrem, assevera R. M. Freire, repercussões importantes do neoconstitucionalismo: a princípio, aludir-se-ia ao processo de normatização do texto constitucional, o qual deixaria de ser compreendido enquanto diploma normativo com um valor meramente *programático* ou como conjunto de recomendações/orientações destinadas ao legislador para alcançar uma normatividade jurídico-positiva dotada de eficácia direta e imediata; em seguida, afirmar-se-ia que as Constituições abarcam conteúdos materiais – direitos, princípios, diretrizes e valores – relativamente indeterminados e detentores de uma forte carga valorativa, tal qual se constata ao analisar-se conceitos controvertidos como “dignidade”, “justiça”, “liberdade” e “autonomia”<sup>119</sup>.

O Neoconstitucionalismo, com efeito, não se coaduna com o modelo positivista, ultrapassado e antiquado em face das transformações sociais e jurídico-políticas das últimas

décadas, por não incorporar os *Standards* da moralidade ao estudo do Direito, tal qual mencionado *supra*.

O denominador comum das teorias ditas neoconstitucionalistas, portanto, parece ser justamente esta necessidade de superar um modelo que estabeleça que a ciência jurídica deva ocupar-se exclusivamente do papel de descrever o Direito, através de uma atividade neutra aos valores sociais, passando-se ao desenvolvimento de uma correção material e prático-discursiva, nos moldes alexyanos (*infra*).

Vale ressaltar, nesse contexto, que as diversas teorias neoconstitucionalistas procuram alcançar exatamente este equilíbrio entre a crítica interna (cujo parâmetro é a Constituição Federal) e a crítica externa (cujo eixo é a moralidade social) tendente à idéia de que o Direito é, em si mesmo, uma construção axiológica, sobretudo no âmbito de uma democracia constitucional.

## 2.6 A NECESSÁRIA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Fauzi Hassan Choukr<sup>120</sup>, em sua obra de título extremamente sugestivo: “Processo Penal à luz da Constituição”, propõe o por ele denominado de “método do processo constitucional”<sup>121</sup>, através do qual as normas processuais passam a ser enfocadas a partir da matriz contida no texto da Constituição, imprimindo ao processo uma feição para além da técnica, muito mais politizada e, inevitavelmente, com um outro compromisso ético.

A Constituição Federal brasileira de 1988, diferentemente de todas as outras anteriores, “tratou da persecução penal com o zelo de quem edifica algo novo”, ressalta Choukr<sup>122</sup>, a fim de assegurar a superação de uma ordem positiva marcada pelo caráter predominantemente autoritário que a inspirou e, portanto, obsoleta e incompatível com os avanços sociais gerais, para, então, alcançar e conferir ao direito processual penal uma “roupagem democrática”, uma feição mais próxima da ordem jurídica instaurada a partir da promulgação da Carta de 1988 e da adoção do paradigma do Estado *Democrático* e de Direito.

O processualista penal L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho<sup>123</sup>, na mesma linha, enfatiza que o Código de Processo Penal vigente (Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941), o qual foi edificado em pleno Estado Novo – momento de máxima intervenção do Estado na esfera privada –, não tem como esquivar-se do contexto e das influências políticas da época em que veio a lume, mantendo este traço cristalizado pela Constituição de 1937.

A própria Exposição de Motivos da mencionada codificação atesta a realidade ora aduzida:

*II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de **maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem**. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, **um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária**, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. **Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social**<sup>124</sup>.*

Eis delineada a faceta do Estado Novo que contaminou o Código de Processo Penal, que se caracterizou pela prevalência do interesse do Estado sobre os interesses do cidadão.

O país, hoje, após ter passado por inúmeras transformações políticas, sociais, econômicas, jurídicas, etc., de 1941 para cá, não é, definitivamente, mais o mesmo. A Constituição não é a mesma de 1937; não se vive, ao menos no momento atual, sob o influxo de golpes de Estado, mas com eleições diretas em todos os níveis, contando-se com um volume de eleitores jamais alcançado na história política do Brasil, conforme alerta Carvalho<sup>125</sup>.

Com efeito, não há mais espaço para uma visão autoritária, repressiva e antigarantista, mas apenas para a compreensão, conforme já afirmado exaustivamente, do processo penal sob a ótica da complementaridade funcional e da instrumentalidade constitucional.

O Direito Processual Penal, dessa forma, passa a ser encarado, agora mais do que nunca, como o ramo do Direito que sintetiza de maneira mais evidente o conflito entre o *ius puniendi* do Estado e o *ius libertatis* do particular. Não se trata, aqui, de um mero ordenamento acerca da marcha processual, mas da exteriorização do modo pelo qual o sistema jurídico-político resolve aquele conflito. Este é, portanto, o campo preferencial para a utilização da proporcionalidade enquanto instrumento de ponderação e concreção de direitos e garantias fundamentais, capaz de resguardar, com primazia, o núcleo essencial dos interesses basilares em colisão.

Acerca da força normativa da Constituição (ou da ausência desta) Ferdinand Lassalle, em célebre trabalho, sustentou, no século XIX, que a Lei Maior não passava de um

“pedaço de papel” e que sua força ativa estaria consubstanciada, em verdade, nos “fatores reais de poder”, isto é, na correlação de forças dominantes na sociedade. A estes fatores reais Lassalle denominou de Constituição real, a fim de distingui-la da Constituição jurídica – o pedaço de papel que, se não estivesse em harmonia com a primeira, sucumbiria<sup>126</sup>.

Destarte, para contrapor-se à concepção passiva de Lassalle, Konrad Hesse elaborou a obra intitulada, justamente, de “A Força Normativa da Constituição”, defendendo a normatividade vinculante do texto constitucional de forma esperançosa e confiante no fato de que a Constituição realmente impõe tarefas para conformar a sociedade, a serem cumpridas nas mais diversas esferas<sup>127</sup>.

Diante deste quadro, conclui Castanho de Carvalho que o Código de Processo Penal brasileiro não pode mais ser interpretado em conformidade com os princípios de uma ordem jurídica superada, mas à luz da nova ordem erigida. Particularmente, ressalta Carvalho, a Constituição Federal brasileira de 1988 foi elaborada de forma extremamente “caprichosa”, isto é, minuciosa, detida, ao demarcar os limites da intervenção estatal na esfera das liberdades individuais ou públicas<sup>128</sup>.

Esta representaria, conforme preleciona C. de Carvalho, a forma como o povo brasileiro solucionou, no exercício de sua soberania, o conflito supra-aludido (*ius puniendi versus ius libertatis*), ao traçar, de maneira inequivocamente precisa, as hipóteses e formas em que o Estado está legitimado a intervir na esfera individual do cidadão. Para assegurar esses limites é que servem as garantias constitucionais e o Código de Processo Penal.

Esta é, para o presente autor, a finalidade precípua das garantias processuais, quanto à legitimação, por intermédio do controle jurisdicional, da intervenção estatal na esfera do indivíduo; legitimação que só se processará, frise-se, quando qualquer interferência deste tipo se der de modo inequivocamente *necessário, adequado e proporcional*. Ou seja, mediante o recurso à proporcionalidade<sup>129</sup>.

Denilson Feitoza Pacheco, ao seu turno, na obra “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro”, afirma que *o drama e a tragédia* da persecução criminal têm lugar, cotidianamente, em um ambiente integrado por determinadas *forças diretivas*, as quais se encontrariam em constante tensão, a ponto de ocasionar a “contrariedade fundamental da persecução criminal”, qual seja, aquela presente no confronto entre o *princípio instrumental punitivo* e o *princípio instrumental garantista*<sup>130</sup>.

A busca incessante pela configuração do ato delituoso, em todas as suas nuances (materialidade, autoria, etc.) – correspondente à materialização do *ius puniendi* estatal

(princípio instrumental punitivo) – acaba levando ao distanciamento dos direitos e garantias fundamentais; do contrário, a estrita e ferrenha salvaguarda destas garantias primordiais, de forma absoluta (princípio instrumental garantista), torna ainda mais dificultosa a coleta e a produção de provas que poderão demonstrar a existência do fato delituoso e identificar a sua correlata autoria.

O citado autor, portanto, reforça, mais uma vez, o panorama de constante tensão entre os seguintes interesses primordiais: tutela da segurança pública e social *versus* garantias individuais (processuais e constitucionais).

Nesse contexto, o cenário supra-delineado, ainda de acordo com o entendimento de Denilson Pacheco, agravar-se-ia em razão da *pouca gradatividade*, na legislação infraconstitucional e específica, das medidas interventivas adotadas pelo Estado no decurso da persecução criminal e relativamente aos direitos fundamentais<sup>131</sup>.

Com efeito, somente releituras “jurídico-constitucionais e justeoréticas” desta persecução poderiam modificar o quadro ora delineado, no sentido de viabilizar a irradiação da força normativa do texto constitucional (princípio da supremacia da Constituição) sobre o ordenamento infraconstitucional, oferecendo, inclusive, “*instrumentais* teóricos” mais apropriados para opera-se com os problemas de ordem constitucional que podem ser encontrados com muita facilidade na *praxis* dos atores jurídicos, qual seja: a proporcionalidade<sup>132</sup>.

Por fim, Luís Roberto Barroso, em seu “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo”, assevera que a repercussão do Direito Constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas seria *ampla, direta e imediata* – configurando limite claro e preciso, cuja observação seria imperiosa por parte do legislador pátrio<sup>133</sup>.

A Constituição teria, sem dúvida, um profundo impacto sobre a *validade* e a *interpretação* das normas penais – e, evidentemente, sobre a correlata produção legislativa. Isso se daria por duas razões principais: primeiro, em virtude da previsão de um amplo catálogo de garantias, inserido no art. 5º; segundo, pelo fato de o texto constitucional impor ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas, bem como o impedimento quanto à criminalização de outras.

A estas duas razões iniciais poder-se-ia acrescentar a circunstância relativa ao fato de que, em face da nova ordem constitucional e de suas diretivas axiológicas, algumas das tipificações preexistentes no Direito Penal poderiam ser questionadas. Por outro lado, a própria incidência concreta dos tipos penais recepcionados, teórica e abstratamente, pela Lei

Maior, poderia vir a ser questionada, na hipótese em que a sua aplicação revelasse resultado incompatível com a ordem constitucional.

Ou seja, não resta dúvida quanto à constatação de que a ordem constitucional implementada, sobretudo, a partir do texto de 1988, foi pensada de forma a repercutir profundamente também na ordem penal/processual até então estabelecida, traçando novos parâmetro e diretrizes insuscetíveis de desconsideração ou eventual retrocesso.

A partir destas considerações preliminares, Barroso indica os principais pontos de confluência, em sua opinião, entre o paradigma constitucional e a seara penal/processual penal, quais sejam: a) tanto o Direito Penal quanto o Direito Processual Penal, assim como todos os demais ramos do Direito, encontram-se sujeitos às normas decorrentes da Constituição Federal, sejam estas regras ou princípios – desta sujeição decorre a imprescindível centralidade dos direitos fundamentais (quer em sua acepção subjetiva, quer objetiva); b) Também da mencionada sujeição inferem-se: (i) a conformação constitucional da atividade legislativa; (ii) o garantismo – compreendido, aqui, enquanto respeito e não desvirtuamento excessivo (para mais) das garantias constitucionais; (iii) e o dever de proteção (cujá máxima expressão estaria na necessidade de resguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou interesses basilares em conflito, com o escopo de evitar-se a insuficiência da tutela e vedar-se o excesso de intervenção estatal na esfera individual; tal raciocínio seria o mesmo a ser seguido não só na etapa decisória, mas, sobretudo, na etapa legislativa)<sup>134</sup>. Nesse diapasão, torna-se relevante o papel desenvolvido pelo *princípio da razoabilidade-proporcionalidade*<sup>135</sup>.

No ambiente do não mais tão recente fenômeno de constitucionalização do Direito, portanto, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também *um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito*.

Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a *constitucionalização do direito infraconstitucional* não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional<sup>136</sup>.

O constitucionalista J. J. Canotilho ensina que o “Constitucionalismo” representa a teoria (ou ideologia) responsável pela noção de *governo limitado*, a qual se caracteriza por ser, também, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante relativamente à

organização político-social de uma comunidade. O constitucionalismo moderno, portanto, *representaria uma técnica específica de limitação do poder, com fins nitidamente garantísticos*<sup>137</sup>.

O que equivale dizer, a Constituição adquiriu o *status* de paradigma e vetor teórico-axiológico de todo o ordenamento jurídico, invertendo-se a ótica anterior de interpretação do texto constitucional a luz dos institutos e ramos específicos do Direito para a interpretação destes últimos sob a lógica constitucional.

No âmbito processual penal, sob o manto das teorias garantistas, este processo não foi diferente.

De acordo com Miguel Calmon, conforme já se mencionou *supra*, o Direito Processual Constitucional decorre da extensão da normatividade constitucional ao processo, além da incorporação, no texto constitucional, de princípios e institutos processuais<sup>138</sup>.

Também Aury Lopes Jr. expõe que com o advento da Constituição de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito, rompeu-se um paradigma da maior relevância para o sistema jurídico<sup>139</sup>.

O novo modelo de Estado impõe uma nova forma de produção do direito e, acima de tudo, uma nova postura do operador jurídico, pois a função transformadora e promovedora que o Direito passa a desempenhar tem a sua eficácia pendente da atuação daquele. Logo, nenhuma dúvida pode existir de que o constitucionalismo, decorrente do Estado Democrático de Direito, pelo seu perfil compromissário, dirigente e vinculativo, constitui a ação do Estado! *O processo penal deve passar pelo filtro constitucional e se democratizar.*

Ainda conforme explica Aury Lopes Jr.<sup>140</sup>, a democracia pode ser vista como um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, e que se manifesta em todas as esferas dessa complexa relação Estado-indivíduo. Como consequência, opera-se uma democratização do processo penal, que se manifesta através do fortalecimento do sujeito passivo. O indivíduo submetido ao processo penal passa a ser valorizado juridicamente<sup>141</sup>.

O processo penal, enquanto instrumento do Direito Penal, necessita, portanto, trazer para o âmbito processual, na efetivação de institutos como devido processo legal, ampla defesa, *in dubio pro reo*, dentre outros, o raciocínio garantista que é fruto deste longo processo de constitucionalização da Ciência Penal, tal qual preleciona Luigi Ferrajoli<sup>142</sup>.

Antes de servir, dessa forma, exclusivamente para a aplicação da pena, o processo penal deve servir ao Direito Penal como um todo, instrumentalizando-o, sendo que a pena não é a única finalidade deste ramo jurídico. Tão importante quanto a aplicação da pena é a função

de proteção dos indivíduos em relação ao *jus puniendi* do Estado, através do respeito e efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

### 3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: CONTEXTUALIZAÇÃO JUSFILOSÓFICA, CONSTITUCIONAL E INCIDÊNCIA NO PROCESSO PENAL

No contexto de incorporação e aplicação do princípio alexyano da proporcionalidade ao processo penal brasileiro, para resguardar e efetivar direitos e garantias fundamentais, sob a ótica das teorias constitucionais do Direito Penal, Processual Penal e do garantismo jurídico, o presente capítulo se propõe a promover uma análise, ainda que apenas tangencial dada a profundidade jurídico-filosófica do tema, da contextualização jusfilosófica deste princípio, examinando desde as premissas básicas do positivismo jurídico às suas críticas, construção do modelo de regras e princípios, desenvolvimento da proporcionalidade e a sua incidência sobre o Direito Processual Penal.

Ao final, terá lugar uma breve retomada da discussão dogmática em torno da eficácia dos princípios, bem como da origem histórica, fundamento constitucional e/ou legal (plural), relação com o princípio da isonomia e críticas outras à proporcionalidade. A relação entre proporcionalidade, discricionariedade e segurança jurídica, alvo de numerosas críticas também merecerá um tópico próprio e conclusivo acerca do tema.

#### 3.1 A PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL: CONSIDERAÇÕES INICIAIS NO CONTEXTO DE UM PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 materializou, expressamente em seu texto, a adoção de um modelo de *Estado Democrático e de Direito*, compreendido pela doutrina constitucionalista majoritária também como um modelo de *Estado Social*. Isto é, em face das conquistas consubstanciadas na Constituição de 1988, o Estado passou a sujeitar-se a uma série de *fins diretivos* deduzidos dos *valores* insertos no texto constitucional, sobretudo na persecução e concretização da *justiça social*. Boa parte destes valores depreende-se dos direitos e garantias fundamentais.

Dentre estas previsões essenciais, consagraram-se novas e importantes garantias processuais penais – consoante lembra Antonio Magalhães Gomes Filho, em apresentação à obra “Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal”, da autora Flávia D’Urso<sup>143</sup> –, evidenciando a nítida opção do constituinte por um *modelo acusatório de processo* (superação e negação tácita do modelo inquisitorial).

É possível destacar, nesse contexto, a presunção de não-culpabilidade; a vedação de identificação criminal datiloscópica de pessoas já identificadas civilmente; a indenização por erro judiciário que supere os limites da condenação; a prisão, com ressalva do flagrante, somente ordenada por autoridade judiciária competente; liberdade provisória; direito ao silêncio e assistência de defensor e da família; e outras, aplicáveis ao processo civil, igualmente, mas de estreita vinculação e relevância ao processo penal, tais como o devido processo legal, desdobrando-se em garantia do juiz natural e competente; contraditório e ampla defesa; igualdade processual, decorrente do princípio da isonomia; publicidade; dever de fundamentar as decisões; vedação de provas obtidas por meios ilícitos; inviolabilidade de domicílio e sigilo das comunicações em geral e de dados (autorizando-se a interceptação telefônica para efeito de prova penal).

Não obstante o reconhecimento da primazia destes institutos processuais penais, decorrente do próprio *locus* em que se encontram positivadas tais garantias, existem também, no corpo da Lei Maior, outras diretrizes igualmente marcadas pelo atributo da intangibilidade, que, por vezes, colidem com estes direitos fundamentais. A colisão entre direitos fundamentais ou valores constitucionais é bastante comum em um texto constitucional como o pátrio, tão rico e vasto em suas previsões, capaz de abarcar tão amplos e diversos bens jurídicos.

Para o presente trabalho importa, sobretudo, o conflito já exposto entre *segurança social* (interesses da sociedade) e *garantias individuais* (interesses do indivíduo) – tão peculiar ao processo penal e tão presente nas inúmeras demandas pertinentes a este ramo do Direito, exigindo um constante *esforço de compatibilização entre valores contrapostos*.

Eis configurado o panorama geral em que se faz imprescindível o estudo, compreensão e aplicação do *princípio da proporcionalidade* no processo penal. Este princípio, embora tenha sua origem no Direito Administrativo e Constitucional, já se tornou método, vetor de orientação essencial na concretização dos valores e diretrizes constitucionais em todos os ramos do Direito.

O princípio da proporcionalidade, aplicado à resolução dos conflitos entre interesses antagônicos, bens jurídicos essenciais contrapostos, valores e direitos fundamentais colidentes – tal qual o exemplo dado, *segurança social versus* garantias individuais – permite a salvaguarda de um dos fundamentos da própria República Federativa brasileira (art. 1º, CF): a *dignidade da pessoa humana*, limite dos limites, mínimo a ser preservado em defesa do

indivíduo contra o arbítrio do Estado, quando este atua em prol dos interesses da sociedade, na visão de Flávia D'Urso<sup>144</sup>.

Ou seja, o que ora se ressalta é o fato das discussões constantes neste trabalho serem não apenas bastante atuais, como também de extrema pertinência em um contexto político-social no qual se prima pelo *emergencialismo* ou *funcionalidade* (com a proliferação do que se convencionou chamar de *legislação álibi*, inclusive) das propostas de reforma penal e processual penal, desprestigiando-se ou, até mesmo, ultrajando-se anos de conquistas jurídicas e democráticas em termos de garantia para o indivíduo.

*Qual o limite da restrição de direitos?* Indaga a autora Flávia D'Urso<sup>145</sup>. Ao menos a *dignidade humana* – é ela mesma quem responde, incisiva e taxativamente –, a fim de que não se permita a *reificação*, a “coisificação” da pessoa no processo penal.

A sociedade brasileira, em geral, infelizmente ainda acredita na eficiência da imposição de penas mais gravosas e medidas cada vez mais restritivas de liberdade no combate e contenção à criminalidade. É nesse diapasão que se permite o ingresso, no ordenamento jurídico, de leis que favorecem a intervenção de cunho emergencial, numa tentativa meramente de atender a objetivos de política criminal, de forma superficial e atécnica, e, por isso mesmo, ineficaz e lesiva, quase sempre eivada de vícios de constitucionalidade.

Vive-se, hoje, reafirma-se, uma verdadeira *crise do constitucionalismo democrático*, sobretudo no processo penal, evidenciada justamente pelo aparecimento de institutos como a legislação álibi e a preocupação com o *eficientismo* penal, em detrimento da tradicional ótica *garantista*.

Para combater este pernicioso quadro, antes que se consolide de fato, é que se propõe o resgate de uma *hermenêutica constitucional concretizante e principiológica*, valorizando o aspecto e a força normativa da nossa Carta Política, bem como a necessidade de torná-la real paradigma por trás de toda e qualquer interpretação e aplicação do Direito.

Sob esta ótica, o próprio processo penal cumpre o seu papel ao passar a ser compreendido não mais sob um prisma *procedimental*, mas *instrumentalizador*: instrumento público de realização da justiça; instrumento ético e político de atuação da justiça substancial e garantia das liberdades; mas, principalmente, *instrumento de concretização material dos princípios e valores constitucionais*.

E nenhum mecanismo pôde, até então, contribuir de forma mais direta para este propósito concretizante da Constituição e protetor da dignidade da pessoa humana que o

princípio da proporcionalidade, limitando eventuais restrições a direitos e garantias fundamentais – e promovendo, desta forma, o respeito às diretrizes constitucionais; bem como contribuindo para que se encontre a exata medida do real cumprimento destes direitos e garantias.

O estudo do processual penal sob a ótica da Constituição Federal se mostra, com efeito, imprescindível para uma melhor compreensão dos seus institutos e adequação à nova realidade processual.

### 3.2 CONTEXTUALIZAÇÃO JUSFILOSÓFICA DA PROPORCIONALIDADE

O Direito Penal, em razão da extrema relevância dos bens jurídicos que protege e, sobretudo, pelo fato de que, em represália à conduta ilícita, é considerado como a *ultima ratio* justamente por afetar outros bens igualmente primordiais do ser humano, como a liberdade, há muito se identifica e se subordina à lógica da estrita legalidade<sup>146</sup>.

O Processo Penal, por sua vez, não compreendido como apartado do Direito Penal, mas como *instrumento* deste, acaba perpetuando as tendências presentes e orientadoras das teorias da Ciência Penal.

Ou seja, se a legislação de Direito Penal assume uma lógica mais próxima do *punitivismo* estatal, o Processo Penal se recrudescer e torna-se, ele mesmo, um instrumento de estigmatização, verdadeira *pena* antecipada para o indivíduo que por ele necessita passar. Por outro lado, se o Direito Penal adota uma postura garantista, como se verá logo mais, tal repercute na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais também no âmbito processual penal.

É sob este raciocínio que também o Processo Penal saiu vitorioso com a incorporação da legalidade no âmbito material penal, embora tenha despertado para a necessária flexibilidade desta lógica mais cedo, mediante teorias interpretativas mais expansivas.

Não obstante, não raro há aqueles que confundem *legalidade* e *positivismo jurídico*, sendo este último uma corrente científico-filosófica e não apenas um princípio ou uma idéia capaz de ser sintetizada na máxima da legalidade; muito pelo contrário, a própria legalidade pode ser interpretada como um “princípio fundamental”, pilar do ordenamento por relacionar-se à segurança jurídica, dentre outras interpretações que extrapolam ou, inclusive, se contrapõem aos fundamentos da corrente jusfilosófica do positivismo.

O positivismo jurídico, ainda, apesar de identificar a lei como fonte prioritária (embora não exclusiva) da norma e esta como objeto primordial do Direito, na medida em que identifica e diferencia o que é *jurídico* daquilo que apenas se relaciona tangencialmente com a Ciência do Direito e com o seu objeto (Moral, Política, Sociologia, etc.), estabelece outros pressupostos para além da mera legalidade e que com ela não se confundem.

Norberto Bobbio, em sua obra “O Positivismo Jurídico”, enumera sete pontos que considera como características fundamentais desta corrente jusfilosófica<sup>147</sup>:

- 1) O seu modo de *abordar* ou *encarar* o Direito: identificação do Direito como um fato e não como um valor;
- 2) A sua *definição* de Direito: o juspositivismo define o Direito em função do elemento coação, de onde deriva a *teoria da coatividade do Direito*;
- 3) A sua identificação das *fontes* do Direito: teoria da legislação como fonte preeminente do Direito;
- 4) A sua *teoria da norma jurídica*: o positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativa do Direito;
- 5) A sua *teoria do ordenamento jurídico*: o positivismo sustenta a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico;
- 6) O seu modelo de *método da ciência jurídica*: o positivismo jurídico defende a teoria da interpretação mecanicista, que, na atividade jurídica, faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do Direito;
- 7) A *teoria da obediência*: defesa da teoria da obediência absoluta à lei enquanto tal.

É fato, porém, que, para além da clássica disputa entre *direito positivo* (juspositivismo) e *direito natural* (jusnaturalismo), outras correntes insurgiram-se contra as premissas do positivismo jurídico, desvelando as suas insuficiências, limitações e aporias. Tais correntes têm exercido significativa influência em dois dos principais ramos propedêuticos da seara jurídica: a Teoria Geral do Direito e a Hermenêutica Jurídica.

Dentre estas correntes de pensamento, destaca-se, por relevância e atualidade, o *modelo de regras e princípios* sugerido, inicialmente, por Ronald Dworkin<sup>148</sup>, embora apropriado e desenvolvido também por outros juristas de renome, entre os quais se encontra o alemão Robert Alexy<sup>149</sup>.

Este doutrinador alemão desenvolveu frutíferas considerações acerca da *proporcionalidade*, como meio de efetivação de princípios e salvaguarda de direitos fundamentais, por reconhecer a importância dos valores presentes e resguardados pelo ordenamento jurídico, o que deu uma roupagem completamente nova às teorias constitucionais sustentadas até então.

No ordenamento brasileiro, os valores primordiais que permeiam o Direito preferencialmente encontram-se, explícita ou implicitamente, materializados na Constituição Federal, com destaque para a Carta de 1988.

Nos últimos anos, outro fato igualmente relevante para a presente análise, que tem alcançado grandes proporções, diz respeito ao processo intenso e crescente de *constitucionalização do Direito*, conforme já mencionado *supra*.

Sob o argumento de consolidação de um Estado Democrático de Direito e tendo em vista a preocupação em se dar efetividade ao texto da Constituição Federal, reconhecendo-se o seu primordial papel de diretriz teórico-axiológica de todo o ordenamento jurídico, sobretudo em razão da primazia e relevância dos direitos e valores que a Lei Maior se propõe a defender, os juristas têm demonstrado interesse em ir além da consideração do texto constitucional como mero argumento jurídico-discursivo e programático.

Eis delineado o porquê da necessidade de considerar-se a Constituição como vetor a ser observado e *concretizado* mediante a imprescindível observância dos seus preceitos ao se construir e aplicar todo e qualquer ramo do Direito, vinculando-se até mesmo a atuação dos três poderes estatais.

Sobre o processo de *constitucionalização do Direito*, expõe Luís Roberto Barroso<sup>150</sup> que esta idéia relaciona-se com o efeito expansivo das normas constitucionais, capaz de irradiar, com indubitável força normativa, todo o seu conteúdo material e tornar-se vetor axiológico do sistema jurídico-positivo visto de modo integral.

Dessa forma, os valores, fins públicos e diretrizes comportamentais consubstanciados(as) nas regras e princípios constitucionais passam a valer enquanto condicionantes da validade e do sentido do complexo de normas infraconstitucionais. Como consequência lógica destas prelações, o presente paradigma de prelação e expansão da vinculatividade constitucional repercute na atuação dos três poderes, conforme mencionado, com destaque para as suas relações com os particulares.

É este raciocínio que tem fundamentado as recentes teorias constitucionais, inclusive do Direito Penal e Processual Penal.

Em termos de Processo Penal, o que representou, um dia, os avanços trazidos pela consolidação da máxima da *legalidade*, sob uma ótica formal, com o advento do Estado Democrático de Direito foi superado (mas não descartado, jamais), em termos substanciais, pelo paradigma do *garantismo*.

Isto é, enquanto a legalidade representou uma rígida e necessária limitação ao *ius puniendi* estatal, o paradigma do garantismo, em Direito Penal e Processual Penal, consubstancia a salvaguarda e imposição do respeito às garantias constitucionais fundamentais.

Trata-se de uma “democratização substancial da justiça”, nas palavras do processualista penal Aury Lopes Jr.<sup>151</sup>, que propugna por um modelo de justiça garantista ou garantismo penal, cujo ponto de partida perpassa, necessariamente, pela teoria estruturada por Luigi Ferrajoli<sup>152</sup>.

De acordo com Aury Lopes Jr., o garantismo não se identifica com o mero legalismo, formalismo ou processualismo, pelo contrário, em termos substanciais, como já exposto, representa um verdadeiro salto paradigmático, tendo em vista, sempre, os direitos e garantias fundamentais como diretrizes para todo o ordenamento, sobretudo para o severo e repressor Direito Penal e seu correlato Processo Penal<sup>153</sup>.

Em referência à Ferrajoli, Aury Lopes assevera, convicto, que o *garantismo* consiste na tutela dos direitos fundamentais, que, por sua vez, representariam os valores, bens e interesses materiais fundantes e justificadores da existência dos “artifícios”, nos dizeres de T. Hobbes, que representam o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte dos cidadãos integrantes do corpo social corresponderia ao pressuposto basilar da Democracia. Destas assertivas, poder-se-ia concluir, conforme indica Lopes, que *o direito existe para tutelar os direitos fundamentais*<sup>154</sup>.

Com efeito, diante de tudo o quanto se afirmou acerca do processo de constitucionalização do Direito, com destaque para o paradigma do garantismo aplicado ao Direito Processual Penal, eis que as construções acerca do princípio da proporcionalidade (como um princípio diferenciado dos demais), desenvolvidas pelo jurista alemão Robert Alexy<sup>155</sup>, demonstram guardar estreita consonância com as recentes teorias constitucionais do Direito e do Processo Penal, na medida em que almejam resguardar ao máximo os valores constitucionais e os direitos fundamentais, principalmente quando ocorre uma colisão entre esses direitos e há o risco de se violar a sua essência.

Não é, contudo, de clareza inquestionável a incorporação do princípio da proporcionalidade na seara processual penal, de modo que esta assimilação se deu apenas de forma paulatina, após longo processo (ainda em andamento) de desconstrução da lógica estrita do positivismo jurídico.

### 3.3 O POSITIVISMO JURÍDICO-NORMATIVO DE HANS KELSEN: O MODELO DE REGRAS

O modelo de positivismo escolhido como paradigma para análise neste capítulo é o positivismo normativista desenvolvido pelo austríaco Hans Kelsen<sup>156</sup>, em razão das construções jurídico-filosóficas deste autor terem influenciado e repercutido, durante décadas, por todo o pensamento e construção do Direito em escala mundial, além de encontrarem, até hoje, remanescentes defensores, que resgatam as suas relevantes, embora passíveis de críticas, contribuições para a Ciência do Direito (neopositivistas).

Segundo Adrian Sgarbi, Hans Kelsen, considerado um dos maiores nomes da teoria jurídica do Século XX, assumiu o objetivo primário de elaborar uma teoria global ou geral do Direito. Em sua obra, ele adotou para si um audacioso projeto: elevar o Direito à posição de “ciência jurídica”. Tal propósito encontra-se bastante arraigado no contexto científico-filosófico de sua época, em conformidade com os pressupostos do racionalismo e cientificismo cartesianos, calcados na objetividade e exatidão da ciência<sup>157</sup>.

Para uma adequada compreensão da Teoria Pura do Direito, é importante perceber a quem o adjetivo consoante à *pureza* se refere.

O intuito de Hans Kelsen era contribuir para a elaboração de uma *ciência pura* do Direito e não uma ciência do *Direito puro*; ou seja, Kelsen tinha em mente, desde o princípio – o que muitos doutrinadores, inclusive os que se dizem positivistas ou kelsenianos muitas vezes não compreendem –, que o Direito, enquanto objeto a ser estudado, nunca poderia desvincular-se dos valores (ou da política, como ele prefere chamar).

Contudo, a valoração se imiscuiria no Direito no momento da sua positivação, não no momento da sua compreensão e estudo. É justamente com relação a este último âmbito que Kelsen constrói a sua “Teoria Pura”<sup>158</sup>.

Dessa forma, para Kelsen, o objeto da Ciência do Direito deveria ser a *norma jurídica* – cuja fonte prioritária (embora não única, certamente) seria o direito positivo, o texto legal –, pois ela seria capaz de identificar e especificar o que é propriamente jurídico, diferenciando-o do que apenas se relaciona marginalmente com o Direito.

Há mais de duas décadas, este autor pretendeu desenvolver uma teoria jurídica pura, livre de toda e qualquer ideologia política, bem como dos elementos próprios das Ciências Naturais. Tratar-se-ia de uma teoria jurídica *consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto*; ou seja, que se pretende, desde a sua

origem e criação, peculiar e destinada ao exame exclusivo do direito posto, dotando este estudo da cientificidade necessária à validade de suas conclusões, bem em conformidade com o paradigma científico-cartesiano vigente à época<sup>159</sup>.

Ao desenvolver o seu raciocínio, H. Kelsen deu origem ao que viria a ser posteriormente identificado por alguns juristas como o *modelo de regras* – justamente em substituição ao qual Ronald Dworkin<sup>160</sup> e Robert Alexy<sup>161</sup> construíram o *modelo de regras e princípios*.

Tomar-se-á, por ora, dois pontos da “Teoria Pura do Direito”, mais especificamente do “modelo de regras” kelseniano, como objeto de apreciação para demonstrar a insuficiência deste modelo e a necessária transição para o modelo de regras e princípios.

Tratam-se da *teoria escalonada da ordem jurídica* (que Dworkin identificará como “critério de pertencimento ou *pedigree* formal” para as normas do Direito) e da *teoria kelseniana da interpretação jurídico-normativa*, com destaque para o “momento ametódico”, momento de aplicação do Direito pelo juiz, que abre espaço para uma ampla margem de discricionariedade e para a criação antidemocrática do Direito pelo Poder Judiciário.

### 3.3.1 “Teoria Escalonada da Ordem Jurídica” (Dinâmica Jurídica)

Conforme a teoria desenvolvida por Hans Kelsen, o fato de alguém ordenar algo se insere no “mundo do ser”. Para que esta ordem passe do *mundo do ser* para o *mundo do dever-ser* – isto é, passe a ser um comando jurídico-normativo, vinculativo de condutas, que deve, portanto, ser obedecido por todos e dotado de validade jurídica –, ela deve buscar o seu fundamento em outra norma<sup>162</sup>.

*Fundamentar* o Direito, para Adrian Sgarbi, significa responder à interrogação do por que devem ser acatadas as normas de um ordenamento jurídico positivo<sup>163</sup>.

Essa relação de fundamentação é necessária para atribuir ao *sentido subjetivo* dos atos de vontade um *sentido objetivo*, um sentido que auxilie na distinção entre um acontecimento exterior “relevante” e um acontecimento “irrelevante” para o Direito. Ou seja, à ordem dada e que se insere, inicialmente, no mundo do ser, expressando apenas um conteúdo volitivo/subjetivo/individual, é preciso acrescentar um sentido objetivo, capaz de justificar o seu comando como vinculante e determinativo, portanto obrigatório<sup>164</sup>.

A presente relação, ainda, encontra-se vinculada intrinsecamente à questão da validade no direito positivo. Uma norma *válida juridicamente* é justamente aquela que

encontra respaldo, *fundamentação*, em uma outra norma jurídica. Esta outra norma é de hierarquia superior à primeira, o que decorre de uma lógica de verticalização do processo silogístico-dedutivo ora exposto e do escalonamento das normas jurídicas nos moldes kelsenianos.

Eis configurada a famosa *pirâmide normativa* de Hans Kelsen (que vai da Constituição aos atos administrativos, como decretos e resoluções, e sentenças judiciais, passando por leis complementares, leis ordinárias, etc.), a qual, na verdade, resultou das formulações teóricas de seu brilhante aluno Adolf Merkl<sup>165</sup>.

De acordo com o modelo teórico piramidal de Kelsen é a Constituição, posicionada no topo da pirâmide, que estabelece os critérios a partir dos quais uma norma deve ser considerada jurídica; afinal, na medida em que de um *ser* não deriva um *dever-ser*, apenas de uma norma pode advir a validade da outra.

O ordenamento jurídico, dessa forma, se apresenta como uma estrutura de normas superiores-fundantes e inferiores-fundadas, seguindo a lógica de um “sistema normativo dinâmico”. Esse processo pelo qual se obtém normas cada vez mais específicas é denominado, por Kelsen, de “concretização” ou “determinação”.

Conforme expõe Sgarbi<sup>166</sup>, em um “sistema normativo dinâmico”, a relação normativa pode ser traduzida por sucessivas autorizações, isto é, as normas são organizadas a partir de outras normas que conferem o poder de produção normativa a alguém, pois instituem “autoridades produtoras de normas”.

Com efeito, uma norma será válida se e somente se for produzida pela autoridade competente para tanto, atendidos os procedimentos estabelecidos para o desempenho dessa atividade. É exatamente em razão do uso dessas normas de competência que estes sistemas se modificam.

Em síntese, a teoria escalonada do ordenamento jurídico sustenta que uma ordem, para ser jurídica e, conseqüentemente, migrar da esfera do ser para a do dever-ser, deve buscar o seu fundamento de validade em uma norma jurídica objetivamente válida (isto é, produzida por uma autoridade competente, segundo os ritos estabelecidos).

Desta lógica de fundamentação, resulta um sistema escalonado e hierarquizado de normas, em que a Constituição – norma de hierarquia mais elevada – estabelece os critérios básicos de atribuição de validade jurídica a uma norma e traça o panorama de um complexo sistema de produção e densificação normativas, através da atribuição de competências e delegações. Este representa um *sistema normativo dinâmico*, capaz de demonstrar que o

Direito regula a sua própria criação, caracterizando, nos dizeres de Niklas Luhmann<sup>167</sup>, um *sistema autopoietico*.

De tudo ora exposto decorre que a validade e a identificação de uma norma jurídica estão pautadas em critérios de lógica formal e dedutiva, sendo o conteúdo destas normas irrelevante para a sua validade e juridicidade<sup>168</sup>.

Por fim, embora em extrapolação a este ponto, mas imprescindível para a sua completa compreensão, a teoria escalonada é complementada com a *teoria da norma hipotética fundamental*.

Em face da lógica silogística em que uma norma inferior encontra fundamento de validade em uma norma superior, eis que se poderia questionar a validade das normas até se chegar à Constituição e inclusive desta.

A Constituição em vigor encontra fundamento nas Constituições anteriores, mas qual seria, então, o fundamento de validade da Constituição primeira? Nesse contexto e para responder a esta reflexão é que Hans Kelsen, inspirado na filosofia idealista, lógico-transcendental, de Immanuel Kant<sup>169</sup>, formula a *norma hipotética fundamental*, a qual estabelece o seguinte pressuposto de validade: uma vez que não há um fundamento posto, positivado, que valide a Constituição primeira, esta validade necessita ser *pressuposta*, logo, deve-se considerar válida a primeira Constituição e as normas desta decorrentes.

Este é o conteúdo que se pode inferir da norma hipotética fundamental, peça lógica que integra e torna pleno de sentido o silogismo normativo-dedutivo kelseniano.

### 3.3.2 Interpretação Jurídica

Outro ponto interessante que vale a pena examinar, tendo em vista o estudo crítico que se fará logo mais, consiste no modelo de interpretação jurídica sustentado pelo positivismo normativista de Hans Kelsen.

Conforme Kelsen expõe no capítulo VIII de sua obra “Teoria Pura do Direito”, a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de *determinação ou vinculação*<sup>170</sup>.

Todavia, esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Há sempre uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação, de tal forma que

a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, *o caráter de um quadro ou moldura a preencher* neste ato de aplicação.

Quando o Direito é aplicado por um *órgão jurídico*, o juiz necessita fixar o sentido das normas que vai aplicar, logo, ele tem que interpretar estas normas<sup>171</sup>.

Mas também os *indivíduos*, que devem observar o Direito com o intuito de evitar a sanção cominada para um eventual desvio de conduta, precisam compreender e, portanto, determinar o sentido das normas jurídicas que por eles serão observadas. Por fim, também a ciência jurídica, quando descreve o Direito positivo (cumprindo a finalidade que Kelsen entende lhe ser devida), realiza interpretação normativa.

Com efeito, afirma Kelsen que existem duas espécies de interpretação, as quais não podem ser confundidas: a chamada *interpretação autêntica*, fruto de um ato de vontade autorizado pelo próprio ordenamento jurídico, isto é, realizada pelo órgão competente; e a interpretação que não é efetuada pelo órgão jurídico, mas por qualquer pessoa ou pela ciência jurídica (ato de conhecimento)<sup>172</sup>.

#### **a) Interpretação Autêntica – Atos de Vontade**

No momento de aplicação da lei, para além da necessária fixação de uma das possibilidades interpretativas compreendidas no âmbito do quadro estabelecido pela norma hierarquicamente superior (fundante), pode ainda ter lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito.

Segundo Kelsen, nesse momento há uma livre apreciação por parte do juiz; trata-se não de um conhecimento do Direito, mas de outras normas que, no processo de apreciação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais, interesse do Estado, dentre outros<sup>173</sup>.

Do ponto de vista do direito positivo, ainda conforme sustenta Kelsen, nada se poderia dizer sobre a validade e verificabilidade destas outras normas. Desse ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio direito positivo.

Com o resultado do processo de interpretação (escolha dentre as possibilidades inseridas no quadro normativo) e da atividade cognoscitiva por parte do órgão julgador, ou é

produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.

Através deste ato de vontade, afirma Kelsen, se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. A interpretação promovida pelo órgão aplicador é sempre uma *interpretação autêntica*, capaz, inclusive, de *criar o direito*, seguindo o raciocínio do sistema dinâmico de produção normativa e o silogismo de densificação, na medida em que ao juiz foi atribuída competência indelegável e indisponível para julgar e decidir o caso<sup>174</sup>.

Ou seja, sob a roupagem de interpretação autêntica, ao judiciário seria conferido amplo poder discricionário e, inclusive, a possibilidade antidemocrática de criar direito novo, sem que se pudesse estabelecer *nenhum tipo de controle metodológico* sobre o seu conteúdo<sup>175</sup>.

Dessa forma, para Hans Kelsen, qualquer das interpretações possíveis e compreendidas na esfera de significado sugerida pela moldura normativa da norma fundante pode ser aplicada pelo órgão julgador, caracterizando o que se poderia designar como sendo um “momento ametódico” de aplicação do Direito.

Para fixar o sentido da norma aplicanda e preencher a moldura por ela indicada, ao exercer a sua discricionariedade competente, o juiz poderia levar em consideração outros argumentos e juízos (de valor, justiça, relevância social, conveniência, etc.) que não teriam a ver necessariamente com o Direito, nada garantindo que houvesse uma “resposta correta” para cada caso levado ao poder judiciário. Isto é, tanto a atividade de construção quanto de aplicação jurídico-normativa seriam instrumentos de política, não estando vinculados por qualquer método ou juízo de ética jurídica.

## **b) Interpretação realizada pelos indivíduos e pela Ciência Jurídica – Atos de Conhecimento**

A “Teoria Pura do Direito”, ao se pretender *pura*, estaria condicionando a atividade da Ciência Jurídica à mera descrição do Direito, excluindo toda e qualquer incursão ou análise crítica, ética, moral, política ou sociológica.

À Ciência do Direito caberia analisar, descobrir e enumerar o maior número possível, senão a sua totalidade, de possibilidades interpretativas capazes de melhor preencher

os quadros indicados por cada norma, inclusive em confronto com cada uma das outras normas. Esta tese se coaduna com os pressupostos hermenêutico-filosóficos (Filosofia da Consciência e Analítica) vigentes à época da formulação desta teoria, marcados por fortes abstrações, separação entre sujeito e objeto e análise meramente sintático-semântica do texto legal.

O sentido da norma é, então, pensado enquanto algo que uma consciência individual produz para si, independentemente de um processo de comunicação; cabe à Ciência do Direito descobrir estes sentidos e, assim, auxiliar o juiz e demais operadores do Direito no cotidiano de sua atividade.

A interpretação, portanto, pode ser aqui identificada como um *ato de conhecimento*, passível de ser realizado por indivíduos comuns<sup>176</sup>, mas que é, sobretudo, inerente à atividade dos “cientistas do Direito”, os quais a concretizam com maior propriedade e conhecimento de causa.

Quanto à interpretação realizada no âmbito da Ciência do Direito, Kelsen elucida, por fim, que a interpretação científica corresponderia à mera (pura) *determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas*. Não seria, portanto, criação jurídica, ao contrário da interpretação empreendida pelos órgãos julgadores competentes<sup>177</sup>.

A noção de que mediante uma interpretação cognoscitiva poder-se-ia obter Direito novo consiste no fundamento da chamada *jurisprudência dos conceitos*, a qual é profundamente repudiada por Hans Kelsen e, conseqüentemente pela Teoria Pura do Direito.

#### 3.4 A TRANSIÇÃO DO *MODELO DE REGRAS* PARA O *MODELO DE REGRAS E PRINCÍPIOS*: A PROPOSTA INOVADORA DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin é, na contemporaneidade, um dos principais representantes da teoria jurídica anglo-saxônica e crítico das teorias positivistas do Direito (positivismo jurídico), com destaque para aquela que considera o “modelo mais bem acabado” que a escola positivista já produziu: o modelo de Herbert L. A. Hart<sup>178</sup>, justamente por pretender demonstrar as insuficiências e limitações do chamado “Modelo de Regras” examinado na sua “melhor forma”.

O que, de fato, motivou R. Dworkin a construir o seu “Modelo de Regras e Princípios” e desenvolver os seus trabalhos conforme logo mais será exposto, foi, sobretudo,

o comportamento dos juízes ao se depararem com os chamados “casos difíceis” (*hard cases*) na prática do Direito.

Em breve síntese do que será mais bem desenvolvido *infra*, pode-se dizer que o que sempre incomodou Dworkin foi a ampla discricionariedade conferida pela teoria positivista ao juiz para criar direito novo quando se deparasse com um determinado caso em que a subsunção deste a uma regra posta (e válida juridicamente, nos moldes positivistas e kelsenianos, por exemplo) não fosse tão simples quanto em outros casos comuns ou quando, em razão das próprias peculiaridades do caso concreto levado à apreciação do juiz, não se encontrasse resposta pronta e clara no ordenamento jurídico positivado.

Conforme elucida Adrian Sgarbi, a tese defendida por Dworkin é a de que “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa”, visto que também nos “casos difíceis” o juiz tem o dever de *descobrir* quais são os direitos das partes sem inventar novos direitos, nem aplicá-los retroativamente. Dessa forma, Dworkin desaprovava qualquer corrente capaz de questionar a possibilidade de se alcançar uma *solução correta* para cada caso<sup>179</sup>.

Ao dispor sobre dois casos que escolhe como exemplos de *hard cases* (*Riggs vs. Palmer e Henningsen vs. Bloomfield*), Dworkin afirma que os tribunais têm usado, na solução dos casos destacados, mais do que regras jurídicas para resolvê-los.

O presente autor assinala, nesse contexto, conforme esclarece Sgarbi<sup>180</sup>, que o positivismo jurídico tradicional reduz em demasia o Direito ao descrevê-lo como um conjunto de regras, válidas ou inválidas conforme um critério de pertencimento ou *pedigree* formal a partir do qual essa validade ou invalidade é apreciada. Pontua, com efeito, que o Direito não opera dessa forma, uma vez que existem referências diferentes das regras, tais como os *princípios* e as *políticas* que fogem a esse padrão de validade.

O Direito, para Dworkin, representa um conjunto de *regras e princípios* morais, sendo que estes últimos não são remissíveis a um critério de validade ou regra de reconhecimento, conforme defenderia o já mencionado teórico H. Hart.

Por fim, Dworkin defende que: 1) o Direito deveria ser compreendido como um fenômeno complexo e bem mais articulado do que pretende o positivismo jurídico; 2) os elementos que conformam o direito são diversos (regras e princípios); 3) os princípios não operam sob o mesmo critério de verificação que as regras, portanto a técnica do *pedigree* não está apta a identificá-los; 4) como os princípios são referências valorativas de correção, a separação entre Direito e Moral passa a ser questionada e entendida como divisão artificial<sup>181</sup>.

### 3.4.1 O modelo de regras e princípios

Ao propor o “Modelo de Regras e Princípios”, Ronald Dworkin<sup>182</sup> considera que qualquer redução do fenômeno jurídico-normativo às regras gera prejuízos quanto à argumentação, debate e balanceamento de razões na prática jurídica.

Este autor, então, atribui ao “Modelo de Regras” a posição do positivismo jurídico de conferir aos juízes a possibilidade de instituir decisões criadoras de direitos, atuando como se legisladores fossem.

Ao assumir-se a perspectiva do modelo de regras e princípios, esclarece A. Sgarbi em referência ao que teria indicado o próprio R. Dworkin, o modo como se decidirá o caso passa a ser estabelecido na medida em que implica *considerar as diferentes razões jurídicas ou forças envolvidas que devem reger a decisão judicial*. Nesse diapasão, o ato de aplicação do Direito demandará a avaliação concreta do peso de todo um conjunto de referências que podem interferir na decisão<sup>183</sup>.

Com efeito, o presente modelo das regras e dos princípios, conforme entende Dworkin, viabilizaria não apenas a possibilidade de alcançar-se “saídas jurídicas” nos casos em que não se pudesse chegar a um resultado satisfatório mediante o recurso exclusivo às regras; como também a justificativa da utilização “nuançada”, mitigada, das regras, em determinadas circunstâncias e quando os princípios incidentes assim o exigirem. Enfim, *o Direito não é formado apenas por um conjunto de regras, mas sim por dois tipos de normas: as regras e os princípios*<sup>184</sup>.

As regras, primeiramente, se diferenciam dos princípios por admitirem exclusivamente uma aplicação nos moldes “tudo-ou-nada” e desta aplicação depender a sua *validade ou invalidação* instantânea.

Isto é, regras são consideradas válidas ou inválidas conforme se aplicam ou não a um determinado caso, porque se não se aplicarem, tal se dará ou em razão da superveniência de uma exceção (sendo que esta já deve estar prevista no ordenamento jurídico) ou em decorrência do fato de outra regra a ser aplicada à demanda ter invalidado a primeira regra considerada.

Os princípios, como já supramencionado, não se submetem a nenhum critério de validade previamente estabelecido ou objetivamente considerado.

Em seguida, tem-se a própria *forma de aplicação das regras e dos princípios*.

As regras, ao admitirem o modelo “tudo-ou-nada”, ou se aplicam *integralmente* ou não se aplicam a um determinado caso e podem, assim, ser invalidadas. Já os princípios, eles admitem uma “dimensão de peso” ou “de importância”, devendo ser submetidos à técnica sugerida por Dworkin do *balance* (“balanceamento”); isto é, os princípios devem ser sopesados, quando em colisão, sendo que um interferirá na análise e apreciação do outro. Os princípios são considerados “razões que guiam”, logo, ao incidirem sobre uma dada questão, são muito mais flexíveis que a regras.

Por fim, regras, em geral, não deveriam admitir exceções (embora admitam, desde que enumeradas, para que não sejam consideradas incompletas ou imprecisas), por serem mais rígidas e específicas.

Já os princípios podem admitir quantas exceções aparecerem, na medida em que são, como já mencionado, “razões que guiam”, mais gerais, mais flexíveis que as regras; além disso, estas exceções não abalam a sua completude, estrutura ou aplicabilidade, como pode acontecer com as regras<sup>185</sup>.

### **3.4.2 À guisa de conclusão acerca do modelo proposto por Dworkin**

Em face do que aqui se expôs acerca das construções jurídico-filosóficas de Ronald Dworkin, pode-se perceber que o “modelo de regras e princípios”, em suma, tem em vista controlar a discricionariedade presente no momento de aplicação do Direito pelo juiz, principalmente quando este se depara com os chamados casos difíceis, desestimulando-o (quando não impedindo) a criar direitos novos, ao incentivá-lo a buscar respostas corretas nos direitos (regras e princípios) preexistentes.

Para tanto, o juiz deverá valer-se dos argumentos de princípio (tal qual faria Hércules no prosseguimento à construção da teia inconsútil), na medida em que princípios também passam a ser compreendidos como normas jurídicas.

Com isso, a rígida distinção positivista entre Direito e Moral cai por terra, uma vez que o modelo de Dworkin opera com o conteúdo das decisões, quando estabelece que há uma *resposta correta* (com base em equidade – justiça –, adequação e justificação) para cada caso, e não apenas *possível* (enquanto fixação semântica de uma dentre as possibilidades interpretativas compreendidas no quadro estabelecido por uma norma fundante objetiva e

formalmente válida, de acordo com um critério lógico-formal e silogístico de validade para o qual pouco importa o conteúdo destas normas).

### **3.5 A Teoria Constitucional e dos Direitos Fundamentais, o Constitucionalismo Discursivo e a união conceitual entre Direito e Moral de Robert Alexy: a máxima da proporcionalidade nesse contexto**

Robert Alexy talvez seja um dos mais importantes e influentes teóricos do Direito, sobretudo do Direito Constitucional, em escala mundial na atualidade.

A sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, com destaque para a máxima da proporcionalidade, enquanto razão efetivadora de direitos fundamentais que visa a resguardar ao máximo o núcleo essencial de cada um dos direitos em colisão, levou para outros países o resultado dos trabalhos e construções do “Tribunal Constitucional Alemão” nos últimos anos.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado amplamente a justificação teórica e a razão prática que envolvem a proporcionalidade.

No presente capítulo, algumas obras deste autor serão rapidamente examinadas para uma breve incursão sobre o seu pensamento e teorias, com destaque para a teoria constitucional e dos direitos fundamentais, a tese acerca do constitucionalismo discursivo e a proposta de união conceitual entre Direito e Moral sob a ótica discursiva da pretensão de correção.

Tratam-se, sobretudo, das obras: “*La pretensión de corrección del derecho*” (2005); “Constitucionalismo Discursivo” (2008) e “Teoria dos Direitos Fundamentais” (2008).

#### **3.5.1 A pretensão de correção e a união conceitual entre Direito e Moral: o conceito não-positivista de Direito**

O conceito de Direito defendido por Alexy envolve, para além de uma dimensão fática (composta pela determinação e ponderação de dois elementos: a decretação de acordo com a ordem – positivação e validade jurídica – e a eficácia social), uma dimensão ideal e discursiva: a pretensão de correção (terceiro elemento definidor de Direito: a correção quanto ao conteúdo).

Com efeito, afirma Robert Alexy<sup>186</sup> que a sua teoria encontra-se estreitamente vinculada à tese de que o Direito promove, necessária e indiscutivelmente, uma *pretensão de correção*.

Esta tese, sendo, *a priori*, formulada de maneira muito genérica, levaria, para a sua correta delimitação, à necessidade de responder-se a três questionamentos, quais sejam: (1) O que significa a afirmação de que o direito promove uma pretensão; (2) O que deve ser compreendido como sendo a necessidade da pretensão; (3) Em que consistiria o conteúdo desta pretensão<sup>187</sup>.

Quanto ao primeiro questionamento, pode-se afirmar que *quem promove a pretensão de correção no âmbito jurídico* são aqueles que *atuam no e para* o Direito. São paradigmas desta afirmação o legislador e o juiz; estes, com os seus atos institucionais, como a edição de leis e a prolação de decisões judiciais (sentenças), *afirmam* a pretensão de correção.

A idéia de correção, por sua vez, implica também uma idéia de *fundamentabilidade* e a *esperança* de que cada indivíduo racional, que adotar o ponto de vista do sistema jurídico, reconheça o ato jurídico praticado como correto. A pretensão de correção compreende, portanto, uma *garantia* de fundamentabilidade e uma expectativa de racionalidade por partes dos espectadores.

Conforme esclarece R. Alexy, o “promover da pretensão de correção” consiste na tríade que engloba: (1) a afirmação de correção, (2) a garantia de fundamentabilidade e (3) a esperança de reconhecimento da correção<sup>188</sup>.

Esta tríade foi pensada e formulada não apenas para dar respaldo aos atos institucionais, mas também, ressalta Alexy, para que o advogado, por exemplo, perante o tribunal, ou até mesmo o cidadão comum, em uma discussão pública, possa alegar, valer-se de argumentos favoráveis ou contrários a determinados conteúdos da ordem jurídica estabelecida, promovendo a pretensão composta da afirmação de correção, da garantia de fundamentabilidade e da esperança de reconhecimento. Dessa forma, as discussões passam a ser viabilizadas de maneira mais racional e compreensível, possibilitando o entendimento e, inclusive, a contra-argumentação.

Quanto à *necessidade* de correção, esta só é de interesse para o conceito de Direito quando está umbilicalmente relacionada ao próprio Direito.

Nesse contexto, a fim de justificar a união conceitual entre Direito e Moral, Paula Gaido (Universidad de Córdoba), em introdução à obra “*La pretensión de corrección del*

*derecho*”<sup>189</sup>, explica que, para que se possa visualizar em que sentido Alexy construiu e passou a valer-se desta idéia, há que se destacar o fato de o presente autor invocar dois argumentos, um forte e um fraco, para fundamentar a citada relação conceitual necessária: o *argumento da injustiça* e o *argumento da correção*, respectivamente.

De acordo com o argumento da injustiça, as normas e os sistemas normativos perdem seu caráter jurídico se ultrapassarem determinados limites de *injustiça*. A partir do argumento da correção, ao seu turno, no curso dos processos de criação e aplicação do Direito, os participantes devem reafirmar, necessariamente, uma *pretensão de correção*, a qual consiste, basicamente, em uma pretensão de correção moral<sup>190</sup>.

Ou seja, Alexy dá continuidade à proposta iniciada por outros juristas antes dele (inclusive Dworkin, em outros termos) de avaliar o *conteúdo* do Direito e não restringir a sua análise ao que é especificamente jurídico conforme um critério formal de validade.

Por fim, quando ao *conteúdo* da correção, Alexy afirma que não se trata de um conteúdo rígido e previamente estabelecido, mas depende do contexto em que a correção é realizada. Na medida em que se tratar do texto constitucional, de uma lei ordinária ou de uma sentença judicial, a pretensão de correção assumirá um conteúdo próprio, desde que esteja presente a necessária fundamentabilidade, a justificação desta pretensão.

A fundamentabilidade representa o requisito máximo da correção e se dará, conforme melhor exposto *infra*, mediante a racionalização discursiva dos seus argumentos.

Sobre a fundamentabilidade no contexto de interseção entre Direito e Moral, Alexy esclarece que a “conexão qualificatória”, a relação estabelecida entre a ordem jurídica e a ordem moral no contexto da pretensão de correção, não conduz a uma conexão necessária do direito construído e posto com uma *determinada moral concreta designada como correta*, mas, sim, leva a uma conexão necessária do Direito com a idéia de uma *moral correta compreendida como uma moral fundamentada*<sup>191</sup>.

Por fim, tem-se evidenciado o quão antipositivista é o conceito de Direito de Alexy, uma vez que o direito compreendido estritamente como o recurso a normas positivadas tem se mostrado insuficiente face aos problemas e à prática jurídica cotidiana.

A rígida separação entre Direito e Moral, em face das elucubrações deste teórico do Direito, resta, então, infundada<sup>192</sup>. Afinal, conforme ratifica o próprio autor, a pretensão de correção conduz a uma interpretação necessariamente não-positivista do objeto da Ciência Jurídica.

Esta pretensão, por estar intrinsecamente vinculada aos atos judiciais, torna-se uma *pretensão jurídica*, e não exclusivamente moral. A ela corresponderia, portanto, o dever jurídico de decidir *corretamente* (fundamentada, racional e discursivamente, conforme se verá a seguir). Este dever jurídico corresponderia, ainda, a aplicação das normas morais tidas como corretas, já que, por definição, não se pode decidir apenas com base em normas de direito positivo e o recurso exclusivo a considerações de conveniência não seria bastante para resolver de forma adequada um problema *jurídico*<sup>193</sup>.

### **3.5.2 “Constitucionalismo Discursivo”<sup>194</sup>: o desenvolvimento de uma racionalidade discursiva capaz de legitimar a atuação democrática do “Tribunal Constitucional” (STF), efetivar a Constituição e os seus valores, e aproximar Direito e Moral sob o ideal da correção**

O conceito não-positivista de Direito, trabalhado por Robert Alexy, representa uma proposta de união necessária entre Direito e Moral, em decorrência da aproximação entre a dimensão real e fática (“o decretado e o eficaz”) do Direito – que compreende a Dogmática, a Jurisprudência e a práxis jurídico-normativa em geral – e uma dimensão ideal ou discursiva, não tão estimulada, mas igualmente imprescindível para uma plena compreensão da construção e do fenômeno jurídico.

Essa dimensão ideal ou discursiva envolve uma *pretensão de correção*, sendo que o elemento central da correção é o ideal (valor) maior da *justiça*. A pretensão de correção que perpassa toda a construção do Direito justifica a aproximação entre Direito e Moral, conforme explicitado *supra*.

Tal pretensão de correção inclui, ainda, uma correspondente *pretensão de fundamentabilidade*, sendo o seu primeiro esboço de uma teoria da correção prática, voltada para uma racionalidade discursiva capaz de verificar, numa união necessária com o Direito, os limites e possibilidades do discurso jurídico em termos de fundamentação e argumentação coerentes e plausíveis.

Destarte, o conceito não-positivista de Direito, a junção entre Direito e Moral e a pretensão tanto de correção quanto de racionalidade discursiva fundamentam o denominado “constitucionalismo discursivo”.

Nele, a Constituição Federal, com seus valores supremos materializados em direitos e garantias fundamentais, funciona como diretriz para todo o ordenamento jurídico, enquanto

o Supremo Tribunal Federal – o equivalente pátrio do Tribunal Constitucional Federal alemão –, atua na salvaguarda destes valores, garantindo a correção do Direito, tendo em vista o ideal maior de justiça, legitimado democraticamente no exercício de uma representação argumentativa do povo brasileiro.

Fala-se, aqui, então, em correção quanto ao *conteúdo* do Direito, preocupação evidenciada através da *fórmula de Radbruch* (Alemanha – pós II Guerra Mundial), que foi aplicada no julgamento dos crimes de guerra de cunho nazista, para caracterizar a antijuridicidade das ações praticadas com base no conteúdo destas ações e do Direito.

Dessa forma, tem-se que o Direito necessita da correção para ter legitimidade e a correção, por sua vez, precisa do Direito para ser efetivada, organizada em normas e imposta.

A limitação do real ou institucional pelo ideal, para atingir um ideal de correção, no âmbito jurídico se dá argumentativamente.

Com efeito, a *teoria do discurso* conduz ao modelo de Estado Democrático de Direito quando evidencia duas exigências essenciais relativas ao conteúdo e ao sistema jurídico: *direitos fundamentais* e *democracia*. Os direitos fundamentais representam o conteúdo valorativo que são as diretrizes para a correção; e a democracia garante a legitimidade indireta – discursivo-argumentativa – da Corte Constitucional para efetivar, na prática, mediante o controle de constitucionalidade, essa correção *do e no* Direito.

Segundo Robert Alexy, “quem quer correção, deve querer discurso; quem quer discursos, deve querer democracia”<sup>195</sup>. Eis as bases do constitucionalismo discursivo.

Alexy alerta, ainda, para os riscos e o perigo constante de uma jurisdição constitucional paternalista, realizada mediante a imposição de valores que correspondam apenas a interesses determinados e não plenamente democráticos.

A solução para tal problema, todavia, encontra-se nos limites discursivos e argumentativos que se pode perceber, especialmente, na correta e eficaz realização da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, elaborada e defendida por este autor.

Esta teoria trabalha com a racionalização da presença de valores no ordenamento jurídico, sobretudo quando se trata da colisão entre direitos fundamentais, em que será aplicada a *proporcionalidade*, seguindo o método da ponderação e empregando-se a “fórmula peso”.

De acordo com a Teoria dos Direitos Fundamentais desenvolvida pelo jurista alemão, descrita e pulverizada ao longo de vários dos artigos traduzidos e compilados na obra ora em análise, há uma forte aproximação entre *Direitos do Homem e Direitos Fundamentais*.

Aqueles corresponderiam aos chamados Direitos Humanos e seriam universais, fundamentais, preferenciais, abstratos e morais, encontrando-se, portanto, no plano moral e contando muito mais com uma validade moral do que com um alto grau de executoriedade.

Este seria justamente o grande problema dos direitos humanos: a sua profunda necessidade de positivação como direitos fundamentais para, só então, tendo acrescida à sua validade moral uma validade jurídica, alcançar uma pretensão maior de executoriedade e imposição efetivas.

*Direitos fundamentais* são, nesse contexto, direitos do homem transformados em direito constitucional positivo, dotados de grau de hierarquia e força impositiva extremas.

Uma positivação perfeita, sob o enfoque da imposição, existe, contudo, quando os direitos fundamentais vinculam todos os três poderes – inclusive, o Poder Legislativo – “como direitos imediatamente vigentes”, nas palavras do autor –, e essa vinculação passa a ser submetida a um controle amplo por parte de um tribunal constitucional.

É nesta seara de discussões que se fala no fenômeno da *Constitucionalização do Direito*, da constitucionalização de todo o ordenamento jurídico. Hans Kelsen<sup>196</sup> costumava afirmar que só haveria validade formal do texto constitucional se existisse densidade de normalização; isto é, se houvesse densidade material suficientemente limitada e determinável. Para ele, a Constituição só poderia ser vinculativa se fosse extremamente *precisa* no seu texto.

Mas não se pode, com base nessa idéia, promover nem uma *sobreconstitucionalização* (excessos constitucionais) nem uma *subconstitucionalização* (vazios constitucionais em razão de um mínimo constitucional normativo).

Para tanto, Robert Alexy reconstrói a *Teoria dos Espaços*, que, resumidamente, se edifica sobre duas matrizes: a primeira forma os espaços estruturais, que expressam a limitação do conteúdo material da constituição; a segunda forma os espaços epistêmicos, pelos quais é transferida, em extensão limitada, jurisdição constitucional material aos tribunais especializados. Por tudo vela a “Corte Constitucional” com vista dupla: uma dirigida ao conteúdo constitucional material, a outra aos seus limites e incertezas.

Pela Teoria dos Espaços, há uma necessária *complementaridade entre jurisdição constitucional e jurisdição especializada*, na medida em que a Constituição representa um ordenamento-fundamental e, ao mesmo tempo, um ordenamento-quadro, capaz de decidir sobre questões essenciais do Direito (tipicamente constitucionais, tais como as relativas a direitos fundamentais), sem, contudo, extrair do legislador ordinário uma margem de apreciação para que ele possa decidir em caráter complementar, inclusive escolhendo se deve

ou não conferir maior proteção a determinado bem jurídico em razão do empate decorrente de uma eventual ponderação prévia.

Isto é, quando da colisão de dois direitos fundamentais, se, mediante a ponderação, chega-se a um empate e nenhum prevalece sobre o outro, dentre outras considerações específicas da fórmula peso, o legislador poderá, ele mesmo e mediante lei ordinária (obrigatoriamente constitucional), resolver a contenda, atribuindo uma proteção maior a um ou a outro bem.

O presente autor, ao traçar a *história dos direitos fundamentais na Alemanha* evidencia, ainda, tanto a necessidade de uma cultura constitucional, quanto os avanços obtidos na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais desde a famosa *Sentença-Lüth*, a partir da qual se passou a falar em princípios e se originou, em decorrência, a atual teoria dos direitos fundamentais.

A *Sentença-Lüth* une três idéias que colaboraram decisivamente para a construção e solidificação do direito constitucional alemão<sup>197</sup>.

A primeira é que a garantia jurídico-constitucional de direitos individuais não se esgota em uma garantia de direitos clássicos de defesa do cidadão contra o Estado. Os direitos fundamentais personificam um “ordenamento de valores objetivos”. Eles têm, portanto, não só o caráter de regras, mas também de princípios.

A segunda idéia é que os valores ou princípios jurídico-fundamentais valem não somente para a relação entre o Estado e o cidadão, mas “para todos os âmbitos do direito”. Com isso, produz-se um “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico.

A terceira idéia resulta da estrutura dos valores e princípios. Valores, como princípios, são propensos a colidir. Uma colisão de princípios somente por ponderação pode ser solucionada.

Com efeito, a mensagem mais importante da decisão-Lüth para a vida jurídica cotidiana é “tornar-se necessária uma ponderação de bens”.

No direito constitucional alemão, a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o *princípio da proporcionalidade*.

O princípio da proporcionalidade compõe-se de três princípios parciais: princípio da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a idéia de otimização. Direitos fundamentais, como princípios, são *mandamentos de otimização*. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que

ordenam que algo seja realizado *na maior medida possível* relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas.

Nos princípios da idoneidade e da necessidade trata-se da otimização relativamente às *possibilidades fáticas*.

O *princípio da idoneidade* (ou adequação) exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos a cuja realização tais meios devem servir. Isso mostra que o princípio da idoneidade é nada mais que a expressão da idéia da *Otimidade-Pareto*: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras.

O meio empregado ao final, portanto, necessita, impreterivelmente, ser idôneo, apto, adequado à consecução do fim a que se destina; do contrário, a mitigação que a adoção desta medida, deste meio, implica ao direito fundamental contrário será realizada em vão e nenhum direito fundamental pode ser afetado sem uma razão justificadora muito forte para isso.

O mesmo vale para o *princípio da necessidade*. Esse princípio demanda que, de dois meios que em geral fomentem igualmente bem um dado princípio, escolha-se aquele que menos intensamente intervém em outro princípio colidente com o primeiro. Se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente idôneo, então, uma posição pode ser melhorada sem que nasçam custos para a outra.

O que equivale dizer, um determinado meio de realização de um princípio/garantia/direito fundamental só deve ser empregado se não houver, disponível, outro que interfira menos no princípio/garantia/direito fundamental colidente com o primeiro e seja igualmente idôneo ao alcance dos mesmos fins pretendidos. Isto é, se for realmente *necessário* e não houver outra solução idônea e menos gravosa.

Se custos ou sacrifícios não podem ser evitados, torna-se necessária uma ponderação.

A *ponderação* é objeto do terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade (*proporcionalidade em sentido estrito*). Esse princípio parcial revela o que significa a otimização relativamente às *possibilidades jurídicas*. Ele equivale a uma regra que Alexy denomina como “lei da ponderação”.

Esta “lei” evidencia que *a ponderação se deixa decompor em três passos*. No primeiro passo, deve ser constatado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. Em seguida, no segundo passo, seria preciso analisar-se a importância quanto ao cumprimento

do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo, por fim, dever-se-ia comprovar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do primeiro princípio.

*Dessa forma, a valoração presente na colisão de princípios se dá racional e argumentativamente.*

Não obstante, Jürgen Habermas<sup>198</sup> faz severa crítica à pretensa racionalização de valores empreendida por Robert Alexy, na medida em que, em sua opinião, quando da colisão de princípios, ao realizar-se a técnica da ponderação, estar-se-ia subtraindo a efetiva vinculatividade dos princípios constitucionais. Afinal, estes só seriam aplicados *parcialmente* e não de forma imperativa e integral como se espera de uma norma constitucional.

Além disso, Habermas alerta para o perigo de sentenças irracionais, em razão da possível utilização arbitrária de valores por parte do julgador quando da realização do “método” da ponderação.

A essa crítica, o próprio Alexy rebate ao expor todo o passo-a-passo da proporcionalidade e mediante o desenvolvimento da “*fórmula peso*”, que, envolvendo uma escala triádica (graus comparativos, como “leve”, “médio” e “grave”) e seguindo toda uma formulação lógica, estaria reduzindo substancialmente o grau de liberdade (ou discricionariedade) do julgador.

Resta, por fim, a tensão entre *o atual papel protagonista e atuante da Corte Constitucional e a Democracia*.

Por um lado, há a forte e crescente atuação do Tribunal Constitucional quanto às decisões em face da colisão de direitos fundamentais e dos chamados *hard cases*, inclusive de forma inovadora; por outro, há o choque desta situação com o conceito de Democracia, na medida em que esta, com base no chamado Princípio “U” – de universalização dos interesses –, daria respaldo para que o legislador tivesse esse protagonismo, concentrando, legitimamente, os interesses gerais da população, e não a Corte Constitucional. Ou seja, o *legislador* estaria democraticamente investido e constituído e o *julgador não*.

A essa crítica, Robert Alexy responde com fundamento no seu *constitucionalismo discursivo*, como já exposto. Ele afirma que, enquanto a representação pelo Poder Legislativo é de caráter *volitivo e decisionista* (embora também possa ser considerado argumentativo e discursivo, sem o ser, no entanto, por excelência), a representação do povo por um tribunal constitucional é, pelo contrário, *puramente argumentativa*.

Um conceito plenamente formado de representação democrática deve sempre abarcar, ao lado da decisão, o discurso como elemento ideal (uma vez que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral).

Esta proposição acertada de Robert Alexy fornece, portanto, o respaldo necessário para as atividades da Corte Constitucional no julgamento em face da colisão entre direitos fundamentais e dos *hard cases*. Tais decisões, com base na Constituição, discursiva e argumentativamente fundamentadas e tendo em vista a necessária correção para que se alcance o ideal maior de justiça, dificilmente não encontrariam aceitação generalizada perante as chamadas “pessoas constitucionais” ou “racionais”. Isto é, diante da existência de pessoas dispostas a aceitar argumentos fundados em validade e correção (constitucionais), justamente em razão destes atributos supremos.

### **3.5.3 A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy: o seu modelo de regras e princípios e a máxima da proporcionalidade**

Tal qual se propôs no momento de compreensão do modelo de regras e princípios de Ronald Dworkin, bem como de suas correlatas implicações teóricas, aqui, novamente, verifica-se a necessidade de abordar de forma mais detida alguns dos pontos basilares da *Teoria dos Direitos Fundamentais* do citado filósofo alemão R. Alexy<sup>199</sup>. É o que se fará a seguir.

#### **3.5.3.1 A estrutura das normas de direitos fundamentais**

Alexy defende que as normas de direitos fundamentais apresentam estrutura de regras, de princípios e até um duplo caráter de regras e princípios ao mesmo tempo. Não se deterá, no presente tópico, sobre esta última consideração, de modo que logo se passará à análise das regras e dos princípios, examinados independentemente.

##### **3.5.3.1.1 Diferenciação geral entre regras e princípios**

De acordo com Robert Alexy, há diversos critérios para se distinguir regras de princípios.

O mais utilizado é o da *generalidade*. Esse critério indica que princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.

Outros critérios, porém, também são discutidos com alguma frequência, a exemplo da “determinabilidade dos casos de aplicação”; da forma de seu surgimento – diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas”; do caráter explícito de seu conteúdo axiológico; da referência à idéia de Direito ou a uma lei jurídica suprema; da importância para a ordem jurídica; e, por fim, princípios e regras são diferenciados ainda com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou pelo fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento.

#### 3.5.3.1.2 *Princípios como mandamentos de otimização*

Contudo, afirma Alexy, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é o fato destes últimos corresponderem a normas que ordenam que algo seja realizado *na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*.

Princípios são, com efeito, *mandamentos de otimização*, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados. As regras, por seu turno, são normas que devem ser plenamente satisfeitas, exatamente como determina os seus comandos, ou sua validade pode ser comprometida. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, o que significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.

Nesse contexto, as normas (como as que prescrevem direitos fundamentais) podem ser encontradas no ordenamento jurídico na forma de regras ou de princípios, ambos com caráter verdadeiramente jurídico-normativo.

#### 3.5.3.2 *Colisões entre princípios e conflitos entre regras*

A diferença entre regras e princípios evidencia-se com clareza ainda maior nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras.

Um conflito entre regras é solucionado mediante a declaração de invalidez de uma regra ou se nesta regra inserir-se uma exceção à sua aplicação. Já as colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Conforme expõe Alexy: se dois

princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.

Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso<sup>200</sup>.

O objetivo do sopesamento realizado conforme ora descrito é identificar qual dos interesses em conflito, abstratamente no mesmo nível, assume “maior peso” *no caso concreto*. A possibilidade de realização da técnica do sopesamento desvela mais um traço distintivo e marcante dos princípios<sup>201</sup>.

O caso das regras é totalmente diverso, embora Alexy defenda a extensão do caráter *prima facie* também para elas, ponto sobre o qual não se deterá neste trabalho, mas que representa, em apertada síntese, a relativização também das regras, podendo estas serem nuançadas ou afastadas, quando houver necessidade, sem que com isso percam a sua validade formal.

### **3.5.3.3 A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade**

Alexy sustenta haver uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Segundo ele, essa conexão não poderia ser mais estreita, afinal, da própria natureza dos princípios decorreria a máxima da proporcionalidade, e esta implicaria, necessariamente, a configuração daquela natureza.

A proporcionalidade e as três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e a da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) têm a sua origem, logicamente, portanto, na própria *natureza* dos princípios. Conforme indica Alexy, o Tribunal Constitucional Federal afirmou que a máxima da proporcionalidade decorre, “no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais”<sup>202</sup>.

### 3.5.4 Conclusões decorrentes da análise do modelo alexyano

A Teoria Constitucional e a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy propõem o desenvolvimento de uma racionalidade discursiva que venha não só conciliar as dimensões fática e ideal-discursiva do Direito, sob uma pretensão de correção legitimadora da união conceitual entre Direito e Moral (uma *moral fundamentada*), como também embasar a atuação da “Corte Constitucional” na promoção e efetivação de direitos e garantias fundamentais (enquanto regras, mas, sobretudo, sob a lógica geral dos *princípios*), valendo-se, para tanto, da máxima da proporcionalidade e desempenhando papel protagonista no cenário jurídico.

Este raciocínio se coaduna com as atuais tendências em torno do fenômeno da *constitucionalização* do Direito. A máxima da proporcionalidade tem adquirido aplicação, dessa forma, nos mais diversos ramos da seara jurídica, do Direito Público ao Direito Privado.

No âmbito processual penal, mais especificamente, que é o foco deste trabalho, a proporcionalidade não poderia ser excluída, tendo em vista o papel do Processo Penal de *instrumentalizar* o Direito Penal (Material), com destaque para o novo quadro das Teorias Constitucionais da Ciência Penal – que têm como paradigma o advento da Constituição Federal de 1988, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a lógica do *garantismo*; isto é, a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo frente ao poder punitivo estatal.

### 3.6 OUTROS OLHARES SOBRE A PROPORCIONALIDADE

Após a realização de uma abordagem propedêutica acerca do princípio da proporcionalidade, em que se expôs o eixo principal de sua fundamentação jurídico-filosófica, alguns pontos que se aproximam de uma abordagem mais dogmática do Direito são igualmente relevantes ao presente trabalho, a fim de torná-lo o mais completo possível e, principalmente, ratificar que não importa sob qual prisma se analise o tema, os mais variados autores concordam quanto ao fato de ser a proporcionalidade o mecanismo, o instrumento, o raciocínio mais eficaz em termos de concreção de direitos e garantias fundamentais e salvaguarda material do texto constitucional.

### 3.6.1 Princípio como norma jurídica de eficácia plena e não programática.

Uma das discussões já travadas *supra*, mas que se relaciona diretamente com a proporcionalidade, agora sob um prisma menos filosófico (ou *zetético*, na concepção de Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>203</sup>) e mais dogmático, diz respeito à eficácia dos princípios enquanto normas jurídicas, sobretudo constitucionais.

Na medida em que a eficácia das normas constitucionais resta comprovada, em termos de aplicabilidade direta e imediata, o princípio da proporcionalidade, nos moldes propostos por Robert Alexy<sup>204</sup>, torna-se elemento fundamental nesta etapa de concretização, principalmente em decorrência das constantes colisões entre direitos fundamentais, cuja lógica de tratamento se assemelha, em muito, com a dos princípios jurídicos e cujo núcleo essencial deve sempre ser preservado – conforme já exposto.

Nesse contexto, para uma efetiva utilização da proporcionalidade como ferramenta concretizadora (ou concretizante) de direitos e garantias fundamentais, nunca é demasiado demonstrar que já se tem consolidado o pensamento de que os princípios representam normas jurídicas de eficácia plena e não meramente normas diretivas ou programáticas, ainda que no âmbito estrito da dogmática jurídica, mais próxima da visão positivista do Direito.

Sobre a normatividade dos princípios, Norberto Bobbio esclarece que estes seriam normas fundamentais “generalíssimas”, as mais gerais do sistema. Além disso, a própria expressão “princípio” levaria numerosos juristas a engano, de forma que já é antiga a discussão acerca do fato de os princípios gerais do Direito poderem ser compreendidos como *normas jurídicas* ou não. Para este autor, não haveria, contudo, dúvida acerca desta questão: *os princípios gerais seriam normas como todas as outras*<sup>205</sup>.

Para sustentar que os princípios gerais são normas jurídicas, afirma N. Bobbio, os argumentos seriam dois, um tão válido quanto o outro.

De antemão, tem-se que, uma vez consideradas normas aquelas das quais se extraem os princípios gerais (na visão positivista), por intermédio de um procedimento de generalização sucessiva, não haveria por que não serem normas também os princípios assim extraídos.

Por outro lado, a função a ser cumprida e para a qual são empregados os princípios extraídos das normas mais específicas é a mesma a ser realizada por todas as demais normas (regras), qual seja, a *função de regular um caso*. Com efeito, Bobbio questiona: e com que

finalidade são extraídos princípios nas hipóteses de lacuna no ordenamento? Para regular um comportamento ainda não regulado, evidentemente. Por que não deveriam ser normas, então?

Para Bobbio, o caráter normativo dos princípios decorre, portanto, destas ilações de ordem lógica supramencionadas.

Precursoramente, em 1952, alguns autores, segundo informa Paulo Bonavides<sup>206</sup>, também já declaravam a normatividade dos princípios, ao afirmar que princípio é toda norma jurídica enquanto tida como determinante de uma ou de variadas outras normas subordinadas, as quais pressuporiam este princípio, tendo o escopo de melhor desenvolvê-lo e especificá-lo em direções mais particulares, menos genéricas (de maneira similar ao processo de densificação normativa já supra-aludido).

Por fim, o próprio constitucionalista Paulo Bonavides<sup>207</sup> também situa a juridicidade dos princípios em três fases distintas: a *jusnaturalista*, a *positivista* e a *pós-positivista*.

Na primeira, os princípios habitam, ainda, uma esfera por demais abstrata e a sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento da dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça.

Na segunda, os princípios passam a ser incorporados pelos Códigos como fonte normativa subsidiária.

Na terceira, enfim, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do Séc. XX, as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual está assentado todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Com efeito, uma vez compreendidos como normas jurídicas de eficácia plena e vinculantes, os princípios necessitam ser salvaguardados e realizados, justamente, *na máxima medida possível*, sobretudo quando em colisão com outros princípios ou no contexto da colisão entre direitos fundamentais, cuja lógica do conflito em muito se assemelha ao embate entre princípios jurídico-normativos.

### **3.6.2 A origem histórica da proporcionalidade: EUA (razoabilidade) e Alemanha (proporcionalidade)**

Em artigo intitulado “Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade”, Luis Roberto Barroso<sup>208</sup>, antes de definir os contornos do princípio da razoabilidade e da

proporcionalidade no direito brasileiro, revê a trajetória do *princípio da razoabilidade no direito norte-americano*.

Este princípio tem sua origem e desenvolvimento vinculados à garantia do *devido processo legal* – instituto ancestral do direito anglo-saxão. Sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Carta de 1215. Hodiernamente, sua consagração em texto positivo se deu através das emendas 5<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> à Constituição norte-americana.

O princípio do *due process of lege*, por sua vez, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases. Na primeira, é revestido de um caráter estritamente processual (*procedural due process*), enquanto, na segunda fase, que tem caráter substantivo (*substantive due process*), tornou-se o verdadeiro fundamento do exercício de uma jurisdição constitucional.

Na fase inicial, não se permitia ao judiciário examinar o caráter injusto ou arbitrário do ato legislativo. Tratava-se, inicialmente, de uma garantia voltada para a regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo. Em seguida, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle jurisdicional do arbítrio do Poder Legislativo e da discricionariedade governamental.

L. R. Barroso compara o desenvolvimento e a afirmação do *substantive due process*, que abriu espaço ao exame de mérito dos atos do Poder Público pelo Judiciário, redefinindo a noção de discricionariedade, com a introdução do controle judicial da constitucionalidade das leis, em 1803, em face do caso, supra-aludido, *Marbury v. Madison*.

Embora de difícil conceituação, para o referido doutrinador, a cláusula em questão ensejaria uma necessária verificação da compatibilidade existente entre o meio empregado pelo legislador e os fins perquiridos, além da averiguação da legitimidade destes fins.

O reconhecimento da dimensão substantiva do devido processo legal também passou por fases distintas e, de certa forma, cíclicas: a) ascensão e consolidação, do final do Séc. XIX até a década de 1930; b) desprestígio e quase abandono no final da década de 1930; c) renascimento triunfal na década de 1950, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte.

Atualmente, a Suprema corte reassumiu um perfil conservador e o ativismo judicial passa por um momento de refluxo.

A doutrina do devido processo legal substantivo teve o seu declínio iniciado no fim do Séc. XX, caracterizando uma reação à intervenção estatal na ordem econômica. Barroso

adverte que a Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez faire*, por meio do qual o desenvolvimento seria mais bem fomentado com uma interferência mais branda do Poder Público nos negócios privados.

A decisão que melhor teria simbolizado o mencionado período seria aquela proferida no contexto do caso *Lochner v. New York*, em que se considerou inconstitucional uma lei nova-iorquina que limitava a jornada de trabalho dos padeiros, sob o argumento de defesa da liberdade de contrato.

Em razão do exposto, este período ficou conhecido como a era *Lochner*, cuja superação se deu após a crise de 1929, pelo advento do *New Deal*. Em 1932, Franklin D. Roosevelt, após ser eleito presidente, iniciou a ampla legislação social e o intervencionismo econômico.

Quando os casos de contestação a esta legislação chegaram à Suprema Corte, passaram a ser invalidadas diversas leis importantes para o plano de recuperação econômica, de maneira fiel à doutrina *Lochner* e, todavia, hostil ao intervencionismo econômico. Estabeleceu-se, então, um confronto entre os poderes Executivo e Judiciário.

Na oportunidade em que foi reeleito, já no ano de 1936, Franklin Roosevelt pressionou a Suprema Corte e esta passou a rever a sua orientação, de forma a abdicar do exame de mérito das normas de cunho econômico e encerrar o controle substantivo de tais leis. Este fato representa, sem sombra de dúvida, o declínio do devido processo legal substantivo.

A terceira fase do devido processo legal substantivo começou com a distinção entre liberdades econômicas e não econômicas. Neste primeiro domínio, a atitude adequada deveria ser de deferência aos outros Poderes. Entretanto, no que tange às liberdades pessoais, o intervencionismo judicial continuava a ser indispensável.

No constitucionalismo norte-americano, várias foram as decisões polêmicas nas últimas décadas. Nos casos *Griswold v. Connecticut* e *Roe v. Wade*, por exemplo, a Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que criminalizava o aborto e o inadmitia mesmo antes do terceiro mês de gravidez, considerando que, em nome do direito à privacidade, à mulher caberia decidir sobre por fim ou não à sua gravidez.

Conclui Barroso, portanto, que nos governos republicanos estadunidenses das últimas décadas, todas as nomeações para a Suprema Corte caracterizaram-se pelo nítido propósito de escolher ministros contrários ao ativismo judicial iniciado pela Corte *Warren* e

que estivessem dispostos a revisar a decisão proferida em *Roe*. Com o decurso do tempo, esta decisão foi paulatinamente questionada, mas nunca claramente reformada (*overruled*).

A importância do *estudo do princípio da proporcionalidade na Alemanha*, ao seu turno, deve-se ao fato de que, naquele país, este princípio ganhou o seu contorno atual, alçado que foi do direito administrativo ao direito constitucional. A partir da Segunda Guerra Mundial, o princípio foi sendo aplicado por meio de inúmeras decisões, reconhecendo-se que o legislador não deve se exceder na sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais.

Tornou-se célebre a frase de Jellinek, síntese da exigência de proporcionalidade: “não se abatem pardais disparando canhões”<sup>209</sup>.

Nesse diapasão, de acordo com lição de Suzana de Toledo Barros<sup>210</sup>, só se pode falar de um constitucionalismo na Alemanha, como movimento político-jurídico tendente a limitar os poderes do Estado e de garantir os direitos fundamentais, a partir da Constituição de Weimar, de 1919, cujo mérito maior foi o de por em relevo os direitos de segunda geração, ou seja, os direitos sociais.

O nacional-socialismo, contudo, transformou a Alemanha em uma comunidade racista e corrompeu a Constituição de Weimar, levando à ditadura do *Führer*, que legou ao povo alemão a dolorosa experiência da Segunda Guerra Mundial, mostrando que a positivação de um bem elaborado catálogo de direitos não é suficiente para amparar esses mesmos direitos.

Como sabido, foi no período pós-guerra que aquele país sofreu uma enorme transformação nas suas bases culturais, viabilizando uma nova Constituição – a Lei Fundamental de 23 de maio de 1949.

Segundo Jorge Miranda<sup>211</sup>, a nova carta política, ou Constituição de Bonn, promove especial relevo e atenção ao postulado da dignidade da pessoa humana, além de admitir, implícita ou explicitamente, que as diretrizes de direito natural limitam o poder do Estado. Esta opção político-valorativa, transformada em jurídica com a promulgação da nova Carta, equivaleria a algo já era esperado, sobretudo à sombra do passado recente do nacional-socialismo.

O *Tribunal Constitucional alemão* assimilou, em larga medida, a preocupação com os direitos fundamentais estampada na Lei Fundamental, reconhecendo a necessidade prática de controlar as restrições legais a esses direitos no que se refere aos três aspectos: *necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito*.

Com a decisão de 16 de março de 1971, sobre armazenagem de petróleo, foi definido o conteúdo do princípio, o qual passou a determinar que o meio a ser utilizado pelo legislador deveria ser não apenas adequado, mas também necessário ao alcance de um dado objetivo; o meio seria adequado quando permitisse a obtenção do resultado almejado, e necessário quando não houvesse outro meio igualmente eficaz e menos interferente em um direito fundamental à disposição do legislador<sup>212</sup>.

Consoante ensinamento de Gilmar Mendes<sup>213</sup>, tem-se que, no Direito Constitucional alemão, atribui-se ao princípio da proporcionalidade ou princípio da proibição de excesso o *status* de norma constitucional não-escrita, decorrente do modelo de Estado de Direito. Tratar-se-ia, fundamentalmente, da necessidade de aferir a compatibilidade entre meios e fins, tendo em vista a não ingerência desnecessária ou abusiva nos direitos fundamentais.

Conclui, nesse mesmo sentido, Suzana Barros<sup>214</sup>, ao afirmar que o princípio da proporcionalidade tem sido amplamente aplicado pela Corte Constitucional alemã, no controle às leis restritivas de direitos fundamentais. A partir deste uso constante, teria sido firmada a teoria de que a violação indevida ou abusiva às normas que veiculam direitos fundamentais acarretaria evidente inconstitucionalidade na construção legislativa.

### **3.6.3 Fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade**

A discussão doutrinária acerca do fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade subdivide-se em algumas correntes, de acordo com o fundamento particular encontrado (§2º do art. 5º da CF; devido processo legal – art. 5º, LIV, da CF; Estado de Direito) ou com a defesa de uma fundamentação *plural* para este constructo teórico ou máxima do Direito.

#### **3.6.3.1 Art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988**

O fundamento primeiro e imediato do princípio da proporcionalidade encontrar-se-ia, para uma parcela significativa da doutrina constitucional, consubstanciado no art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Também em

alguns dos incisos do art. 5º, encontram-se referências diretas ou indiretas à proporcionalidade.

Na lúcida observação de Paulo Bonavides<sup>215</sup>, o princípio da proporcionalidade estaria consagrado no §2º do art. 5º da Constituição, ainda que não houvesse sido formulado enquanto uma “norma jurídica global”. Este dispositivo constitucional abrangeria a parte *não-escrita* ou *não-expressa* dos direitos e garantias fundamentais cujo fundamento encontrasse respaldo na natureza do regime democrático, na essência indiscutível do Estado de Direito e nos princípios que dele decorrem, os quais conformam e harmonizam, em um todo coeso, o texto constitucional. Entre estes princípios basilares não-expressos estaria também a proporcionalidade.

Dentre os princípios dos quais se podem inferir o princípio da proporcionalidade, ressalta Paulo Bonavides, encontra-se a igualdade, com destaque para o que este autor convencionou chamar de *passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade*, a qual representaria uma característica inerente à fase do “Estado de Direito”<sup>216</sup>.

Também identifica, P. Bonavides, a alusão ao princípio da proporcionalidade ou a sua aplicação, em diversos pontos do texto constitucional, tais como: incisos V, X e XXV do art. 5º, sobre direitos e deveres individuais e coletivos; incisos IV, V e XXI do art. 7º, sobre direitos sociais; § 3º do art. 36, sobre intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal; inciso IX do art. 37, sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; § 4º, bem como alíneas *c* e *d* do inciso III, do art. 40, sobre aposentadoria de servidor público; inciso V do art. 40, sobre competência exclusiva do Congresso Nacional; inciso VIII do art. 71, da Seção que dispõe sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária; parágrafo único do art. 84, relativo à competência privativa do Presidente da República; incisos II e IX do art. 129, sobre funções constitucionais do Ministério Público; *caput* do art. 170, sobre princípios gerais da atividade econômica; *caput* e §§ 3º, 4º e 5º do art. 173, sobre exploração da atividade econômica pelo Estado; § 1º do art. 174 e inciso IV do art. 175, sobre prestação de serviços públicos.

Mas é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar o cidadão e toda a sociedade do arbítrio do poder, que o consagrado constitucionalista reconhece já implícito e, portanto, positivado no Direito Constitucional brasileiro, o princípio da proporcionalidade.

Humberto Ávila<sup>217</sup>, por sua vez, aduz que o postulado da proporcionalidade serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público; contudo, para que seja dotado de

aplicabilidade, seria necessária a existência de uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, ou seja, seria indispensável que houvesse um meio, um fim e uma relação de causalidade entre eles.

Como visto, portanto, apesar de Bonavides extrair o princípio da proporcionalidade do §2º do art. 5º, este mesmo autor também o encontra em diversas normas constitucionais, daí poder-se afirmar que a proporcionalidade apresenta, em verdade, um fundamento plural, conforme se verá a seguir.

### **3.6.3.2 *Devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88)***

Essa corrente acerca do fundamento constitucional da proporcionalidade é a majoritária no Brasil.

Em importante decisão do Supremo Tribunal Federal referente ao problema da *sedes materiae* do *princípio da proporcionalidade* na Constituição brasileira, discutido por ocasião do julgamento de mérito das ADINs nº. 966-4 e 958-3, em 11 de maio de 1994, nas quais se debateu a constitucionalidade do art. 5º, e seus parágrafos, da Lei nº. 8.713, de 30 de setembro de 1993, que estabeleceu normas para as eleições gerais de 03 de outubro de 1994, assim se manifestou o Ministro Moreira Alves: “A Constituição, em seu art. 5º, inciso LIV – e aqui se trata de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas – estabelece que: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisava dizer aquilo que é o óbvio, tendo em vista, inclusive o inciso II do art. 5º que diz: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Esse princípio constitucional que tem a sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade” (DJU 24.05.94 – Rel. Min. Marco Aurélio).

### 3.6.3.3 Estado de Direito (Tribunal Constitucional Federal Alemão)

Prevaleceu o entendimento, no Tribunal Constitucional alemão, de que o princípio da proporcionalidade *melhor se aloja e pode receber sua mais plausível e fundamental legitimação no próprio conceito de Estado de Direito*.

Sebástian Mello, em artigo intitulado “Proporcionalidade e Direito Penal”<sup>218</sup>, assevera que, no contexto de um Estado Democrático de Direito, não se poderia, jamais, prescindir da incorporação do princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal.

Tal assertiva justificar-se-ia na medida em que o Direito Penal, conforme, inclusive, já se referenciou *supra*, revela um intrínseco conflito entre liberdade individual e intervenção estatal (*ius puniendi versus ius libertatis*). Antes mesmo de figurar como limite ao poder punitivo do Estado, este ramo do Direito representa, em verdade, um instrumento de “vulneração” de direitos fundamentais.

Efetivamente, em um Estado que se compreenda como Democrático e de Direito, não há de se negar a existência e aplicação do princípio da proporcionalidade, sobretudo como meio de proteção e garantia dos direitos fundamentais.

### 3.6.3.4 Fundamento plural

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>219</sup>, o princípio da proporcionalidade encontra o seu fundamento constitucional nos: art. 5º, II (princípio da legalidade), art. 37 (disposições gerais da Administração Pública) e art. 84, IV (atribuição do Presidente da República de sancionar, promulgar e fazer publicar as leis), todos da Constituição Federal de 1988.

Suzana de Toledo Barros<sup>220</sup> também pode ser considerada adepta desta corrente pluralista, pois, apesar de relacionar o princípio da proporcionalidade ao Estado Democrático de Direito, do mesmo modo entende que a proporcionalidade é haurida da conjugação dos art. 1º, III (dignidade da pessoa humana); art. 3º, I (sociedade livre, justa e solidária); art. 5º, *caput* (isonomia), II (princípio da legalidade), XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional), LIV (devido processo legal) e §§ 1º e 2º; art.60, § 4º, IV (cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais), todos também da Carta Política de 1988.

No ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se referência expressa ao princípio da razoabilidade na Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 111, e aos princípios da

proporcionalidade e da razoabilidade na Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, Lei do Processo Administrativo.

A Constituição paulista prevê:

**Art. 111.** A Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, de qualquer dos Poderes do estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, **razoabilidade**, finalidade, motivação e interesse público. (grifo nosso).

A Lei nº. 9.784/99, em seu art. 2º, quando trata dos princípios da Administração Pública, declara explicitamente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, podendo-se concluir que adota critério distintivo entre os dois:

**Art. 2º** A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade**, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

No parágrafo único do mesmo art. 2º, dispõe-se expressamente sobre o subprincípio da adequação:

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] VI – **adequação entre meios e fins**, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. (grifo nosso).

Adiante, no seu art. 29, § 2º, refere-se aos outros elementos do princípio da proporcionalidade, quais sejam, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, ao estatuir a proibição do excesso e a relação menos onerosa entre custo e benefício: “os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes” (art. 29, § 2º).

Com a Emenda Constitucional nº. 45/2004, que trata da Reforma do Judiciário e que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição de 1988, garantindo a “duração razoável do processo”, tem-se uma referência também expressa à razoabilidade; *in verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

*Para se traduzir o que é duração razoável do processo, há de se valer o intérprete do princípio da proporcionalidade.* Assim, duração razoável será aquela que permita

atingirem-se os fins do processo (adequação), sem comprometer a ampla defesa (necessidade) e sem delongas inúteis (proporcionalidade em sentido estrito). No processo penal, a duração do processo pode ser considerada razoável se não for muito breve, a ponto de comprometer o pleno exercício da ampla defesa, e nem muito longa, de modo a levar à extinção da punibilidade pela prescrição.

### **3.6.4 A relação entre proporcionalidade e isonomia**

A importação e conseqüente estudo, desenvolvimento e sistematização do princípio da razoabilidade-proporcionalidade no direito brasileiro projetaram novas luzes sobre o tratamento doutrinário dispensado ao princípio da isonomia.

Historicamente subaproveitado, o basilar mandamento da igualdade tem sido tratado como um tema menor. Neste sentido, costuma-se afirmar que a isonomia traduz-se em igualdade na lei – ordem dirigida ao legislador – e perante a lei – ordem dirigida ao aplicador ou intérprete jurídico. Em seguida, é de praxe invocar-se a máxima aristotélica de que o aludido princípio consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade”.

Mas, como saber quem são os iguais e os desiguais e definir em que circunstâncias seria constitucionalmente legítimo o tratamento desigual?

O princípio genérico da igualdade vem capitulado, no direito constitucional positivo brasileiro, como direito individual – “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*, da CF/88) – e como objetivo fundamental da República – “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, CF).

Nada obstante, legislar consiste em discriminar situações. Aliás, a própria Constituição desequipara as pessoas com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional, nacionalidade, dentre outros.

Assim, ao contrário do que se poderia supor à vista da literalidade da matriz constitucional da isonomia, o princípio, em muitas de suas incidências, não apenas deixa de vedar o estabelecimento de desigualdades jurídicas, como, ao contrário, impõe o tratamento desigual.

Estabelecida a premissa de que é possível distinguir pessoas e situações para o fim de dar a elas tratamento jurídico diferenciado, é preciso determinar qual o critério aferidor capaz de identificar as hipóteses em que as desigualdades são juridicamente toleráveis.

Este é o espaço, mais uma vez, propício à aplicação/incorporação do princípio da razoabilidade. Vale dizer: o tratamento diferenciado, para ser válido, precisa passar no teste de razoabilidade interna e externa. É imperioso demonstrar que o tratamento desigual teve um fundamento razoável e destinou-se a realizar um fim legítimo.

A par disso, tem de haver racionalidade na desigualdade, ou seja: *adequação* entre meio e fim.

A desigualdade, ademais, terá de ser *necessária* para a realização do objetivo visado, vedado o excesso, isto é, o tratamento diferenciado além do que é imprescindível.

E, por fim, terá de haver *proporcionalidade em sentido estrito*. É imperativo que o valor promovido com a desigualdade seja mais relevante do que o que está sendo sacrificado.

Superado o teste de razoabilidade interna – adequação meio-fim, necessidade/vedação do excesso e proporcionalidade em sentido estrito, será preciso verificar se o tratamento desigual resiste ao exame de sua razoabilidade externa. Vale dizer: se o meio empregado e o fim visado são compatíveis com os valores constitucionais.

Luis Roberto Barroso<sup>221</sup> sintetiza as idéias desenvolvidas neste tópico da seguinte forma, ao esclarecer que o princípio da razoabilidade funciona como um *instrumento de controle da discriminação* tanto legislativa, quanto administrativa. Este princípio viabilizaria, portanto, a invalidação, operada no âmbito jurisdicional, dos atos legislativos ou administrativos quando estes: a) não apresentassem relação de adequação entre meio e fim; b) veiculassem medida que não fosse estritamente exigível ou necessária, sobretudo nas hipóteses de haver outro meio que permita alcançar o mesmo resultado e com menor potencial lesivo a um direito individual; c) não atendessem ao princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, quando aquilo que se perdesse em razão das medidas tomadas fosse mais significativo do que aquilo que se pretendesse ganhar.

### 3.6.5 Críticas gerais à proporcionalidade

A incidência do princípio da proporcionalidade ainda é bastante polêmica, sendo contestada, veementemente, por alguns autores.

Há determinada parcela da doutrina que aceita a aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo, como uma forma de limitar-se o poder de polícia, mas critica a sua transposição para o Direito Constitucional, porquanto, nesta seara, a posição do legislador encontrar-se-ia num espaço onde suas atribuições, de natureza formulativa, não se delimitariam nem se definiriam com a mesma precisão.

Ernst Forsthoff<sup>222</sup>, positivista ferrenho, é defensor dessa posição. Para este autor, a referida transladação do princípio da proporcionalidade implicaria em “mudança qualitativa”, ou “degradação da legislação”, ao situá-la abaixo das categorias do Direito Administrativo.

Outros temem o fortalecimento do princípio da proporcionalidade, ao ser alçado em princípio constitucional, por conta de um eventual e conseqüente aumento do poder dos juízes. Conforme preleciona Paulo Bonavides<sup>223</sup>, alguns mestres do Direito Processual Penal, a exemplo de E. Schmidt, dentre outros, manifestam-se contrários à “expansão” daquele princípio por recearem que venha a se converter numa “ditadura” dos juízes, os quais poderiam, com base no aludido postulado, tomar a decisão que desejassem, sem a imperiosa necessidade de uma fundamentação mais objetiva. Receiam, estes autores, o risco de que, com o princípio da proporcionalidade, venha a ser o Direito dissolvido na “justiça do caso particular”.

Existem, ainda, autores que advertem para o perigo de um excesso na aplicação dos princípios gerais do direito, fato que representaria uma ameaça à premissa da separação dos poderes. Nesse contexto, os princípios abertos do direito tornar-se-iam perigosos na medida em que transpusessem fronteiras, para além e renunciando aos seus respectivos conteúdos histórica e paulatinamente construídos.

Esta fluida transposição favoreceria “deslocamentos secretos” de poder – conforme ressalta P. Bonavides<sup>224</sup>, em síntese deste pensamento contrário à proporcionalidade – no âmbito da organização do Estado, a exemplo do que esporadicamente (ou não) ocorre entre juiz e legislador, legislador e administrador, ferindo a noção iluminista de separação dos poderes estatais.

Por fim, para concluir este primeiro bloco de críticas gerais à proporcionalidade, aponta-se para o suposto risco da ocorrência de um “nivelamento dos direitos fundamentais”, porquanto o princípio, ao ser aplicado, não se cinge a um direito específico, mas se estende à esfera conjunta dos direitos fundamentais sobre os quais atua, mediante a técnica da ponderação. O risco, então, residiria em alterar-se, de uma parte, o sistema de garantia desses direitos, e de outra parte, as respectivas reservas legais de limitação.

De todos os riscos apontados, portanto, o que mais causa preocupação é o do potencial “nivelamento dos direitos fundamentais”.

A aplicação do princípio da proporcionalidade leva, de fato, à necessidade de relativizar-se o caráter absoluto de um determinado direito fundamental em face de outro, igualmente relevante. Todavia, como visto no início deste capítulo, o confronto e a conciliação dos direitos e liberdades deve ocorrer no sentido de preservar o *maior grau de satisfação possível* de ambos os princípios envolvidos no caso concreto, levando-se em consideração, ainda, as diretrizes da garantia do núcleo essencial de cada um deles e da concordância prática (cedência recíproca, protagonizada tanto por um, quanto por outro, evidentemente).

O parâmetro da proporcionalidade deve, com efeito, ser utilizado para evitar uma indevida intromissão do Estado em posições protegidas e não, em sentido oposto, para justificar arbitrariedades.

Quanto às críticas relacionadas à trasladação do princípio em análise do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, por sua vez, estas não podem ser consideradas procedentes. Tal elevação do princípio da proporcionalidade já aconteceu com outros princípios e demonstra o reconhecimento da sua importância, conferindo-lhe mais força normativo-eficaz.

O autor do presente trabalho já teve oportunidade de ressaltar que a atual Constituição Federal brasileira erigiu a motivação das decisões judiciais à condição de uma garantia constitucional, de modo que o juiz deve demonstrar de forma clara, sobretudo quando se vale do princípio da proporcionalidade, o caminho que percorreu para chegar à decisão no caso concreto.<sup>225</sup>

Com efeito, nas Disposições Gerais (Seção I) atinentes ao Poder Judiciário (Capítulo III), do Título IV, (da Organização dos Poderes), foi consagrada como autêntica garantia, no inc. IX, do art. 93, da Constituição de 1988, *verbis*:

Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:  
IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a Lei se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a eles;(grifou-se).

As críticas ao uso exacerbado da proporcionalidade também em alguma medida devem ser consideradas e examinadas, para se evitar o eventual comprometimento do *equilíbrio* entre os poderes.

O autor do presente estudo, no seu trabalho supra mencionado, citando a famosa obra, *O Espírito das Leis*, do mestre francês Montesquieu, na qual se consubstanciou a clássica teoria da tripartição dos poderes, já advertira que somente haveria liberdade se o poder de julgar estivesse separado do Poder Legislativo e do Executivo. Nas palavras de Montesquieu, “*se o juiz fosse legislador, o seu poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, e, se fosse autoridade executiva, teria força de um déspota*”. A influência de sua teoria repercutiu em todo o mundo de forma inequívoca, a partir da Revolução Francesa, quando tornou-se realidade, inaugurando o que se intitula “Estado de Direito”, ou, na sugestiva expressão de Bruggemann, “*Estado que se justifica*”.<sup>226</sup>

Por isso o princípio estudado deve ser utilizado com *prudência*, nos casos em que se revelem evidente o abuso ou arbítrio do administrador ou do legislador e não se encontrem soluções adequadas, justas, equânimes, sem o recurso à aplicação da proporcionalidade.

O que não se pode aceitar é o temor de se permitir que os juízes decidam comprometidos com valores constitucionais, num Estado que se proclama Democrático e de Direito, a ponto de se transformar, por excessivo apego ao texto legal, nas palavras de Suzana de Toledo Barros<sup>227</sup>, “*injustiça arbitrária*” em “*justiça sob a forma da lei*”.

### **3.6.6 Críticas específicas mais recorrentes à proporcionalidade**

É também Suzana de Toledo Barros<sup>228</sup> – ao tratar dos setores da doutrina que recusam a adoção e conseqüente aplicação do princípio da proporcionalidade na esfera constitucional –, que sintetiza, de forma contundente e precisa, as críticas mais recorrentes e substanciais a este princípio geral do Direito. Afirma a autora que os principais argumentos repousam nas seguintes objeções:

- a) De um lado, o constante recurso à proporcionalidade poderia ocasionar uma excessiva intervenção do Judiciário na esfera reservada ao Poder Legislativo. Isto é, o *juiz* poderia vir a assumir o papel político consagrado ao legislador, a quem caberia, precipuamente, a tutela e a disciplina jurídico-normativa dos direitos fundamentais, de forma mais incisiva e originariamente legitimada.

O impasse, de acordo com este entendimento, residiria em incorporar-se na seara constitucional uma discussão antiga e própria ao Direito Administrativo, qual seja: os limites da *discrecionariade*.

Nesse sentido, a utilização da proporcionalidade ensejaria, na jurisdição constitucional, uma excessiva e abrangente margem de atuação por parte do juiz, o qual se poderia valer, segundo defendem determinados autores, de argumentos similares ao que Ronald Dworkin<sup>229</sup> identifica como sendo *argumentos de política* (considerações próprias do legislador e não do órgão julgador).

A essa crítica já se respondeu *supra*, quando foram evidenciados os questionamentos que o filósofo alemão Jürgen Habermas<sup>230</sup> dirige à proporcionalidade de matriz alexyana.

Em sua teoria do *constitucionalismo discursivo*, sobretudo no que tange à legitimidade discursivo-argumentativa da Corte Constitucional (no caso do Brasil, trata-se da legitimidade do Supremo Tribunal Federal), e ao descrever as indissociáveis e sucessivas *etapas de aplicação da proporcionalidade* (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), Robert Alexy<sup>231</sup> demonstra que o recurso a este princípio ou máxima exige uma exaustiva fundamentação por parte do órgão julgador, a fim de que encontre a resposta correta e adequada ao caso concreto submetido à sua apreciação.

Com efeito, ao contrário do que afirma uma parcela da doutrina constitucional e da Teoria Geral do Direito, a proporcionalidade destina-se a evitar a ampla margem de discricionariade do juiz, e não a estimulá-la.

b) Por outro lado, a noção de *justiça material*, consubstanciada na preocupação e eventual primazia da decisão tida como *justa* ao caso concreto – principalmente quando intimamente relacionada à aplicação que se tem feito do princípio da proporcionalidade por parte dos Tribunais brasileiros, dentre outros –, conduziria a um demasiado *relativismo da aplicação da lei*. Esta relativização, ao seu turno, implicaria em grave ameaça ao princípio da segurança jurídica (e, para alguns, também à isonomia).

O que se questiona no âmbito desta última crítica diz respeito ao fato de a relativização dos direitos fundamentais, quando estes colidem entre si e em virtude do necessário sopesamento/cedência recíproca, ter potencial para afetar o próprio sistema de

garantia de aplicação das normas jurídicas, ferindo, portanto, a segurança jurídica, ao interferir nas expectativas de aplicação destas normas constitucionais.

Os direitos e garantias fundamentais, tendo em vista a maior realização possível do direito/garantia/princípio oposto no contexto da colisão, acabariam deixando, em determinados momentos, de ser aplicados integralmente, quando tal medida (mitigação) se fizesse adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Vale ressaltar, embora aqui não se dê razão a presente crítica, que, ao argumento da prelazia da justiça material, o princípio da proporcionalidade tem sido utilizado de forma indevida, sem atender à imprescindível salvaguarda do núcleo mínimo, essencial, dos direitos e garantias fundamentais – estes representam o próprio *limite de intervenção em outras* normas constitucionais fundamentais.

Esta abusiva utilização é que poderia dar lugar aos argumentos relacionados à crítica ora em exame.

Dessa forma, o que se defende neste trabalho é que a proporcionalidade não pode ser utilizada por critérios de conveniência em termos de política criminal (conforme se verificará nos capítulos seguintes), ao alvedrio de circunstâncias contingenciais, mas como mecanismo de solução de conflitos entre direitos fundamentais, sempre tendo em vista que ambos os direitos colidentes tratam-se de *mandamentos de otimização* (devendo realizar-se, por conseguinte, na maior medida possível).

### **3.6.7 Proporcionalidade, Segurança Jurídica e Discrecionalidade<sup>232</sup>**

Estas duas críticas principais supra-aludidas, sobretudo a segunda, dada a sua relevância, merecem um tópico específico sobre o tema.

#### **3.6.7.1 A necessidade humana de segurança jurídica**

O homem, ser *racional* que é, transcende a esfera do mero agir por impulsos, estando apto a dirigir as suas condutas à consecução de determinados fins ou à conformação a determinados padrões que o possibilitem viver em sociedade. Afinal, o homem é, por sua natureza e condição, um “animal social” (ARISTÓTELES).

Ciente da sua condição, portanto, o homem, também um ser de *necessidades*, procurou, ao longo de sua existência histórica, formas de garantir a salvaguarda destas

necessidades de modo estável e perene – *racional* –, o que por si só já remete a uma idéia geral de busca por *segurança*. O Estado, definido por uma de suas facetas fundamentais, é um fruto desta busca, sendo um agente estabilizador deste *viver em sociedade* e da busca por um equilíbrio e estabilidade na *satisfação das necessidades humanas*.

Nesse contexto, o *Direito* representa uma criação humana, voltada, sem prejuízo de outras possíveis compreensões/interpretações quanto ao seu objeto central, à conformação de condutas e à regulação social, sendo esta conformação/regulação contextualizada também sócio-histórico-culturalmente.

A capacidade racional do ser humano expressa em termos de consciência, controle e aptidão para dirigir as suas condutas à consecução de determinados fins ou padrões sociais (convenções sociais gerais, morais ou jurídicas), e a função normativo-prescritiva do Estado, conjugada com o seu *jus puniendi*, permitem uma considerável estabilidade nas relações sociais, na vida em sociedade, uma vez que as ações e as suas respectivas conseqüências se tornam relativamente previsíveis, passando a prevalecer uma sensação geral de segurança (ainda considerada no sentido abstrato de “estabilidade”).

J. J. Gomes Canotilho<sup>233</sup> afirma que o homem necessita e busca por segurança no intuito de *conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida*. Somente assim, afirma Pedro Caymmi<sup>234</sup> poderá contar com a paz e o clima de confiança aptos a conferir-lhe condições psicológicas para desenvolver-se e realizar as suas atividades.

Embora a própria idéia de Estado já represente uma alusão à preocupação do homem em estatuir um órgão central de poder que regulamente, discipline e equilibre a existência e o convívio em sociedade (ressalvada, aqui, a discussão acerca das comunidades primitivas que se ordenaram prescindindo da figura do ente estatal), nem todos os modelos de Estado foram implementados de modo a garantir e promover uma atuação em conformidade com o ideário de segurança e previsibilidade.

Dessa forma, o modelo de Estado que melhor se coaduna com as expectativas de estabilidade, confiança e, conseqüentemente, segurança, é o *Estado “de Direito”*, em que os poderes estatais encontram limites muito claros e possibilidades de controle na *constituição* e na *lei* (sobretudo quando se trata de normas emitidas com a legitimidade e fundamento de um modelo político democrático).

Este modelo limita o agir estatal *salvaguardando as liberdades, direitos e garantias do indivíduo* e, sendo este limite claro, acrescenta-se um “algo a mais” à previsibilidade por todos, em regra, almejada: não só será possível ao indivíduo, que vive em uma sociedade

organizada, prever com relativa certeza e segurança as condutas de seus semelhantes e as obrigações/deveres que dele se espera, mas também as condutas e respostas do Estado garantidor.

Eis reafirmado, em linhas gerais, o princípio da confiança (nas relações sociais e respostas estatais) e da segurança, esta agora elevada à categoria de “jurídica” (salvaguardada pelo Direito) – *segurança jurídica*.

Não obstante, Pedro Caymmi ressalva que, embora haja uma estreita e praticamente direta correlação entre o “valor” segurança jurídica e o modelo de “Estado de Direito”, a configuração deste modelo estatal, por si só, não garante a segurança jurídica de forma plena<sup>235</sup>.

O limite à atuação do Estado pelo Direito, mediante o estabelecimento de competências bem delimitadas e a salvaguarda de direitos e garantias ao indivíduo, pura e simplesmente constatados, garantem a segurança jurídica sob o seu viés *formal*, no sentido de que é possível prever, no texto da lei, tais limites, direitos e obrigações. Contudo, resta ainda a segurança jurídica *material*, conteudística.

O *princípio da segurança jurídica*, por fim, que surge de uma necessidade humana primordial, não pode vir a calar outras necessidades se não mais, ao menos tão importantes quanto a segurança, como a necessidade de *Justiça* (aqui considerada, quando em sentido estrito, como aquela Justiça que representa a aplicação do Direito conforme os direitos e garantias fundamentais, levando-se em conta a compreensão do ordenamento jurídico como um todo, coeso e uniforme, bem como os parâmetros e diretrizes constitucionais, além dos princípios que o regem). Este princípio necessita ser concebido e aplicado de forma compatível com outras razões igualmente essenciais.

### **3.6.7.2 *Segurança versus Justiça***

Uma das discussões mais polêmicas e acirradas na seara jurídica como um todo e no contexto da adoção/aplicação da proporcionalidade, em específico, corresponde, justamente, à aparente dicotomia entre, de um lado, vetores e atributos como *segurança*, *certeza*, *previsibilidade* e *estabilidade*, e, de outro, a *justiça material*, considerada de forma contextualizada (sócio-histórico-culturalmente), flexível e atual, nos moldes supramencionados.

Com efeito, para uma boa parte da doutrina (sobretudo ligada à Teoria Geral do Direito, ao Direito Constitucional e Tributário), a segurança jurídica corresponde à necessidade de “fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos de poder”, como afirma J. J. G. Canotilho<sup>236</sup>.

Para além de prevê-la, em termos abstratos e idealísticos, o Direito necessita dotar-se de instrumentos e mecanismos que a assegurem efetivamente, o que repercutirá em diversas frentes, com destaque para a estabilidade das relações jurídicas, a previsibilidade das conseqüências imputadas pelas normas jurídicas aos comportamentos e a garantia jurisdicional da preservação desta segurança, relativizada apenas em face de *razões igualmente fundamentais*, garantindo, ao final, a “proteção da confiança” do indivíduo na ação estatal.

Recaséns Siches<sup>237</sup> faz brilhante defesa deste princípio, contudo já prevendo a necessidade de compatibilizá-lo e adequá-lo às circunstâncias e anseios dos novos tempos (dinamicidade) e diferentes povos (pluralidade), afirma que o Direito não estará justificado senão na medida em que sirva a determinados valores (a exemplo da justiça), não obstante seja verdade, também, que o Direito não surge primeiramente como mero atributo destes citados valores supremos, mas sim do impulso e da urgência de segurança.

O Direito não surgiria, nem seria criado pelo homem, em razão, prioritariamente, de um desejo de prestar homenagem ao ideal de justiça, mas destinado a aplacar a necessidade de segurança, estabilidade e certeza na vida social. Direito é segurança, mas segurança relativa àquilo que, para uma determinada sociedade, em um dado momento histórico, seria importante, *fundamentalmente*, garantir e assegurar, sobretudo quanto aos fins a que o Estado se destina a cumprir (e que estariam consubstanciados, por exemplo, em sua Carta fundadora, na Constituição Federal).

O conteúdo do Direito poderá, então, variar de acordo com os povos e o tempo, no decurso da história, embora sempre represente, seja qual for o seu conteúdo, as funções de segurança, ordem certa e eficaz.

Como garantir, então, a previsibilidade das conseqüências jurídicas atribuídas pelo ordenamento jurídico aos atos e condutas humanas se tais podem variar de acordo com o caso concreto? O fato de as peculiaridades de um caso – passíveis de ensejar a incidência de princípios gerais do Direito, que, por sua vez, podem vir a mitigar a aplicação de uma regra ou de outros princípios – provocarem tais variações representa ausência de certeza e segurança na esfera jurídica?

É para discutir estas questões que se abre espaço no presente tópico, sobretudo para demonstrar, conforme se verá a seguir, que segurança e justiça não são valores/diretrizes incompatíveis, inconciliáveis, e para evidenciar de que forma ambos podem coexistir sem gerar insegurança jurídica ou arbitrariedades, frutos de relativismos valorativos ou casuísmos.

De início, expõe-se o pensamento de Pedro Caymmi, que bem delineou a questão ao indicar que os valores da segurança e da justiça, no plano jurídico, correspondentes à necessidade de obter-se, em cada caso, tanto a salvaguarda da segurança jurídica, quanto o alcance de uma decisão racionalmente justificável e aceitável (justa e eficaz) – capaz de legitimar-se perante as expectativas sociais – encontram-se, em um primeiro momento, em estado de permanente antagonismo<sup>238</sup>.

Este conflito inicial representaria “*a tensão dinâmica fundamental sobre a qual se equilibram todas as demais questões jurídicas*”. Tratar-se-ia, em verdade, de uma *tensão dialética*, reconstruída e ressignificada a cada decisão, a cada momento de materialização dos valores segurança e justiça no plano da densificação normativa empregada pelo judiciário.

Ou seja, a *Justiça*, ao ser compreendida em termos de equidade (a “*aequitas*” do Direito Romano), perquirida para além dos estritos limites legais e muitas vezes associada à idéia de “justiça do caso concreto”, porque contextualizada, como já se afirmou, é valor se não mais, ao menos tão importante e passível de observância quanto o valor segurança, embora jamais, frise-se, de forma aleatória e arbitrária.

Antonio dos Santos Justo, jurista português que discorre sobre o Direito Romano em tratados próprios, auxilia no delineamento do perfil da *aequitas romana*<sup>239</sup>, que muito se assemelha à idéia de justiça material que se utiliza hoje, embora, certamente, com algumas divergências quando se considera a Justiça já sob a ótica e parâmetros do Direito e não apenas da Moral<sup>240</sup>.

À *aequitas romana*, assevera Santos Justo, coube o desempenho de várias funções: suavizar o rigor da lei e humanizar o direito; adequar a norma geral e abstrata ao caso *sub iudice*; afastar soluções absurdas, etc.

No entanto, ressalta Pedro Caymmi, uma justiça estritamente ideal, que não venha acompanhada de segurança, seria “vazia de eficácia” e, por isso, ficaria adstrita à esfera das (boas) intenções. Em contrapartida, falar-se em segurança, também, sem o correlato valor de justiça corresponderia a uma situação meramente impositiva, coativa; equivaleria ao mero emprego do poder simbólico do Direito e da força coercitiva do Estado<sup>241</sup>.

O ideal, portanto, é sempre compatibilizar ambos os valores, substituindo a tensão pela idéia de conciliação e interpenetração entre segurança e justiça, encarando-se esta mesma tensão como *dialética*.

### 3.6.7.2.1 *Variação jurisprudencial, controle da fundamentação das decisões judiciais, proporcionalidade e teoria do discurso: a retomada da máxima da proporcionalidade alexyana e do constitucionalismo discursivo de Robert Alexy*

É possível discutir-se o princípio da segurança jurídica sob as suas mais variadas facetas, inclusive no contexto de alguns institutos do Direito que visam a alcançar e garantir a efetiva *segurança*, sobretudo no plano jurisprudencial (a fim de evitar, principalmente, variações constantes e injustificadas), tais como as súmulas vinculantes, a coisa julgada e o incidente de uniformização de jurisprudência.

Os debates travados acerca destes institutos analisam o tema da segurança jurídica sob um viés mais pragmático, objetivo, e trazem as reflexões realizadas nesse contexto para a esfera dogmática do Direito (ainda que, vez por outra, tais reflexões impliquem em incursões no plano da teoria geral e da filosofia do Direito).

Sem o intuito de desconsiderar as contribuições práticas, em termos de avanços concretos, observáveis de forma mais imediata e visível, destas discussões supramencionadas, hodiernamente, o debate acerca da segurança no Direito tem se dado de forma extremamente rica, terreno fértil para a proliferação de novas idéias e teses, no âmbito da *teoria da decisão*, que se insere, por sua vez, nas esferas da teoria geral, filosofia e hermenêutica jurídicas.

Com efeito, o que se discorrerá a seguir, ainda que de modo breve, se enquadra justamente neste plano de discussões.

Muito já se afirmou, ao longo deste trabalho, acerca da presença de *valores* no ordenamento jurídico e de *princípios*, como razões que guiam, também a conformá-lo. Não obstante, não se pode olvidar, aqui, que o recurso à valoração e principiologia, sobretudo no âmbito da necessária fundamentação das decisões judiciais, se não suscetível a determinados parâmetros ou crivos hermenêuticos, pode levar a um subjetivismo exacerbado e a uma ampla margem de discricionariedade, passível de abalar de forma significativa e incomensurável a segurança e a certeza no Direito.

Destaca-se, também, de antemão – conforme já se aludiu de modo pulverizado ao longo deste capítulo –, que é justamente a *fundamentação das decisões judiciais*, como

*garantia constitucional*<sup>242</sup>, que permite o controle público das decisões, sendo que, quando submetidas a um critério específico (de modo a viabilizar o Direito como *Integridade*, no sentido de Ronald Dworkin<sup>243</sup>), asseguram a não-variação desarrazoada da jurisprudência e, conseqüentemente, geram um ambiente favorável à estabilidade, certeza e segurança (sem prescindir, também, da *justiça* em sua acepção material e processual).

É nesse contexto que exsurge a *máxima da proporcionalidade* de Robert Alexy<sup>244</sup>, no contexto do seu *constitucionalismo discursivo*, para viabilizar uma proposta de racionalização discursiva da presença de valores e princípios no Direito e nas decisões judiciais, e, assim, possibilitar um método capaz de justificar, fundamentar, tais decisões, sobretudo em face da colisão entre direitos fundamentais.

Robert Alexy, conforme já se esclareceu *supra*, opera com um conceito *não-positivista de Direito*, o qual veicula uma proposta de união indispensável entre Direito e Moral, como resultado da aproximação entre a *dimensão real e fática* e uma *dimensão ideal ou discursiva do Direito*. A dimensão ideal ou discursiva relaciona-se, por sua vez, diretamente com uma *pretensão de correção*, que tem por elemento central o ideal, o valor, da *justiça*. É justamente esta pretensão que justifica a aproximação entre ordem jurídica e ordem moral.

A pretensão de correção abarca, ainda, uma correspondente *pretensão de fundamentabilidade*<sup>245</sup>, consubstanciada, a princípio, numa *teoria da correção prática*, voltada para uma *racionalidade discursiva*<sup>246</sup> capaz de verificar os limites e possibilidades do discurso jurídico, em termos de fundamentação e argumentação racionais.

A Constituição Federal passa ser encarada como uma ordenação de valores supremos, materializados em direitos e garantias fundamentais, que funcionam como vetores para todo o ordenamento jurídico. A conformidade com estas diretrizes primordiais, como correção prática, será, então, averiguada pelo Supremo Tribunal Federal (guardião e intérprete prioritários da Carta Magna), que, tendo em vista a pretensão de correção, fundada no valor justiça e manifestada discursivamente, encontrará legitimidade na *representação argumentativa* do povo brasileiro (enquanto *pessoas constitucionais e racionais*<sup>247</sup>) justamente para exercer este controle, esta averiguação.

Eis as premissas centrais do constitucionalismo discursivo de Robert Alexy, retomando-se o que já se discutiu em tópico específico.

Expostas, em linhas gerais, as presentes diretrizes, resta tratar-se da máxima da proporcionalidade alexyana, inserida nesse contexto, como *proposta de racionalização e controle da fundamentação das decisões judiciais*.

O princípio (ou máxima) da proporcionalidade, concebido nos moldes propostos por Robert Alexy aplica-se, sobretudo, ao conflito entre direitos fundamentais, na medida em que estes são considerados como *mandamentos de otimização*, isto é, como *normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas*. Este princípio decompõe-se em três sub-princípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; todos os três expressam a idéia de otimização, e envolve todo um conjunto de etapas a serem seguidas no momento da fundamentação que levará à decisão judicial (tal qual se explicou, de forma mais detida, *supra*).

Diante de tudo o quanto se acaba de afirmar, a difícil solução dos casos (*hard cases*) em que há conflito entre direitos fundamentais, muitas vezes sujeitos ao alvedrio dos órgãos julgadores, se torna algo passível de fundamentação racional e argumentativa, não prescindindo da pretensão de correção, exarada em termos de correção prática, procedimental e argumentativa, portanto racional e passível de controle – insuscetível de variações injustificadas.

A proporcionalidade, princípio que traz atrelado a si uma técnica capaz de permitir a racionalização da presença de valores no ordenamento jurídico, materializados, em sua grande maioria em direitos e garantias constitucionais, *representa o verdadeiro ponto de equilíbrio entre o postulado da segurança jurídica e o constante anseio por justiça* (formal ou material, mas, sobretudo, quanto a esta última), sem que se recaia em amplas margens de discricionariedade.

É em virtude destas questões que o órgão julgador deve observar a aplicação deste princípio de forma correta (reafirmando a pretensão de correção), tendo sempre como limite às suas ações, evidentemente, a necessária e imprescindível salvaguarda do núcleo mínimo, essencial, dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo daqueles que protegem o indivíduo contra o arbítrio e o punitivismo estatal.

A idéia de Estado Democrático de Direito, que encontra o seu fundamento no art. 1º da Constituição Federal, para Luís Roberto Barroso<sup>248</sup>, seria a síntese histórica de dois conceitos: os de *constitucionalismo* e *democracia*. *Constitucionalismo* corresponderia à

necessária limitação do poder estatal e à supremacia da lei, enquanto *democracia*, por sua vez, traduzir-se-ia em soberania popular e governo da maioria.

Entre estas duas noções poderiam surgir, eventualmente, pontos de tensão, afinal, a vontade da maioria poderia ter de ser frustrada em face da salvaguarda de determinados conteúdos mínimos da Constituição. Caberia, então, à jurisdição constitucional realizar esse controle e assegurar que a deliberação majoritária atenda sempre ao procedimento previsto na Carta Magna, não afetando, contudo, os “consensos mínimos” já estabelecidos<sup>249</sup>.

No âmbito desta tensão entre constitucionalismo e democracia, surgem duas correntes antagônicas, que podem ser identificadas a partir da interpretação que conferem ao papel das Cortes Constitucionais.

Para os *procedimentalistas*, caberia à jurisdição constitucional apenas a função de tutelar as “condições procedimentais da democracia”, exigindo, através de um rigoroso controle formal de constitucionalidade, que a atividade legislativa se dê nos estritos moldes previstos na Constituição Federal (processo político-deliberativo-legislativo). Não importa o conteúdo das leis editadas, mas apenas que tenham seguido o procedimento previsto, sobretudo mediante o livre protagonismo daqueles que detêm legitimidade democrática para tanto.

Os *substancialistas*, ao seu turno, preocupam-se com a observância e tutela dos valores presentes no texto constitucional, identificando na Corte Suprema o papel de salvaguardá-los mediante a efetivação de um controle de constitucionalidade não apenas formal, mas, sobretudo, material. Devem ser barradas, portanto, as deliberações políticas, legislativas, que violem direitos e garantias fundamentais.

Em um ambiente de democracia deliberativa, assevera Barroso, a Constituição não pode prescindir – e juízes e tribunais devem implementar – *direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade*<sup>250</sup>.

A aparente tensão entre constitucionalismo e democracia e a conseqüente divisão entre procedimentalistas e substancialistas, por fim, consubstanciam inúmeras das críticas dirigidas à proporcionalidade de matriz alexyana, na medida em que esta representa a preocupação com uma *pretensão de correção no Direito* e de indissociabilidade entre Direito e Moral.

Não obstante, conforme a própria história já demonstrou, infelizmente, as regras formais de procedimento não são suficientes para atender aos anseios de uma sociedade que se pretende democrática e plural, sob pena de torna-se uma verdadeira *ditadura da maioria*.

É preciso que haja uma Corte Constitucional a tutelar, sempre, determinados conteúdos imprescindíveis e irrenunciáveis da Constituição, a fim de que não se submetam, conforme já mencionado, conquistas históricas ao alvedrio de circunstâncias contingenciais, emergenciais, que costumam trazer consigo uma forte propensão a decisões imediatistas, irrefletidas, inconseqüentes e perigosas.

Isso não justifica, entretanto, a atuação arbitrária e discricionária desta mesma Corte, jamais. Para evitar este risco é que se defende a correta utilização da proporcionalidade e dos seus subprincípios, como pedra de toque entre *segurança e justiça*.

#### 4 MANIFESTAÇÕES DO PROCESSO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

Destacou-se, nos capítulos anteriores, a importância do processo penal como instrumento de materialização dos direitos e garantias fundamentais consubstanciados na Constituição, procedendo-se, em seguida, a análise da máxima da proporcionalidade no contexto alexiano da teoria constitucional e dos direitos fundamentais e do constitucionalismo discursivo, no sentido de salvaguardar tais direitos frente ao poder punitivo estatal (punitivismo), em face do *emergencialismo*, da *legislação álibi* e do *direito penal simbólico*.

Neste capítulo, pretende-se, numa abordagem da legislação infraconstitucional, eminentemente demonstrativa, desvelar a existência de normas notadamente processuais penais que representam manifestações do denominado processo penal do inimigo no Brasil, bem como e, o que é mais grave, a contaminação do processo penal do cidadão, num expansionismo desenfreado e acrítico.

Apesar da atual Constituição Federal ter sido promulgada no ano de 1988 (05/10/88), após longo período de repressão, “*para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade...*”, consoante contigo no seu preâmbulo, pouco tempo depois, assistiu-se em matéria penal a “*virada dos anos 90*”, quando, para combater o aumento da criminalidade mais grave, sobretudo nos grandes centros urbanos, foram editadas leis penais com endurecimento das penas, supressões de garantias processuais, em flagrante oposição ao espírito democrático da nova Constituição cidadã.

Tal fenômeno ocorreu com o ressurgimento do punitivismo penal, sob forte influência da mídia que, alardeando a criminalidade, exigia uma resposta estatal pronta, imediata e eficaz. E a que estava mais ao alcance, a mais barata, foi a criação de uma legislação penal do terror, com enorme carga simbólica, transmitindo a falsa sensação de que o Estado estava reagindo, com a ingênua promessa de que, através dessa legislação, se iria eliminar a fonte de perigo, com a inocuização do “*inimigo*”.

Dentre as diversas leis promulgadas naquele período, sem dúvida alguma, a mais emblemática foi a “Lei de Crimes hediondos”, Lei 8.072, de 26 de julho de 1990.

#### 4. 1 LEI DE CRIMES HEDIONDOS

Não obstante o inegável caráter democrático da Carta Magna de 1988, nos pontos em que os Constituintes não chegavam a um consenso transferiam para a lei a tarefa de regulamentar a matéria. Assim, também ocorreu em alguns dos setenta e sete incisos do seu art. 5º, encartado no Título II “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”, no Capítulo I – “*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*”, considerado uma verdadeira Carta da Liberdade.

Depreende-se da leitura daqueles incisos que o valor supremo que a Constituição visa a resguardar é o Homem, como ser individual e único, tutelando a liberdade, como o bem maior à realização dos ideais e anseios da pessoa humana.

Contudo, como produto do entrelaço das diversas correntes que elaboraram a Constituição, encontra-se o inciso XLIII, suprimindo garantias para alguns tipos de crimes e outros que a lei iria definir como hediondos, *verbis*:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Doutro lado, com a eclosão, no início de 1990, de crimes de extorsão mediante seqüestro, com ampla e sensacionalista cobertura pela mídia, com destaque para o seqüestro do empresário do “Rock in Rio”, Roberto Medina, foi aprovada pelo Congresso Nacional, rapidamente, num clima emocional, a Lei de Crimes Hediondos, conhecida também como “Lei Anti-seqüestro”.

Ali se identificou claramente o “inimigo” das classes abastadas, que precisava ser duramente combatido, segregado, com a vã esperança de que assim secaria a fonte de perigo e risco para as camadas mais altas da sociedade.

Quando da tramitação do Projeto de Lei Substitutivo (Projeto 5.405/90), o Deputado Plínio de Arruda Sampaio admitiu aprovar de imediato o projeto, desde quando ele se limitasse apenas ao crime de extorsão mediante seqüestro, estabelecendo reveladora discussão entre as lideranças partidárias, tendo o líder do PSDB, Deputado Euclides Scalco, manifestado a preocupação de que, existindo outros crimes igualmente graves, como o latrocínio, o estupro com lesão corporal, ou seguido de morte, “*como o Congresso Nacional,*

*de repente, vota uma lei somente relativa à extorsão mediante seqüestro, se ela importará apenas em proteção à camada mais rica da população?*<sup>251</sup>

Daí surgiu um acordo entre os líderes de todos os partidos no sentido de que fariam uma legislação mais ampla, que cotejasse os crimes hediondos, e não apenas a extorsão mediante seqüestro.

O legislador, então, ao invés de fixar um conceito de hediondez, optou por selecionar alguns tipos penais, colocando neles a etiqueta de “hediondo”, reduzindo e simplificando o trabalho de interpretação do julgador.

Dessa forma, foi promulgada a Lei 8072/1990 considerando como hediondos, os crimes, consumados ou tentados, elencados no seu art. 1º, a saber:

- a) Latrocínio (art. 157, §3.º, *in fine*);
- b) Extorsão qualificada pela morte (art. 158, §2.º);
- c) Extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º);
- d) Estupro (art. 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);
- e) Atentado Violento ao Pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223 *caput*, § único);
- f) Epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.º);
- g) Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificada pela morte (art. 270 combinado com o art. 285), todos do Código Penal;
- h) Genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2.889, 01/10/56).

Observe-se que, neste seu trabalho, o legislador limitou-se praticamente a acrescentar no rol de crimes hediondos aqueles que já constavam na relação da Lei de Prisão Temporária, aprovada no final de 1989 (Lei nº 7.960, de 21/12/89), sobre a qual irá se falar em tópico subsequente.

#### **4.1.1 Normas características do Direito Processual Penal do Inimigo**

A Lei de Crimes Hediondos trouxe normas características do Direito Penal do Inimigo de Jakobs: a) aumento desproporcional das penas; b) supressões de garantias processuais e de benefícios concedidos pela Lei de Execução Penal.

No seu artigo 2º, tornou aqueles crimes insuscetíveis de “*graça, anistia e indulto; fiança e liberdade provisória*”, indo além do autorizado pelo Inc. XLIII da Constituição que,

como norma que indica a forma de produção de outras normas, disse tão somente que “*a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia*”...

Com efeito, tratando-se de exceção que a Constituição faz a si mesma, por conseguinte, não era dado ao legislador ordinário ampliar e estender uma exceção constitucional, sabido que, pela mais elementar regra de hermenêutica, as exceções devem ser interpretadas estritamente.

Destarte, não podia o legislador tornar os crimes hediondos insuscetíveis também de indulto, nem muito menos proibir a concessão de liberdade provisória sem fiança, por falta de previsão e, conseqüente, autorização constitucional.

Convém ter presente que a liberdade provisória é benefício legal previsto no art. 310, § único, do Código de Processo Penal, a que tem direito o agente, quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que ele praticou o fato nas condições do art. 23, incisos I, II e III, do Código Penal, ou quando verificar a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

Dessa maneira, o que se pretendeu foi a “inocuidade do inimigo”, quando preso em flagrante por algum daqueles crimes, de modo a permanecer trancafiado durante todo o desenrolar do processo, sem se levar em conta os aspectos subjetivos, ainda que fosse primário, com profissão definida, residência fixa e bons antecedentes.

Estivesse solto, o juiz não poderia decretar-lhe a prisão preventiva, na falta de requisitos para tanto. Todavia, preso em flagrante, por que não lhe conceder liberdade provisória, quando presentes os pressupostos legais?

Na radical e absoluta proibição da concessão de liberdade provisória, presumindo-se a periculosidade do agente pelo artigo de lei que se tem por infringido, para além de uma mera supressão de uma garantia processual, viola-se garantias constitucionais, como o devido processo legal e o princípio da presunção de inocência (art. 5º, Incisos LIV e LVII), fundamentais a um Estado Democrático de Direito.

A Lei 8072/90 também inaugura a denominada “Execução Penal do Inimigo” ao exigir o cumprimento das elevadas penas integralmente em regime fechado, somente permitindo o livramento condicional se cumpridos mais de dois terços da pena e se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Não há dúvida que a fixação do regime fechado para cumprimento integral da pena fere a garantia constitucional da sua individualização (art. 5º, inciso XLVI, CF), que não se restringe apenas ao momento da sua aplicação, envolvendo seu cumprimento, já que “*a pena*

*vive na execução*”<sup>252</sup>, consubstanciada, por conseguinte, no princípio basilar da progressão de regime, conforme previsto na Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84), como só mais recentemente veio a reconhecer o Supremo Tribunal Federal.

#### **4.1.2 Lei de Combate à Tortura**

Preocupou-se, demasiadamente, o legislador de 1990 em agravar a punição do crime de extorsão mediante seqüestro, em proteção à camada mais rica da população brasileira, que cometeu a imperdoável omissão de não definir “a pratica da tortura” como crime autônomo, cominando-lhe pena, uma vez que a tortura, até aquele momento, somente estava prevista como qualificadora, no homicídio doloso (CP, art. 121, §2.º, III), ou como agravante genérica (CP, art. 61, II, d).

Este aspecto é de extraordinária relevância para que se possa determinar o grau de influência ideológica no momento de definir quem são os “inimigos da sociedade”.

É inegável que a tortura, isto é, o suplício, o tormento, a exasperação do sofrimento da vítima por atos de inútil crueldade, é algo repugnante, sórdido, depravado, abjeto, ou seja, hediondo. Onde estaria, então, a explicação para a diferença de tratamento com relação à extorsão mediante seqüestro?

Na vítima! É que, na extorsão mediante seqüestro, a vítima pertence à elite sócio-econômica, diferente da vítima da tortura, geralmente pobre e marginalizada.

Aduz-se, ainda, o fato de que, na maioria das vezes, a tortura é praticada a serviço e com o apoio dos detentores do poder, sendo utilizada como método de “investigação” pela polícia, com a cumplicidade silenciosa da sociedade brasileira, e será mais fácil a explicação, mas não a justificativa, para a desigualdade de tratamento.

Apesar da expressa menção à tortura no mesmo inciso XLIII, do art. 5º, da CF, como equiparável aos crimes hediondos e de ter o Brasil ratificado, em 28/09/1989 e em 20/07/1989, a Convenção das ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 1984, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985, respectivamente, até março de 1997, o Congresso Nacional ficou devendo ao Brasil e ao mundo uma Lei específica no sentido de evitar o “*monstruoso absurdo de se exigir que um homem seja acusador de si mesmo e de se procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se a verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz*”<sup>253</sup>, nas palavras candentes do imortal César Beccaria.

Somente diante da enorme repercussão na mídia nacional e até internacional das arbitrariedades praticadas, em março de 1997, por policiais militares na Favela Naval, em Diadema, Estado de São Paulo, houve uma mobilização nacional que levou a aprovação da Lei 9.455, de 07 de abril de 1997.

Sintomaticamente, a Lei que define os crimes de tortura, diferente da Lei de crimes hediondos, não ultrapassou os limites constitucionais de restrição determinados pela norma do inc. XLIII, do art. 5º, da Carta Magna, não proibindo a concessão de liberdade provisória, nem do indulto.

A propósito, confira-se a redação do dispositivo do § 6º do art. 1º da Lei 9.455/97: “§ 6.º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia”.

Também de forma diversa da lei de crimes hediondos, a Lei 9.455/97 prevê a progressão de regime prisional, em consonância com o princípio constitucional da individualização da pena, consagrado no inciso XLVI, do muito citado art. 5º da Constituição, no § 7º do seu art. 1º, quando estatui que “O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, (quando o regime será aberto, acrescente-se), ***iniciará*** o cumprimento da pena em regime fechado.” (grifou-se).

É digno de nota ainda que o art. 1º, ao definir o crime de tortura, fixou pena de reclusão de dois a oito anos,<sup>254</sup> deixando uma margem muito grande para o julgador entre a pena mínima e máxima, possibilitando, em tese, exasperação ou atenuação na medida em que se considere o agente “amigo ou inimigo”.

Por oportuno, deixe-se registrado que, sendo a tortura equiparada aos crimes hediondos pela própria Constituição, naturalmente que a Lei 9.455/97 irá influenciar na mudança da posição da jurisprudência que ocorrerá posteriormente, sobretudo, quanto à possibilidade de concessão de liberdade provisória e progressão de regime, conforme será explicitado mais adiante.

Apesar do mencionado inciso constitucional que se pretendeu regulamentar (art. 5º, XLIII, CF) ter se referido igualmente ao *terrorismo*, o legislador de 1990, mesmo na falta de um tipo penal que atenda à denominação própria de “terrorismo”, não se preocupou em definir a figura do terrorismo como crime equiparado aos hediondos.

Após os atentados às Torres Gêmeas, na cidade de Nova York, de 11 de setembro de 2001, e outros que se seguiram como os ataques terroristas no metrô de Madri e de Londres, o combate ao terrorismo é tema recorrente nos Congressos internacionais.

De modo que, o Brasil, ainda que não tenha sido vítima de ataque terrorista, precisa definir, através de lei penal, o que entende por crime de terrorismo, para que sua referência no texto constitucional não seja apenas para “*inglês ver*”.

Oxalá não se precise de um atentado terrorista praticado no País para que se aprove, em caráter de urgência e de forma passional, uma legislação de combate ao terrorismo, violando consagrados direitos e garantias fundamentais.

#### **4.1.3 Expansionismo Desmedido da Legislação Hedionda**

Observe-se que a Lei de Crimes Hediondos, mesmo não tendo produzido o efeito prático que se esperava, continuou no imaginário da sociedade, como um símbolo de combate aos crimes de elevada gravidade.

Dessa forma, nos momentos em que a eclosão de determinado crime gera o aumento da insegurança e do medo, a reação imediata passou a ser a de incluir o delito no rol dos hediondos, como uma solução mágica, expandindo-se uma legislação de exceção, emergencial, justificada pelos seus defensores para combater o inimigo.

##### **4.1.3.1 a) Lei 8.930/94 (Homicídio)**

Nesse diapasão, sob forte pressão dos meios de comunicação, também num clima emocional, após as chacinas da Candelária e de Vigário Geral, no Rio de Janeiro, de repercussão internacional, somadas ao clamor nacional pelo assassinato da atriz Daniela Perez, foi editada a Lei 8.930, de 06 de setembro de 1994, incluindo o homicídio qualificado e quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio no rol dos crimes hediondos.

Evidentemente que o agravamento da punição desses crimes, sem o combate efetivo às suas causas, não fizeram diminuir os índices de sua ocorrência. No tocante às chacinas, assevera Alberto Silva Franco que “*esses fatos ocorrem com a intensidade detectada porque o Estado se demitiu de suas funções e até mesmo renunciou, em várias áreas geográficas, ao controle social, de caráter penal, de que tem o monopólio.*”<sup>255</sup>

#### 4.1.3.2 b) *Lei dos Remédios (Leis 9.677 e 9.695/1998)*

No ano de 1998, surgiram na mídia os escândalos da falsificação dos medicamentos, com ênfase para pílula de farinha Microvlar e o remédio para câncer de próstata Androcur sem princípio ativo, quando foi amplamente noticiado que mulheres engravidaram tomando a pílula falsa e alguns idosos morreram depois de medicados com Androcur.

E a solução foi a mesma das situações anteriores. Ao invés de se investir na fiscalização, multar, interditar e até fechar laboratórios, recorreu-se de pronto ao direito penal como “remédio para todos os males”, permita-se o trocadilho, fabricando e vendendo “medicamento também falso e enganoso”.

O “remédio” foi a edição da Lei 9.677, de 02 de julho de 1998, cuja ementa rotulava os crimes nela mencionados como hediondos, mas seu texto omitia essa etiqueta. Para corrigir essa falha técnica, foi publicada a Lei 9.695, de 20 de agosto de 1998, colocando a marca de hediondo à figura típica do art. 273 do Código Penal, excluída sua modalidade culposa.

Verifique-se que a nova lei aumentou, exacerbada e desproporcionalmente, a sanção para o tipo do art. 273 do Código Penal, culminando-lhe pena de reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, ampliando o seu alcance com a inclusão do novo § 1º - A, procedendo a absurda equiparação entre medicamentos, cosméticos e saneantes, *verbis*:

*“Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:  
Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.  
§ 1º (...)  
§ 1º - A. Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.” (grifou-se).*

No expansionismo desmedido da repressão penal para o “inimigo”, concebida originalmente como excepcional e emergencial, chegou-se ao ponto de se considerar como crime hediondo, apenado com pena mínima de 10 (dez) anos, a falsificação de produtos cosméticos e saneantes.

É isso mesmo. Pela “Lei dos Remédios”, a simples adulteração de um produto cosmético, como um xampu, por exemplo, ou de um saneante, como um desinfetante, passou a ser crime hediondo, com pena mínima superior a do homicídio simples!

Como sabido, cosméticos são produtos que servem para o embelezamento e saneantes para a higienização ou desinfecção de ambiente.

Com feito, a Lei 6.360/76, no seu art. 3º, V, diz expressamente o que se deve entender por cosméticos:

*[...] produtos para uso externo, destinados à proteção ou ao embelezamento das diferentes partes do corpo, tais como pós faciais, talcos, cremes de beleza, cremes para as mãos e similares, máscaras faciais, loções de beleza, soluções leitosas, cremosas e adstringentes, loções para as mãos, bases de maquiagem e óleos cosméticos, ruges, blushes, batons, lápis labiais, preparados anti-solares, bronzeadores e simulatórios, rímeis, sombras, delineadores, tinturas capilares, agentes clareadores de cabelos, fixadores de cabelo, preparados para ondular e para alisar cabelos, fixadores de cabelos, laquês, brilhantinas e similares, loções capilares, depilatórios e epilatórios, preparados para unhas e outros.*

Evidentemente que considerar crime, e ainda mais hediondo, a falsificação ou adulteração de produtos cosméticos ou saneantes fere os princípios da legalidade substancial, da proporcionalidade, da ofensividade, desde quando não comprometa ou ponha em risco à saúde pública, objeto material do tipo descrito no art. 273 do Código Penal.

Entretanto, tal forma de legislar é exemplo eloqüente do furor repressivo, da utilização abusiva de um direito penal simbólico, somente contido pelo julgador através da interpretação conforme a Constituição, invocada por Miguel Reale Júnior, “*ao custo de ponderável esforço hermenêutico*<sup>256</sup>.”

#### **4.1.4 Ofensa à Proporcionalidade ou Razoabilidade**

Por conseguinte, o endurecimento da legislação de crimes hediondos e assemelhados não resiste ao filtro do princípio constitucional da proporcionalidade ou razoabilidade.

Consoante visto no capítulo II deste trabalho, o princípio da proporcionalidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.

Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva.

É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade, embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.

Seja como for, é necessário estabelecer uma delimitação e conferir cunho normativo ao princípio da razoabilidade, para que ele não se esvazie de sentido, por excessivamente abstrato, ou que se perverta num critério para julgamento *ad hoc*.

Desse modo, devem-se levar em consideração os fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante de criação do direito (os motivos, os fins e os meios), além dos valores fundamentais da organização estatal (ordem, segurança, paz, solidariedade, etc.). Em última análise: a justiça. A razoabilidade é a adequação de sentido que deve haver entre estes elementos.

Essa razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz respeito à existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins.

De outra parte, havendo razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional.

A propósito, pronunciou-se o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1971:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.

Na decisão do Tribunal alemão, verifica-se a presença de outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade: a exigibilidade ou necessidade, conhecido como “princípio de menor ingerência possível”, também denominado “proibição do excesso”.

Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã: proporcionalidade em sentido estrito. Cuida-se, aqui, de verificar a relação custo-benefício, entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Nas palavras de Canotilho, trata-se

“de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”<sup>257</sup>.

Assim é que do princípio da proporcionalidade se extraem os seguintes requisitos: a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos; b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.

No primeiro momento, é preciso verificar se o meio escolhido é apto, eficaz, para se alcançar o fim proposto. Esse é o denominado juízo de adequação.

Caso ultrapassado o juízo de adequação, passa-se ao exame da necessidade, analisando se, além da eficácia do meio utilizado, era o de menor restrição possível, em cotejo com outro igualmente eficaz. Entre dois males, deve-se optar pelo mal menor.

Conforme observa Gilmar Mendes “*apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.*”<sup>258</sup> Sendo assim, concluiu-se que a necessidade pressupõe a adequação.

Mesmo considerando-se adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, e reconhecendo-se não existir outro meio menos gravoso que pudesse atingir o mesmo resultado, haverá ainda de se perquirir se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido, ou se o ônus imposto é demasiado. Este terceiro e último juízo é denominado de proporcionalidade em sentido estrito e está ligado mais à idéia de justiça, de valoração, de ponderação de bens e equânime distribuição de ônus, envolvendo a otimização de possibilidades jurídicas, enquanto o da necessidade relaciona-se com possibilidades fáticas.

Em síntese, expõe Willis Santiago Guerra Filho<sup>259</sup> que “uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.

Aplicando-se tais lições à Lei de Crimes hediondos verifica-se facilmente que ela não atende ao juízo de adequação, pois a exasperação das penas, as restrições a direito e garantias fundamentais, não surtiu o efeito esperado de diminuição da criminalidade, isto é, o meio utilizado não se revelou eficaz para atingir o fim almejado.

Quando da aprovação da Lei de Crimes hediondos, em julho de 1990, ainda sem esperar seus resultados práticos, o Autor deste trabalho já manifestava sua descrença para

solução do complexo problema da criminalidade, mesmo admitindo que a nova Lei tivesse surgido com exigência da sociedade insegura e alarmada com o crescimento dos índices de criminalidade e o surgimento de suas novas espécies.

Advertindo, na ocasião, que estavam ressurgindo, face à impotência de se evitar os crimes, “*idéias como a hipercriminalização, a pena retributiva, penas mais drásticas, incluindo até a pena de morte, renascendo como novo o que já velho e ultrapassado, dirigido, morbidamente, em direção ao nada.*”<sup>260</sup>

O passar do tempo confirmou o acerto de tal assertiva, o que não era difícil de se prever, uma vez que não tinham sido adotadas outras medidas para combater as causas daqueles crimes.

Alberto Silva Franco, na sua magnífica obra sobre o tema<sup>261</sup>, fornece preciosos dados estatísticos das ocorrências policiais, segundo a natureza do crime, na grande São Paulo, desde 1986 até 2003, para uma avaliação crítica da Lei de Crimes Hediondos, retroagindo, portanto, quatro anos para verificar a tendência antes da Lei de 1990 e sua variação nos treze anos subsequentes.

O exame dos referidos dados revelam o aumento da incidência, dentre outros, do crime de homicídio, considerado hediondo a partir da Lei 8.930/94, num percentual de 31,72%, entre os anos de 1994 e 1998, tráfico ilícito de entorpecentes (maconha), num percentual de 101,78%, entre os anos de 1991 e 1998, e a extorsão mediante seqüestro aumentou em 1998 (110 ocorrências), quase triplicou seu número em 2001 (316 ocorrências) e caiu no ano de 2003 (199 ocorrências), porém mantendo uma quantidade ainda superior à do ano de 1998.

Fazendo uma projeção entre os anos de 1986 e 2003, Alberto Silva Franco extrai a conclusão de que

*[...] a Lei de Crimes Hediondos não contribui em nada para a modificação do quadro numérico dos delitos catalogados como hediondos ou assemelhados. Sua existência, sob tal ângulo, constitui algo totalmente indiferente: tivesse ou não sido elaborada, os índices percentuais, em relação aos referidos crimes teriam da mesma forma crescido porque não se levou em conta, em momento algum, as causas dessas infrações penais.*<sup>262</sup>

Destarte, a legislação de crimes hediondos, além de não passar pelo juízo de adequação, também não atende ao critério da necessidade, no sentido de que existem meios menos gravosos de não violar direitos e garantias fundamentais para se combater a

criminalidade, a adoção de políticas públicas efetivas, aliada a investimentos na qualificação da polícia, por exemplo.

Por último, o juízo da proporcionalidade em sentido estrito igualmente não se faz presente na Lei de Crimes Hediondos, porque a violação de garantias que compõem o devido processo penal eleva o risco de se cometer sérias e irreparáveis injustiças, agravadas pela gravidade do crime de que se é acusado.

Dessa forma, a proporcionalidade, como princípio fundamental informador dos demais princípios, deverá ser utilizada como parâmetro para o exame da constitucionalidade das leis, de modo que, sempre que as leis processuais penais sejam incompatíveis com o aludido princípio, em qualquer dos seus critérios, não deverão ser observadas no âmbito de um Estado Constitucional de Direito.

#### **4.1.5 Reconhecimento de Inconstitucionalidades**

Nesse diapasão, a jurisprudência evoluiu no sentido de interpretar a lei de Crimes Hediondos em face da Constituição, reconhecendo a inconstitucionalidade da proibição absoluta da concessão de liberdade provisória, como também da progressão de regime no cumprimento da pena.

Até o julgamento histórico do Habeas Corpus 82.959-7, em 23 de fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal, pela maioria de seus membros, vinha considerando constitucional a fixação pela Lei de Crimes Hediondos do regime fechado para cumprimento da pena, sob o argumento de que o art. 5º, Inc. XLVI, ao dizer que “*a lei regulará a individualização da pena*”, permitia ao legislador ordinário definir o cumprimento da pena em regime fechado para os crimes hediondos, sem deixar qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.

Ora, o princípio da individualização da pena não se esgota quando da fixação da quantidade de pena, sua espécie e regime inicial de cumprimento, pelo juiz sentenciante. Ele permanece quando da sua execução, quando a pena concretizada na pessoa do condenado passa a ser cumprida dentro de um sistema de progressividade.

Com efeito, o cumprimento de longas penas, sem esperança alguma do condenado ir reconquistando gradativamente sua liberdade até o termo final de sua condenação, é deletério, antipedagógico, estimula a rebelião, ferindo a Constituição por ser desumana,

degradante e cruel (art. 5º, Incisos III e XLVII, “e”, CF), além de nociva à sociedade, por inviabilizar futura reinserção do apenado.

Por uma questão de justiça, registre-se que o Min. Marco Aurélio sempre votou no sentido da inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º da Lei 8072/90, como no julgamento do HC 69.603-1, quando formulou pertinente indagação: “*O que se esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano, que ingressa na penitenciária com a tarja da despersonalização?*”

Com o julgamento do HC 82.959-7, sendo relator o Min. Marco Aurélio, a questão foi posto à reapreciação pelo plenário do STF que, por maioria de votos (seis a cinco), reformulou seu posicionamento anterior (HC 69.657/1993), declarando a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, por entender que “*conflita com a garantia da individualização da pena – art.5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado*” (Acórdão do HC 82.959-7, publicado no DJU de 01/09/2006).

Mesmo tendo sido a declaração de inconstitucionalidade proferida *incidenter tantum*, a Corte Suprema, em nome da segurança jurídica e do excepcional interesse social, aplicou no *leading case* do HC 82.959-7 o art. 27 da Lei 9.868/99, referente ao processo e julgamento dos casos de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, atribuindo-lhe eficácia *erga omnes* e efeitos *ex nunc*, possibilitando que a progressão de regime fosse aplicada a réus por crime hediondo, desde quando ainda não houvesse se esgotado o lapso temporal para o cumprimento da pena. De modo que não teria repercussão alguma (para efeitos civis, v.g.) nas condenações já integralmente cumpridas, uma vez que as decisões anteriores que determinaram o regime prisional fechado, quando prolatadas, eram consideradas constitucionais.

No presente caso, não houve necessidade de suspensão da vigência do § 1º do art. 2º da lei 8.072/90 pelo Senado Federal, conforme previsto no art. 52, inciso X, da Carta Magna, em face do STF ter decidido, e ainda por unanimidade, pela aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, mesmo se tratando de controle incidental ou difuso, atribuindo à decisão efeitos gerais, embora restritos, permitindo sua incidência, além do caso concreto, a outras situações processuais ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

Todavia, como lembra Alberto Silva Franco,<sup>263</sup> as reações à referida declaração de inconstitucionalidade pelos meios de comunicação social foram imediatas. Acusava-se a

Corte Suprema de estar adotando uma postura frouxa em relação aos crimes considerados violentos e de extrema danosidade social, ao tratar da mesma forma, quanto à progressão da pena, os autores de crimes comuns e hediondos.

Ressalte-se que muitos juízes e alguns Tribunais se negaram a atender ao comando do Supremo Tribunal Federal, alegando que, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, seria imprescindível que o dispositivo legal inquinado de inconstitucional fosse suspenso pelo Senado Federal, nos termos do inciso X do art. 52 da Carta Magna.

Com a morte, no Rio de Janeiro, da criança João Hélio, arrastada, atada ao cinto de segurança, por assaltantes do veículo onde se encontrava com seus pais, aproveitando-se do clima emocional, a mídia encetou uma campanha perante a opinião pública e as forças políticas, no sentido de, como sempre ocorre nessas ocasiões, aprovar uma legislação penal mais repressiva, mantendo os criminosos mais tempo nas prisões, voltando-se à idéia de “neutralização” ou “inocuição” do “inimigo”.

#### **4.1.6 Lei 11.464/2007 (Possibilidade de Progressão de Regime e de Concessão de Liberdade Provisória)**

Nesse contexto, o legislador aprovou a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, assegurando a progressão de regime, adaptando-se à nova jurisprudência do STF, mas estabeleceu que tal progressão somente se desse nos crimes hediondos ou assemelhados, após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Para uma análise sistemática, convém ter presente que a Lei de Tortura (Lei 9.455/97, § 7º, do art.1º) e a Lei de Repressão ao Crime Organizado (Lei 9034/95, art. 10) já permitiam aos seus autores a progressão de regime, ao estatuírem que o cumprimento da pena dar-se-ia no regime *inicial* fechado, o que já feria o princípio da isonomia de tratamento com relação aos crimes hediondos, antes mesmo da declaração de inconstitucionalidade. Neste ponto, embora de forma rigorosa, a Lei 11.464/2007 dispensou tratamento uniforme nos casos de “crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo”.

Do mesmo modo, a Lei 11.464/2007 deu nova redação ao inciso II do art. 2º da lei 8072/90, adequando-o ao inciso XLIII, do art. 5º da Constituição Federal, ao possibilitar a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos e seus assemelhados.

Prosseguindo na interpretação sistemática e teleológica, a partir da Lei 11.464/2007, não havendo mais proibição da concessão de liberdade provisória sem fiança para os crimes hediondos e seus equiparados (art. 5º, XLIII, CF), por aplicação dos princípios da proporcionalidade e isonomia, resulta tacitamente revogada a vedação genérica à liberdade provisória contida nas Leis nºs 9.034/95 (que dispõe sobre utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, art. 7º), 9.618/98 (que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, art. 3º) e 10.826/03 (que dispõe sobre armas de fogo e munição, art. 21º).

Por tudo exposto neste tópico, restou plenamente demonstrado ter sido a Lei de Crimes Hediondos inspirada no Direito Processual Penal para o Inimigo, sofrendo forte influência do movimento da Lei e da Ordem que tomou conta da mídia nacional, contendo normas processuais violadoras de direitos e garantias fundamentais asseguradas na Constituição, que se expandiram ao longo dos anos, contaminando o Direito Processual Penal do Cidadão, embora tenha revelado com o tempo sua ineficácia preventiva.

#### 4.2 LEI DE PRISÃO TEMPORÁRIA

Não tendo a Constituição Federal permitido pena de caráter perpétuo, toda prisão é temporária. No entanto, a prisão temporária que aqui será abordada é aquela que surgiu na denominada “virada dos anos 90”, regulada pela Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

Cumpra, aprioristicamente, esclarecer que não se tratará neste tópico da prisão como pena, decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, e sim da prisão processual, ou pré-processual, que se convencionou denominar de “provisória”.

Tendo a Carta Política assegurado a garantia da presunção de inocência “*até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*” (art.5º, inciso LVII, CF), a legitimidade constitucional da prisão penal antes daquele momento reside unicamente na sua função cautelar.

De sorte que, como sói acontecer na prática, quando se utiliza da prisão processual para fins que são próprios da prisão-sanção, como “exemplaridade”, “defesa social”, “prevenção”, num discurso de combate ao “inimigo”, viola-se, além do princípio da

presunção de inocência, o devido processo penal e, nessa medida, constitui exemplo de norma do Processo Penal do Inimigo.

Deixe-se claro que o princípio constitucional da presunção de inocência pode conviver harmonicamente com a existência da “prisão provisória”, desde quando esta seja decretada, excepcionalmente, em casos de extrema necessidade, como medida cautelar, demonstrada a presença fática dos seus pressupostos: “*fumus boni iuris (fumus comissi delicti)*” e “*periculum in mora (periculum libertatis)*”.

Efetivamente, a prisão representa a maior restrição imposta pelo Estado ao cidadão, tornando-se ainda mais drástica e antipedagógica, quando se prende aquele que ainda não foi julgado, de modo que a prisão provisória somente encontra sua legitimidade no seu caráter instrumental, como medida cautelar, a serviço do processo e não do direito material.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 assegurou, de forma expressa, que “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*” (art. 5º, LXI<sup>264</sup>), pondo fim à reivindicação dos delegados que queriam para si a competência para “prisão para averiguação”.

No entanto, transcorrido pouco mais de um ano da nova Constituição, foi instituída a “prisão temporária”, através da Medida Provisória nº 111, de 14 de novembro de 1989, convertida na Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, para combater o aumento da criminalidade mais grave, sobretudo, nos grandes centros urbanos.

Como se diz na exposição de motivos, “*o clima de pânico que se estabelece em nossas cidades, a certeza da impunidade que campeia célere na consciência de nosso povo, formando novos criminosos, exigem medidas firmes e decididas, entre elas a da prisão temporária.*”

A prisão temporária já chegava com vício de origem por ter sido criada mediante medida provisória e não através de ato normativo procedente do Poder Legislativo (lei em sentido estrito), subvertendo o devido processo legislativo, colocando em risco o próprio Estado Democrático de Direito, na medida em que o Poder Executivo estava invadindo competência do Congresso Nacional.

Maria Lúcia Karam, comentando sobre a instituição da prisão temporária, acentua a ofensa ao princípio constitucional da legalidade: “*tem-se aqui decorrência básica do princípio da legalidade que, naturalmente, limita o poder do Estado não só em matéria penal substantiva, mas também no que diz respeito ao direito processual penal, notadamente neste campo de liberdade*”.<sup>265</sup>

Apesar das críticas formuladas pela doutrina, nenhum tribunal negou eficácia a Lei 7.960/89 sob o fundamento de vício de inconstitucionalidade pela sua origem<sup>266</sup>.

A inconstitucionalidade se revela patente quando a citada Lei prevê a decretação da prisão temporária, sem atender aos reclamos da cautelaridade, consoante se depreende das hipóteses descritas nos três incisos do seu art. 1º.<sup>267</sup>

Se não há qualquer caráter cautelar na aludida modalidade de privação de liberdade, esta não guarda compatibilidade com os ideais de um Estado Democrático de Direito pautado na dignidade da pessoa humana.

Numa interpretação literal do seu texto, a prisão temporária poderia ser decretada em qualquer uma das hipóteses ali elencadas, independente mesmo da gravidade do crime investigado.

Assim, bastaria que o indiciado “*não tivesse residência fixa*” ou “*não fornecesse elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade*” para que fosse decretada sua prisão temporária, sem real necessidade. Na última hipótese, bastaria ser submetido à identificação criminal e na primeira, obrigado a fornecer endereço onde poderia ser encontrado enquanto estivesse sendo investigado.

O texto estrito da lei permite a prisão temporária quando houver suspeitas de autoria ou participação do indiciado nos crimes elencados no inciso terceiro do art.1º, em frontal colisão com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Num esforço para interpretar a Lei 7.960/89 de acordo com a Constituição, a boa doutrina pátria identificou o *fumus commissi delicti* na prisão temporária na existência de “fundadas razões”, leia-se, fundadas suspeitas, de autoria ou participação do indiciado nos crimes mais graves, elencados no extenso e taxativo rol do inciso III, nas alíneas “a” a “o”, do art. 1º e o *periculum libertatis*, quando imprescindível para as investigações do inquérito policial (inc. I, art. 1º).

Como visto, por exigência constitucional, a prisão temporária somente poderá ser decretada pelo Juiz, que não poderá fazê-lo de ofício por se tratar de uma prisão pré-processual, mas em face de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público (art. 2º, Lei 7.960/89).

Dessa forma, cabendo à autoridade investigante apresentar os motivos na sua representação ou seu requerimento, tendo o Juiz que decidir dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas (§ 2º, art.2º), na prática fica difícil para o magistrado averiguar sua efetiva necessidade.

Na jurisprudência, encontram-se muitas decisões de prisão temporária carentes de fundamentação, mas que foram mantidas sob o argumento de que, revelar plenamente as razões para sua decretação, poderia frustrar seus objetivos, obstaculizando as investigações ainda em curso.

Numa inversão de princípio, alegam alguns delegados que só poderão demonstrar a real necessidade (imprescindibilidade) da prisão após sua efetivação, ou seja, prende-se para investigar e não se investiga para prender.

A Lei 7.960 fixou o prazo de vigência da prisão temporária em 05 dias, prorrogável por igual período “*em caso de extrema e comprovada necessidade*”.

O legislador vislumbrou a prisão temporária como preparatória da preventiva, tanto que num verdadeiro “ato falho”, deixou consignado no § 7º, do art. 2º que “*decorrido o prazo de 5 (cinco) dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.*”

Poucos meses depois, em julho de 1990, a Lei 8.072 ampliou desarrazadamente o prazo para 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período nas mesmas condições anteriores, quando se tratasse de crimes hediondos e seus assemelhados.

Ora, não há razão plausível. Conforme observa Alberto Silva Franco, “*Os delitos etiquetados como ‘hediondos’ já constavam do rol de crimes graves explicitados na Lei 7.960/89*” (...). “*A Lei 7.960 não faz alusão apenas aos tipos de tortura, que não tinham sido até então formulados legalmente, e de terrorismo*<sup>268</sup>.”

O aumento exorbitante do prazo da prisão temporária pela Lei de Crimes Hediondos representa uma inversão da prisão provisória pela prisão pena, atribuindo-lhe a função de neutralizar o “inimigo” de uma sociedade insegura e aterrorizada pelo incremento da criminalidade violenta, como uma verdadeira sanção antecipada, ferindo, a um só tempo, os princípios constitucionais da presunção de inocência e da proporcionalidade.

Por essas e outras razões, é que a constitucionalidade da Lei 7.960/89 está sendo questionada na Ação Direta de Constitucionalidade nº. 3360, ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL), em vias de ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

Na referida ADIN, o partido alega que, na Lei 7.960/89, haveria ofensa aos direitos fundamentais constitucionais, como a igualdade, a liberdade e a presunção de inocência (artigo 5º, incisos LIV, LVII, LXI, LXIII e LXVI da Constituição Federal).

Impugnando diretamente os arts. 1º e 2º da Lei Federal, o PSL requereu a suspensão liminar dos mesmos e, em seguida, a decretação da sua inconstitucionalidade. E,

“em pedido subsidiário, o autor pede que o Supremo dê à lei interpretação conforme a Constituição Federal, apontando como necessária para a decretação da prisão a reunião dos três requisitos legais previstos no artigo 1º da lei federal”.<sup>269</sup>

#### **4.2.1 Uso abusivo, desarrazoado e generalizado da Prisão Temporária**

Patenteada a ofensa a direitos e garantias fundamentais, mais uma vez se verifica que uma lei que seria para combater os crimes violentos, passou a ser usada de forma abusiva, ampla e generalizada, comprometendo o denominado Processo Penal do Cidadão, isto é, o devido processo legal.

A fórmula jurídica para a indevida expansão pode ser encontrada na hipótese de decretação da prisão temporária nos artificialmente imaginados crimes de “quadrilha ou bando”, isoladamente, ou cumulado com outros delitos que não fazem parte do extenso rol do inciso III, do art. 1º, da citada lei, nem podem ser considerados violentos, como infrações penais fiscais ou de descaminho, por exemplo.

O abuso é tamanho que motivou um artigo do Prof. Renê Dotti sugestivamente intitulado “*um bando de denúncia por quadrilha*”<sup>270</sup>, no qual o emérito penalista denuncia a prática freqüente do Ministério Público em agregar o tipo do art. 288 do Código Penal, ao lado de outros delitos de autoria coletiva, chamados de *crimes societários*, atendo-se apenas ao fato do número de acusados ser superior a três.

Lamentavelmente, esta tem sido a estratégia encontrada para a indevida expansão da legislação penal “de exceção”, possibilitando a massificação da prisão temporária, além da aplicação indeterminada de leis restritivas de garantias individuais, que também são exemplo de manifestações do Processo Penal do Inimigo, como a das “organizações criminosas” (Lei 9034/95), e de “lavagem de dinheiro” (já que a quadrilha é um dos delitos antecedentes deste crime, Lei 9.613/98, art. 1º, VII), conforme se verá adiante.

Convém ter presente ser a formação de quadrilha ou bando delito contra a “*paz pública*”, o que se almeja conseguir no Direito Penal do Inimigo com a eliminação do risco, do perigo, que se enxerga no “inimigo”.

Vale lembrar aqui que a antecipação da punição e o aumento desproporcional das penas são exemplos citados pelo próprio Jakobs como característicos do seu Direito Penal do inimigo.

Neste diapasão, foram criadas figuras especiais de quadrilha ou bando com significativo aumento da pena privativa de liberdade, a exemplo das Leis de crimes hediondos e de drogas. Citar os tipos e as penas...

Ora, não se deve olvidar que, para a configuração do delito de formação de quadrilha, é necessária a presença concomitante das três elementares do tipo do art. 288 do Código Penal: a) associação de, pelo menos, quatro pessoas; b) estabilidade e permanência da associação criminosa; c) finalidade específica dos agentes de cometer crimes indeterminados.

Desse modo, só se poderia cogitar de crime de quadrilha, quando existisse associação permanente e estável de delinquentes, voltada para a prática indeterminada de diversos crimes.

Nessa linha de intelecção, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, FALSIDADE IDEOLÓGICA, USO DE DOCUMENTO FALSO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE. DELITOS DE FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO QUE SE APRESENTAM COMO MEIO NECESSÁRIO PARA A PRÁTICA DO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. ABSORÇÃO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE SEUS ELEMENTOS.

(...)

VII - **Para a caracterização do delito de formação de quadrilha é necessário o concurso de pelo menos quatro pessoas, além da finalidade dos agentes voltada ao cometimento de delitos e da exigência de estabilidade e permanência da associação criminosa o que, à toda evidência não se verifica no caso.** (Precedente do Pretório Excelso).

Habeas corpus concedido para trancar o inquérito policial nº 19-0286/06/2006.61.21.001667-2 em trâmite perante a Polícia Federal de São José dos Campos/SP. (STJ - HC 75599 / SP - Ministro FELIX FISCHER - DJ 08.10.2007).

De igual forma, não há que se falar em quadrilha ou bando sem a caracterização do dolo pelo especial fim de agir, consistente na vontade dirigida para a prática de crimes, caracterizadora do denominado dolo específico, imprescindível para configuração do delito sob comento.

O citado professor titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná, René Dotti<sup>271</sup> adverte não ser “*possível presumir que a reunião de pessoas desenvolvendo atividades inicialmente lícitas e em local de possível acesso público (instituições financeiras, escritórios profissionais etc.) seja arbitrariamente classificada como delituosa.*”

Sem dúvida que, não fosse para atrair a incidência de uma legislação do terror, não se incluiria nas denúncias o suposto crime de quadrilha, não havendo “associação”, nem “estabilidade” e “permanência”, tampouco objetivo da prática de uma serie indeterminada de crimes.

Todavia, nada é de se estranhar, pois o projeto da Lei 7.960/89, já deixava à mostra o real objetivo da prisão temporária, ao prever a incomunicabilidade do preso temporário, qual seja: obter a todo custo a auto-incriminação do investigado.

Ainda bem que tal arbitrária e perigosa restrição não foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, sendo retirada a tempo do projeto, por ferir vários dispositivos da Carta Constitucional que proíbem a incomunicabilidade do preso, até mesmo na vigência do “*estado de defesa*” (art. 136, § 3º, IV, da CF).

“*De qualquer sorte, mesmo sem a incomunicabilidade, a prisão temporária é medida odiosa e arbitrária, porque decretada sem real necessidade*<sup>272</sup>”, como bem adjetivou Tourinho Filho.

Ao revés, a Constituição assegura, como direito fundamental do preso, o de se comunicar com sua família ou pessoa de sua confiança e de ser informado de seus direitos, “*entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*” (incisos LXII e LXIII, do art. 5º).

Registre-se, ainda, que, com o escopo de fazer efetiva a assistência jurídica ao preso em flagrante, a Lei n. 11.449, de 15 de janeiro de 2007, determinou, “*caso o autuado não informe o nome de seu advogado*<sup>273</sup>”, seja encaminhada cópia integral do auto de flagrante para a Defensoria Pública (§ 1º, do art. 306, do CPP). Nada impede, antes tudo aconselha, que tal dispositivo venha a ser aplicado também nos casos de prisão temporária.

Não obstante, na prática, os abusos inomináveis vêm sendo cometidos no Brasil, utilizando-se a prisão temporária como forma de se obter “confissões” ou “delações premiadas”, interrogando-se o indiciado preso, humilhado, abatido moralmente, após o que é solto, ou, se não “colaborou devidamente”, pode ter a prisão temporária prorrogada ou convalidada em preventiva, comprometendo-se a garantia constitucional do direito ao silêncio.

Em muitos casos, as operações policiais são deflagradas quando se consegue a decretação da prisão temporária e da busca e apreensão nos endereços profissionais e residenciais dos investigados. Nestes casos procura-se justificar a primeira medida (a prisão temporária) para o bom êxito da segunda (a busca e apreensão), sem, todavia, apresentar, *a priori*, nenhum elemento de fato que autorizasse concluir que o suspeito iria (como se

pudesse) dificultar ou impedir a realização da busca e apreensão, normalmente cumprida sob forte aparato policial.

Vale destacar que essas operações policiais são muitas vezes acompanhadas desde o início pela mídia, que providencialmente fica sabendo da sigilosa investigação, e exibem as imagens dos “*suspeitos*” saindo de casa e entrando no camburão da polícia, alguns até em trajes de dormir, como foi o caso de um ex-prefeito da cidade de São Paulo.

Acrescente, ainda, a dificuldade processual de se combater a prisão temporária, mesmo que na hipótese de impetração de um *habeas corpus*, não haveria tempo para seu julgamento e uma medida liminar, nem sempre é fácil de ser concedida.

Existem casos em que a pessoa, quando sabe que está sendo investigada, face ao clima de terror implantado no País, dada à impossibilidade fática de impetrar um *habeas corpus preventivo*, oferece-se por escrito à autoridade policial para prestar esclarecimentos e, ainda assim, não é intimada para ser interrogada.

Todavia, dias depois, é surpreendida com a deflagração de mais uma operação, sendo presa e, na maioria das vezes, solta, após ser interrogada.

Ora, para interrogar não precisava prender. A não ser que se pretenda, voltando-se a tempos medievais, extorquir uma “confissão”, sob a tortura psicológica de ter sua prisão prorrogada ou transformada em preventiva.

Ainda bem que o Supremo Tribunal Federal, na salvaguarda do Estado Democrático de Direito em choque com o Estado Policialesco, tem reagido à massificação das prisões provisórias, como na liminar do HC nº 95.009/SP, publicado no DJ de 19/12/2008, da lavra do seu então Presidente, Ministro Gilmar Mendes, *verbis*:

Com efeito, não se pode decretar prisão temporária com base na mera necessidade de oitiva dos investigados, para fins de instrução processual. O interrogatório constitui ato normal do inquérito policial, em regra levado a efeito com o investigado solto, ante a garantia fundamental da presunção de inocência. Nesse ponto, ressalto que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, prisão com a exclusiva finalidade de interrogatório dos investigados, providência que, grosso modo, em muito se assemelha à extinta prisão para averiguação, que grassava nos meios policiais na vigência da ordem constitucional pretérita.

Quanto ao pretendido confronto da prova que vier a ser obtida pela medida de busca e apreensão com o depoimento dos investigados, nada consta da decisão que justifique a necessidade de acontecer de imediato. Colhida a prova, poderá a mesma ser confrontada a qualquer tempo, não só com os interrogatórios, como qualquer outro elemento anterior ou posteriormente coligido na investigação, o que independe do encarceramento decidido pelo Juízo de primeiro grau.

Demonstrada a violação de garantias processuais que, como visto, têm sede e foro constitucional, bem como sua indevida expansão, cumpre verificar se o recurso a prisão temporária resiste ao critério da proporcionalidade, levando-se em consideração a supremacia do bem jurídico restringido: a liberdade.

O Delegado de Polícia Federal em Mato Grosso, Eliomar da Silva Pereira, em primoroso artigo intitulado “Investigação e Crime Organizado: Funções ilegítimas da Prisão Temporária”<sup>274</sup>, ressalta o quanto é falacioso o fundamento da “*imprescindibilidade para as investigações*”.

Com sua experiência de Delegado, constata o citado autor que o recurso à prisão temporária com fundamento em sua imprescindibilidade para as investigações (Lei nº 7.960/89, art.1º, I) “*tem se tornado lugar comum no cotidiano da prática policial, sobretudo no bojo de inquéritos que se destinam a desbaratar supostas organizações criminosas.*”

Contudo, avalia que a Lei de combate ao crime organizado já traz instrumentos suficientes à investigação, como “*ação controlada, acesso a dados sigilosos, interceptação telefônica e infiltração*” (Lei 9.034/95, art. 2º), que, não obstante as discussões à vista da flexibilização de garantias (o que será analisado em tópico adiante), torna desnecessária a prisão temporária.

Antes mesmo de ser necessária, ou melhor, imprescindível, à vista de outros meios menos gravosos, a prisão temporária revela-se na prática ser meio inadequado ao alcance de seus fins.

Ouçá-se, mais uma vez, a voz autorizada do citado Delegado Federal: “*O preso fica à mercê da Justiça, geralmente em estabelecimento penal destinado à prisão definitiva, esperando ser ouvido sobre o que já se sabe através de interceptação telefônica, ou sobre o que o preso nunca falará, resguardando-se o direito de silêncio ou de não ser obrigado a constituir prova contra si mesmo.*”

Resta apenas a função simbólica e, portanto, ilegítima da prisão temporária, de tal sorte que causa perplexidade, tanto no momento em que se decreta, quanto quando se revoga. No primeiro, aqueles mais informados, no segundo, aos que estavam imaginando tratar-se de uma prisão definitiva, ou mesmo em flagrante, que constitui a grande maioria, tal a forma de sua divulgação pela mídia.

Donde se conclui que a prisão temporária vem sendo utilizada, numa perspectiva do Direito Penal Simbólico, de forma espetaculosa para dar satisfação à sociedade, como pena moral, e nos casos em que é decretada contra pessoas da elite empresarial ou política, para

transmitir a falsa idéia de que os ricos e poderosos também são punidos, saciando a sede de vingança social de muitos.

É evidente que decretada dessa forma a prisão temporária viola o princípio da presunção de inocência e a garantia do devido processo legal, pela antecipação do juízo de culpabilidade.

O abuso é tão grande que, mesmo quem leva uma vida honesta hoje no Brasil, tem o fundado receio de ser vítima de uma dessas operações policiais, e, ainda que seja solto logo após o interrogatório e jamais denunciado (o que evidencia mais ainda a desnecessidade da prisão), carregar por toda a vida o estigma de ter sido preso e humilhado, com irreparáveis danos morais e também materiais.

A perigosa degeneração do processo penal como instituição garantidora dos direitos do acusado, culpado ou inocente, ainda não se sabe, mas tratado desde o início como “inimigo”, vem adquirindo tamanha proporção, que, atualmente no Brasil, o cidadão teme muito mais o processo (como pena por si mesmo), do que a própria sanção penal.

#### 4.3 A LEI 9.296/96 E OS SEUS REFLEXOS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Uma das mais importantes manifestações do Direito Processual Penal do Inimigo refere-se à intervenção estatal nas comunicações telefônicas privadas. Com efeito, assevera Günther Jakobs que medidas como a intervenção nas telecomunicações, intervenção de agentes infiltrados, dentre outras, acabam por submeter os investigados à condição de verdadeiros inimigos, vez que consistem numa eliminação de direitos pelo Estado de um modo juridicamente ordenado.<sup>275</sup>

Efetivamente, a interceptação das comunicações telefônicas é um dos meios mais invasivos de coleta de prova, eis que atinge de forma profunda a esfera privada do ser humano e a sua intimidade, revelando-se verdadeiro método de controle e monitoramento do cidadão, típico de regimes autoritários.

A intimidade, diga-se aqui, trata-se de direito da personalidade, sendo o seu resguardo fundamental ao desenvolvimento da identidade pessoal e da personalidade humana.<sup>276</sup> É o direito de todos os cidadãos a manter uma determinada parte de suas vidas em reserva. De acordo com Ada Pellegrini Grinover, a intimidade representa uma esfera de que o

indivíduo necessita de forma vital para poder livre e harmoniosamente desenvolver sua personalidade, ao abrigo de interferências arbitrárias.<sup>277</sup>

Nesse diapasão, adverte Maria Lucia Karam que o questionado meio de prova, por anular “as garantias do direito a não se auto-incriminar, do estado de inocência e do contraditório, afastando o devido processo legal, não têm lugar em Estados democráticos”, chegando a considerá-lo como exemplo de regra constitucional inconstitucional, “porque infringente de conteúdos democráticos fundamentais, porque ilegitimamente anuladora do núcleo essencial de normas constitucionais de hierarquia superior.”<sup>278</sup>

No Brasil, o atual texto constitucional consagrou o direito à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, em seu artigo 5º, X, bem assim o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, no artigo 5º, XII, *in verbis*:

X- São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

XII- É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Entretanto, a Constituição brasileira, partindo de uma ótica da proporcionalidade, considerando não existirem direitos absolutamente ilimitados, nem mesmo aqueles ditos fundamentais, autorizou, excepcionalmente, a interceptação das comunicações telefônicas, admitindo no sistema processual penal brasileiro a quebra do sigilo telefônico como meio de prova.

A permissão constitucional para a denominada “escuta telefônica” veio, contudo, condicionada à necessidade de regramento infra-constitucional. É que a Constituição, no inciso XII, do artigo 5º, subordina a quebra do sigilo das comunicações telefônicas a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei. Trata-se, pois, de norma de eficácia limitada, a prescindir de lei para produzir seus efeitos.

Nesse particular, instalou-se, à época, controvérsia acerca da recepção e possibilidade de utilização do Código de Telecomunicações (Lei 4.117/62, art. 57, II, “e”), o qual já previa a possibilidade de interceptação das comunicações telefônicas, antes mesmo da promulgação da Carta Magna de 1988.

Face à celeuma doutrinária, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela necessidade de lei específica para disciplinar a matéria, no julgamento do HC 73.351-4-SP, firmando entendimento no sentido da impossibilidade, em qualquer situação, ainda que com autorização judicial, de quebra do sigilo das comunicações telefônicas, antes de edição de legislação própria, por falta de regulamentação legal que viabilizasse a quebra do sigilo.

Desse modo, a interceptação de comunicação telefônica para fins probatórios antes da edição de lei específica implicaria em produção de prova ilícita<sup>279</sup>, sendo, portanto, vedada pelo artigo 5º, LVI.

De conseguinte, considerou-se não recepcionado o artigo 57, II, “e”, do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), pelo que toda e qualquer interceptação das comunicações seria considerada inconstitucional até superveniência de regulamentação específica. Nesse sentido, conforme já aludido, são os julgados do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que segue:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. 1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) **Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI).** b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige numerus clausus para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. **As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente.** 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. (HC 72588, Relator (a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/1996)

Assim, a promulgação da Lei 9.296/96 trouxe ao plano da legalidade a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, ao regulamentar o artigo 5º, XII, da Carta de 1988, possibilitando o insidioso, abrangente e invasivo instrumento persecutório, como meio de prova, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, no sistema brasileiro.

#### 4.3.1 Alcance das interceptações das comunicações telefônicas

Imperiosa é, pois, a delimitação do possível alcance constitucional para as interceptações das comunicações telefônicas, a fim de que reste bem delimitado o seu âmbito de aplicação, minimizando-se a incidência de método investigativo tão restritivo de direitos fundamentais, por isso mesmo pertencente à seara do Direito Processual do Inimigo.

Inicialmente, aspecto que merece questionamento é o parágrafo único do artigo 1º da lei, que permite a quebra de sigilo de dados de computadores (sistemas de informática) e de sistemas telemáticos. Nesse particular, verifica-se que o dispositivo atentou contra a inviolabilidade do sigilo das comunicações no âmbito de processamento de dados.

Efetivamente, a Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso XII, assegura à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, excepcionando, tão-somente, o último caso, vale dizer, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, *in verbis*:

XII- é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, **salvo, no último caso**, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal

Nesse sentido, a Carta Política assegurou de modo irrestrito o sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas e de dados, somente permitindo a quebra do sigilo telefônico.

Realmente, toda comunicação em sistema de informática e telemática trata-se de transmissão de dados, razão pela qual deve ser vedada, haja vista que no tocante à comunicação de dados o sigilo é absoluto.

Demais disso, pelo próprio espírito do qual está impregnada a Constituição, não há como se interpretar uma exceção extensivamente; assim, o sigilo é a regra. De conseguinte, forçoso concluir pela inconstitucionalidade do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 9.296/96, ao estender às comunicações telemáticas e informáticas a possibilidade de interceptações.

Não obstante tal entendimento, a jurisprudência vem recorrentemente decidindo em sentido contrário, inclusive com respaldo em setor doutrinário que apregoa a constitucionalidade de tal dispositivo.

Cumpre, ainda, tecer algumas distinções de cunho terminológico, relativas, ao alcance da lei em questão. De início, ressalte-se que a interceptação telefônica em sentido estrito, escuta telefônica, gravação ambiental, interceptação ambiental e gravação clandestina não se confundem.

A interceptação em sentido estrito é a captação da conversa realizada por um terceiro, sem autorização e conhecimento de qualquer dos interlocutores.

A escuta telefônica, por seu turno, é a captação da conversa realizada por terceiro, com a ciência de um dos comunicadores.

A interceptação ambiental é a gravação de conversa não telefônica por um terceiro que esteja no mesmo ambiente em que se desenvolve o discurso, sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores.

Já a gravação ambiental é aquela, também realizada no mesmo ambiente, por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro.

É pacífico na doutrina que a lei em comento abarca a primeira hipótese, qual seja, a interceptação em sentido estrito, restando controvérsia quanto à segunda modalidade. Alguns consideram que a escuta telefônica não foi regulamentada pela Lei 9.296/96, vez que não se encontra no âmbito da disposição constitucional respectiva. Esse é o entendimento de Vicente Greco Filho e Paulo Rangel.

Entretanto, a lei, ora em exame, refere-se à “interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza”, sendo forçoso convir que o legislador quis abarcar tanto a interceptação telefônica *stricto sensu*, quanto a escuta telefônica, uma vez que ambas consistem em captação de comunicação alheia.

Nessa linha cognitiva, aduz Luiz Flávio Gomes que o fato de um dos interlocutores saber da captação não descaracteriza o conceito de interceptação, porquanto existe um terceiro a tomar conhecimento da comunicação. Ademais, necessária é a proteção do sigilo em relação a quem não está sabendo da interceptação, e para quebrar tal sigilo imprescindível é a autorização judicial.<sup>280</sup>

A gravação ambiental, bem como a interceptação ambiental não foram mencionadas na exceção constitucional, razão pela qual inadmite-se qualquer autorização para sua utilização como prova. Nesse sentido, a doutrina é uníssona em considerar sua invalidez

probante, ressalvadas aquelas situações em que são utilizadas em favor do réu, para atestar sua inocência.

A gravação clandestina refere-se à gravação da conversa realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Pode ser de dois tipos: telefônica e ambiental. A primeira ocorre quando se grava uma comunicação telefônica, enquanto a ambiental perfaz-se com a gravação da conversação entres pessoas num mesmo ambiente, sem o conhecimento de um interlocutor. Ambas estão fora da disciplina jurídica da Lei 9.296/96, configurando, pois, violação ao direito à privacidade e intimidade, consagrados no artigo 5º, X, da Constituição Federal.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em consonância com o voto do Ministro Celso de Mello:

A gravação de conversação com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado em juízo, uma vez que esse procedimento – precisamente por realizar-se de modo sub-reptício – envolve quebra evidente de privacidade, sendo, em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio. **O fato de um dos interlocutores desconhecer a circunstância de que a conversação que mantém com outrem está sendo objeto de gravação atua, em juízo, como causa obstativa desse meio de prova.** O reconhecimento constitucional do direito à privacidade (CF, art. 5º, X) desautoriza o valor probante do conteúdo de fita magnética que registra, de forma clandestina, o diálogo mantido com alguém que venha a sofrer a persecução penal do Estado. A gravação de diálogos privados, quando executada com total desconhecimento de um dos partícipes, apresenta-se eivada de absoluta desvalia, especialmente quando o órgão da acusação postula, com base nela, a prolação de um decreto condenatório.

Ressalve-se que a doutrina, por seu turno, aplicando corretamente o princípio da proporcionalidade *pro reo*, tem admitido a conduta da pessoa que grava sub-repticiamente sua conversa com terceiro para demonstrar sua própria inocência, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais da antijuridicidade, como a legítima defesa.

#### 4.3.2 Das hipóteses de cabimento

O artigo 2º, III, da Lei 9.296/96 ao invés de definir as hipóteses passíveis de interceptação, optou por discipliná-la de forma negativa.

A norma alude que: “Art. 2º. Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção”.

O dispositivo, em epígrafe, dispõe, a *contrario sensu*, que todos os delitos punidos com pena de reclusão estão no âmbito de aplicação da quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Assim, o legislador, de forma irrazoável, não indicou expressamente os casos em que a interceptação poderia ser possível, ampliando desproporcionalmente as hipóteses de incidência da lei.

Tratando-se a interceptação das comunicações telefônicas de uma exceção constitucional, deveria ter o legislador disciplinado as hipóteses de cabimento de forma restritiva, especificando em quais situações seria possível a utilização de tal medida. Da maneira como disciplinada, leva-se ao paradoxo de se pensar ser a interceptação a regra e o seu não-cabimento a exceção!

Efetivamente, ao permitir a escuta telefônica para toda infração punida com reclusão, a lei admitiu uma norma, que deveria ser específica e segmentada, até mesmo na visão de Jakobs, por ser típica do Processo Penal do Inimigo, já de forma por demais abrangente e genérica, num expansionismo desarrazoado, contaminando por assim dizer o Processo Penal do Cidadão.

De conseguinte, tal medida deveria ter sido reservada apenas para crimes de excepcional gravidade ou por outro ângulo que se justificasse pela sua forma particular de execução.

Melhor seria tivesse o legislador adotado as soluções estrangeiras, baseando-se nos modelos alemão e italiano, como no projeto capitaneado pela professora Ada Pellegrini Grinover, que preferiu especificar os crimes em que a interceptação seria possível.<sup>281</sup>

As legislações alemã e italiana levam em consideração a excepcional gravidade de certos crimes ou sua forma particular de execução.

Na Espanha, por exemplo, segundo informação autorizada de Alfonso Serrano Maíllo<sup>282</sup>, quase todos os casos de interceptação telefônica são relativos ao tráfico de drogas.

Na própria exposição de motivos, que acompanhou o projeto, convertido em lei, firmado pelo então Ministro da Justiça Nelson Jobim, está consignado que a interceptação telefônica é “medida indispensável à investigação de certos crimes que vêm intranquilizando os habitantes das grandes cidades” defendendo-se a edição de lei ordinária, “a fim de

aparelharem-se a polícia e a Justiça para combater à criminalidade mais grave, de alta incidência, nos dias atuais”.

Tratando de lei restritiva de direito fundamental, ainda que autorizada pela Lei Maior, sua exagerada abrangência conduz à inconstitucionalidade, haja vista a violação ao princípio da proporcionalidade ou da justa medida, como denuncia Antônio Magalhães Gomes Filho.<sup>283</sup>

Vale-se o ilustre doutrinador das lições de Canotilho, segundo o qual, uma lei restritiva, mesmo quando adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos.

Nessa linha cognitiva, leciona Lenio Streck que delitos de pequena gravidade ou aqueles que não coloquem em risco a vida, a integridade física ou direitos transindividuais não podem receber autorização para a invasão da privacidade.<sup>284</sup>

Nessa medida, segundo o aludido autor, deve o magistrado estar atento ao tipo de delito a ser investigado e realizar uma interpretação à luz da Constituição e de seus princípios, mediante aplicação da técnica da inconstitucionalidade (nulidade) parcial sem alteração de texto do inciso III, do artigo 2º, retirando-se da incidência da expressão “delitos punidos com reclusão” os crimes de menor capacidade lesiva, como o furto, a apropriação indébita, estelionato, entre outros, uma vez que a aplicação do dispositivo em comento viola o princípio da proporcionalidade.

Por conseguinte, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas deverá ser cabível para a persecução da macrocriminalidade sofisticada, e dos crimes de elevada gravidade.

Todavia, sob outro prisma, deveria ter o legislador admitido a interceptação de crimes contra honra e de ameaça, por exemplo, cometidos por meio telefônico, ou ainda, as contravenções penais como o jogo do bicho, pela sua particular forma de execução. Nesse sentido, por um imperativo de proporcionalidade, desarrazoada foi a omissão do legislador relativa a tais ilícitos.

#### **4.3.3 Interceptação telefônica e ingerência à intimidade de terceiros não investigados**

Convém ter presente, ainda, a gritante ingerência à intimidade de terceiros não investigados ocasionada por conta das interceptações das comunicações telefônicas. Ao se interceptar algum investigado, naturalmente, não são ouvidas apenas as manifestações de seu

pensamento, mas a de todas as outras pessoas que se utilizam da mesma linha telefônica ou através dela mantêm contato.

Dessa forma, a quebra do sigilo telefônico atinge a intimidade e a liberdade de inúmeros cidadãos. Com efeito, para cada linha interceptada dezenas de pessoas têm a sua vida privada devassada.

Nesse diapasão, questão que merece reflexão, mas que, lamentavelmente, não fora tratada pelo diploma legal *sub examine*, diz respeito à interceptação de conversa do investigado com seu advogado. Neste caso, deve prevalecer o sigilo profissional e a inviolabilidade do exercício da advocacia, consagrada no artigo 133 da Carta Magna.

Não teria sentido o Estado obrigar o advogado a guardar segredo profissional e imiscuir-se na sua conversa, dela valendo-se para punir o cliente.

Por conseguinte, a prova obtida por esse meio deve ser considerada ilícita e imediatamente inutilizada, sendo totalmente imprestável, não podendo gerar frutos, pois de “árvore envenenada”.<sup>285</sup>

Nesse sentido, andou bem o Código de Processo Penal português, em seu artigo 187, 3, o qual proíbe, expressamente, a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o “argüido e seu defensor”, somente permitindo, excepcionalmente, quando houver sérios indícios de o defensor haver participado da atividade criminosa, caso em que ele não atua como profissional, mas como qualquer outro investigado.

#### **4.3.4 O direito ao sigilo**

A Constituição Federal, no sentido de preservar o sigilo das interceptações, dispõe que: A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Destarte, em consonância com a Lei Maior, o artigo 1º da Lei 9296/96 condicionou as interceptações das comunicações telefônicas ao segredo de justiça, haja vista a necessidade de resguardo à intimidade, vida privada, imagem dos investigados e de todos aqueles que com ele se comunicaram. Também o artigo 8º da aludida lei determinou a preservação do sigilo das gravações e respectivas transcrições, por ocasião das diligências.

Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, **sob sigredo de justiça**.

Art. 8º. A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, **preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas**.

Com efeito, por inúmeras razões, justifica-se o sigilo das interceptações das comunicações telefônicas. Conforme assinala Luiz Flávio Gomes estão implicados uma série de direitos fundamentais da pessoa, como a honra do investigado, a sua presunção de inocência, o direito ao processo justo, sem “julgamentos paralelos” da imprensa, como também a privacidade e segurança da vítima e testemunhas.<sup>286</sup>

Contudo, a regra em comento tem sido constantemente violada pelos órgãos de persecução criminal. Na prática, o quanto disposto nos artigos 1º e 8º da lei em questão vem tornando-se letras mortas, eis que constantemente são divulgados nos veículos de comunicação de massa, sobretudo em redes nacionais de televisão, trechos de diálogos interceptados, seja de forma lícita ou ilícita, tornando-se corriqueira a transcrição na mídia de conversas interceptadas.

Tal prática acaba por ensejar pré-julgamentos sociais, restando mitigada a tão proclamada presunção de inocência do investigado, e muitas vezes vilipendiada a honra de diversos cidadãos perante toda a sociedade, numa abusiva violação de garantias e direitos fundamentais, chancelada por quem os deveria resguardá-los.

#### **4.3.5 As sucessivas e ilegais renovações das interceptações**

Cumprindo, ainda, avaliar a interpretação que se vem dando ao artigo 5º da lei em comento. Previu o legislador o prazo de quinze dias para a realização da interceptação telefônica, renovável por igual período, quando comprovado ser indispensável tal meio de prova.

Contudo, mais uma vez, verifica-se na jurisprudência uma interpretação ampliada do dispositivo em comento, considerando as sucessivas e rotineiras dilações de prazos para as interceptações.

Nesse sentido, é comum ver-se interceptações telefônicas, que perduram durante anos e anos, acarretando uma mitigação de garantias e direitos fundamentais por tempo quase que indeterminado. Isso porque se tornou hábito do Judiciário o deferimento de requerimentos

de interceptações sem qualquer fundamentação e sem demonstração da aludida imprescindibilidade.

Nesse particular, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento paradigmático, afastando a possibilidade de renovações sucessivas do prazo para as interceptações, com fundamento no princípio da razoabilidade, *in verbis*:

COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. SIGILO. RELATIVIDADE. INSPIRAÇÕES IDEOLÓGICAS. CONFLITO. LEI ORDINÁRIA. INTERPRETAÇÕES. RAZOABILIDADE.

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer".

2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

**3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.** 4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. **Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.**

6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito. (HABEAS CORPUS Nº 76.686 – PR- 2007/0026405-6)

#### 4.3.6 Legitimidade e a previsão da figura do “juiz inquisidor”

Questão de relevo diz respeito à legitimidade para decretação e requisição de tal invasivo método investigatório. Dispõe o artigo 3º, que as interceptações telefônicas somente poderão ser determinadas pelo juiz (“ordem judicial”), de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal e do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Nesse passo, verifica-se o permissivo legal para que o juiz determine a interceptação telefônica de ofício e durante a instrução processual penal, pelo que se

depreende nítida violação ao princípio da imparcialidade, chancelando a figura do “juiz inquisidor”, inaceitável diante do processo acusatório adotado no Brasil.

Ademais, não há razão porque não se deu legitimidade à vítima para se pleitear a interceptação, mormente quando modernamente esta cada vez mais é chamada a integrar a relação processual penal.

Também ao réu, nos casos em que se tenham indícios da vítima estar influenciando as testemunhas de acusação, comprometendo a apuração da verdade material, objetivo maior do processo penal. Nesse ponto, adverte Lenio Luiz Streck que o referido artigo 3º constitui vedação à defesa ao direito de requerer a realização da escuta, violando, desse modo, os princípios da ampla defesa e do contraditório, eis que limita o poder da defesa de “defender-se provando”.

#### **4.3.7 Alargamento da incidência da lei pelos tribunais**

No Brasil, mesmo já tendo a legislação concernente à matéria sido disciplinada de forma extremamente abrangente, como visto, verifica-se que a sua aplicação vem sendo ampliada ainda mais, e de forma insidiosa, pela jurisprudência, maculando o que se convencionou chamar de Direito Processual Penal do Cidadão.

Isto porque os órgãos persecutórios criminais têm dado interpretação por demais ampliativa aos dispositivos da lei em comento, dando lugar ao cometimento de arbitrariedades, legitimadas pela máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios.

Com efeito, no Brasil, após a edição da Lei 9.296/96 as interceptações telefônicas, além das informáticas e telemáticas, vêm sendo utilizadas de forma abusiva e desenfreada, em desacordo com a própria lei que a instituiu, que exige seja “o único meio de prova disponível” (artigo 2º, II), conduzindo, assim, à banalização do seu uso.

O excessivo número de escutas telefônicas, calcula-se tenham sido mais de 400 mil só em 2007 autorizadas pelo juiz,<sup>287</sup> a sua desarrazoada duração, em alguns casos por vários anos, a indevida divulgação do seu conteúdo pelos telejornais revela desatendimento, por parte dos órgãos persecutórios criminais, à regra da excepcionalidade da violação das comunicações telefônicas.

Nesse passo, a “escuta telefônica” tornou-se o primeiro recurso nas investigações, quando, em verdade, deveria ser utilizada em “ultima ratio”, na hipótese em que a prova não pudesse ser feita por outros meios disponíveis, revelando o cunho utilitarista e simbólico com

o qual vem sendo adotada tal medida, numa verdadeira violação a direitos fundamentais e garantias processuais do cidadão.<sup>288</sup>

Foi com essa percepção e com a finalidade de controlar o volume de autorizações para as excessivas interceptações, que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 59, de 9 de setembro de 2008, a qual “disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996”.

Ali foram previstas diversas medidas administrativas a serem cumpridas pelos juízos investidos de competência criminal, como o controle da quantidade de interceptações em andamento e de ofícios expedidos às operadoras de telefonia, consoante se depreende do seu artigo 18.

Por tudo o quanto aludido, não obstante a permissão constitucional do artigo 5º, XII, não resta dúvida que a Lei 9.296/96 é por si só instrumento de contaminação do Direito Processual Penal do Cidadão, violador de garantias constitucionais e, quando utilizado de forma indiscriminada e arbitrária, põe em risco a própria noção de democracia.

#### 4.4 AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO

##### **4.4.1 Tipo penal impreciso: conseqüente expansão dos institutos processuais do inimigo**

Abordar-se-á neste tópico as conseqüências da imprecisão da figura típica “crime organizado”, conquanto se trate de matéria penal, pois a sua indevida expansão, tem o condão de atrair, de forma arbitrária, a incidência de institutos processuais do inimigo, previstos na própria Lei de combate a dita criminalidade, como se verá a seguir.

A Lei 9.034/95 pretendeu instituir o tratamento legal do “crime organizado” no Brasil, prevendo no artigo 1º, com a redação dada pela Lei 10.217/2001, como seu objetivo, definir e regular meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou por bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Trata-se de uma lei nitidamente processual penal que regula mecanismos e procedimentos de investigação para infrações praticadas por bandos ou quadrilhas, associações criminosas e por organizações criminosas.

Conforme será adiante demonstrado, o regime de combate ao “crime organizado” pátrio é exemplo eloqüente de legislação de exceção no Brasil, eis que flexibiliza várias garantias processuais para os acusados, fomentando o terror e a contaminação do Direito Penal do Cidadão.

Sua edição decorre, desse modo, de fenômeno afeto à sociedade contemporânea, gerenciadora de riscos, oriundo de um sentimento geral de insegurança que torna cada cidadão uma vítima em potencial, culminado, por um lado, num clamor social por segurança, e, por outro, numa política criminal neoliberal, punitiva e com efeitos meramente simbólicos.<sup>289</sup>

Por conta disso, não é em vão que, conforme já pontuado, a luta contra a criminalidade organizada fora considerada por Luigi Ferrajolli como traço do Processo Penal do Inimigo.

A lei em comento, em seu texto original, dispôs em seu artigo 1º, como propósito, o de definir e regular meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.

A antiga redação do artigo 2º, por sua vez, dispunha que “em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas”, sem, todavia, definir o que denominou de “crime organizado”, dando-se a entender que não existia distinção normativa entre quadrilha ou bando e organização criminosa.

A forma como foi posta, originalmente, o texto dos aludidos dispositivos fez surgir a dúvida quanto ao que se deveria entender por organização criminosa, uma vez que o legislador não trouxe sua definição, e a redação do artigo 1º parecia vincular estreitamente tal conceituação aos delitos de quadrilha ou bando.

Nesse sentido, a doutrina passou a defender a idéia segundo a qual o legislador não quis proceder a uma equiparação entre os conceitos de quadrilha ou bando e organização criminosa, antes o seu desiderato fora o de conceituar uma figura autônoma.<sup>290</sup>

Seguindo esse raciocínio, fora editada, em 2001, a Lei 10.217, dando nova redação ao artigo 1º, ao prever a incidência da Lei 9.034/95 aos delitos de quadrilha ou bando, associações criminosas e por fim, às organizações criminosas, sem, contudo, mais uma vez, definir o que se deva entender por essa última figura.

Intui-se que o espírito legislativo, revestido da intenção de ofertar uma resposta célere ao alarme social provocado por ações de grupos criminosos, e alimentado pela mídia sensacionalista, buscou distinguir a cominação do artigo 288 do Código Penal de outra considerada mais grave, criando a figura da “organização criminosa”.

O legislador, pretendendo prever a organização criminosa como delito autônomo, tendo por base o mito da repressão, provocou uma ampliação de uma política criminal dura.

Desse modo, em que pese a alteração legislativa, permaneceu a notável falha do legislador processual penal que não se ocupou, ao menos, em definir o que se deva entender por organização criminosa, ensejando merecidas críticas da doutrina. Efetivamente, conforme assevera Alberto Silva Franco, o que se denominou de organização criminosa não tem forma nem figura de tipo penal.<sup>291</sup>

Pontua Eugenio Raul Zaffaroni que o crime organizado constitui denominação aplicada por diversos especialistas, pelos meios de comunicação de massa, pelos autores de ficção, pelos políticos e pelos operadores de agências do sistema penal, a número incerto de fenômenos delitivos distintos.<sup>292</sup>

Nessa medida, perquire-se acerca do real alcance da expressão “organização criminosa”, considerando que, dada a omissão do legislador, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro uma definição para tal, numa verdadeira afronta ao princípio da legalidade, no seu viés taxatividade, diferentemente do que ocorre com os conceitos de bando ou quadrilha e de associação criminosa.

Com efeito, quadrilha ou bando é conceito disciplinado pelo artigo 288 do Código Penal, consistindo na reunião de mais de três pessoas, com o fim de praticar crimes. Não se trata de concurso de agentes, antes se refere a uma associação estável formada para a prática de delitos.

No ordenamento brasileiro, a “associação criminosa”, por sua vez, fora prevista na lei 11.343/06, em seu artigo 35. É o ajuntamento de duas ou mais pessoas com finalidade delitiva.

À vista da imprecisão do conceito de organização criminosa, a doutrina tem traçado alguns elementos indispensáveis para a sua configuração. Nesse sentido, o crime organizado seria forma de criminalidade consecutória do atual estágio a que chegou o desenvolvimento capitalista. Vislumram, doutrina e jurisprudência, a organização criminosa como espécie de empresa-crime, dando contornos empresariais a suas atividades ilícitas.

Como suas marcas caracterizadoras, de acordo com Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, estariam: previsão de acumulação de riqueza indevida, hierarquia estrutural, planejamento de tipo empresarial, uso de meios tecnológicos sofisticados, divisão funcional de atividades, conexão estrutural com o Poder Público, ampla oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades ilícitas, alto poder de intimidação, capacitação efetiva para a fraude difusa, conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.<sup>293</sup>

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo, na Itália, em 15 de Dezembro de 2000 pretendeu definir, em seu artigo 2º, o conceito de organização criminosa, a saber: “*grupo estruturado de 3 ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material*”.

Com a inserção de tal norma no ordenamento jurídico pátrio, através da edição do Decreto nº 5.015, de março de 2004, setor doutrinário vem se valendo do conceito enunciado pela convenção para preencher a lacuna legislativa criada pelo legislador brasileiro.

Desde então, tal posicionamento vem figurando na jurisprudência, tendo sido, inclusive, adotado pelos tribunais superiores, conforme se depreende do recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1.º DA LEI N.º 9.613/98. APLICABILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N.º 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E PROMULGADA PELO DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL.

1. Hipótese em que a denúncia descreve a existência de organização criminosa que se valia da estrutura de entidade religiosa e empresas vinculadas, para arrecadar vultosos valores, ludibriando fiéis mediante variadas fraudes -mormente estelionatos -, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à Igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas citadas, algumas por meio de "testas-de-ferro", desvirtuando suas atividades eminentemente assistenciais, aplicando seguidos golpes.

2. Capituloção da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por

organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente.

3. O recebimento da denúncia, que se traduz em mera admissibilidade da acusação diante da existência de sérios indícios de autoria e materialidade, mostra-se adequado, inexistindo a alegada inépcia, porquanto preenchidos todos seus pressupostos legais.

4. Nesta fase inaugural da persecução criminal, não é exigível, tampouco viável dentro do nosso sistema processual penal, a demonstração cabal de provas contundentes pela acusação. Esse grau de certeza é reservado para a prolação do juízo de mérito. Este sim deve estar calcado em bases sólidas, para eventual condenação.

5. Mostra-se, portanto, prematuro e temerário o acolhimento do pedido da defesa de trancamento da ação penal, de maneira sumária, retirando do Estado, de antemão, o direito e, sobretudo, o dever de investigar e processar, quando há elementos mínimos necessários para a persecução criminal.

6. Ordem denegada

(HC 7.771 SP 2007/0041879-9, Relator(a): Ministra LAURITA VAZ, Julgamento: 30/05/2008, Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA, Publicação: DJe 22.09.2008)

Tal entendimento, entretanto, é alvo de efusivas críticas, uma vez que a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é por demais ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade, ínsita ao princípio da legalidade, que veda a preceituação de tipos incriminadores vagos e imprecisos.

Com efeito, a Convenção de Palermo não pode servir de parâmetro para a conceituação de organização criminosa, tendo em conta que padece pelo defeito da imprecisão e abertura do tipo.

Demais disso, assevera-se que definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito Penal interno, em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*).<sup>294</sup>

Tratando-se do Direito Penal interno, sustenta Luiz Flávio Gomes que tais tratados e convenções não podem servir de fonte do Direito Penal incriminador. Vale dizer, nenhum documento internacional, em matéria de definição de crimes e penas, pode ser fonte normativa direta válida para o Direito interno brasileiro. Por conseguinte, o Tratado de Palermo (que definiu o crime organizado transnacional) não possui valor normativo suficiente para delimitar internamente o conceito de organização criminosa.<sup>295</sup>

Dessa forma, a par das tentativas conceituais, forçoso convir, ainda assim, não ser possível uma definição de crime organizado ou organização criminosa, restando a sua definição por demais imprecisa, difusa e abrangente, ferindo o princípio da estrita legalidade penal.

Assim, por oportuno, impõe-se uma investigação de cunho sociológico/criminológico e político-criminal, a fim de se perquirir acerca da real existência de uma “criminalidade organizada”, uma vez que a aludida expressão vem sendo utilizada como gênero das mais variadas espécies de delitos, a exemplo da lavagem de dinheiro, fraude nos sistemas financeiros, corrupção, comércio de armas, dentre outros, passando a fazer parte do imaginário popular, haja vista as constantes veiculações pela mídia de notas sensacionalistas e desprovidas de propriedade derredor da temática.

Segundo Juarez Cirino dos Santos, o discurso sobre o “crime organizado” é, em verdade, um discurso do poder contra determinados inimigos internos e com diferentes denominações, conforme se depreende de situações históricas conhecidas.<sup>296</sup>

Para o autor, o “crime organizado” não seria nada além que uma categoria sem conteúdo, um mito difundido pela mídia, pela literatura de ficção, por políticos e instituições de controle social.

Por conta disso, consoante assevera René Ariel Dotti,<sup>297</sup> infrutíferas serão as tentativas de traçar para o “crime organizado” uma definição penalmente típica, vez que se trata de um fato social em constante mutação, cujos contornos são ditados de épocas em épocas, conforme interesses do poder vigente.

Nesse passo, observa-se que o “crime organizado” é expressão que se adequa perfeitamente ao Direito Penal do Inimigo, vez que se trata de um discurso de combate, que, impondo rótulos de inimigo sobre agrupamentos taxados como organizações criminosas, justifica políticas supressoras de direitos fundamentais e das tradicionais garantias individuais.

Nessa medida, ante a ausência de uma definição precisa do aludido fenômeno, verifica-se, em verdade, uma ampliação do conceito que, conforme já ponderado, é utilizado para designar os mais variados tipos de fenômenos delitivos, resultando, então, num grotesco alargamento punitivo, em contraste com a garantia da taxatividade penal, com inevitáveis conseqüências processuais prejudiciais ao acusado.

A Lei 9.034/95 trata-se, portanto, de exemplo nítido e real de legislação do terror, quando, na tentativa de identificar um fato social (o crime organizado), deveras inexistente

nos moldes propalados, rotulou um tipo específico de autor, considerado como o outro, impondo-lhe um tratamento punitivista extremamente exacerbado.

A legislação contra o “crime organizado” faz parte da “guerra contra a criminalidade”, ponto de partida da construção teórica de um sistema penal e processual paralelo e de enfrentamento a indivíduos diferenciados como inimigos, em relação aos demais cidadãos, conforme formulado por Günther Jakobs.

Nessa linha cognitiva, pontua Beatriz Rizzo Castanheira que, para o que se pretendeu denominar de crime organizado, previu-se uma resposta oficial emergencial, de mera ordem pública, traduzida pela expressão combate penal, limitando-se a apresentar um remédio simbólico pela incriminação excessiva, rigor sancionatório e desformalização de métodos de investigação.<sup>298</sup>

Por conseguinte, forçoso se identificar o “crime organizado” como fenômeno do Direito Penal do Inimigo e a sua respectiva legislação de combate, como Direito Processual Penal do Inimigo.

Para além de instituir no ordenamento jurídico pátrio uma “categoria frustrada”, a Lei 9.034/95 previu diversos institutos característicos de um Direito Penal de Terror, muitos deles inéditos no arcabouço legislativo pátrio.

De acordo com Eduardo Araújo da Silva, observa-se, das conseqüências do “crime organizado” no plano processual penal, uma inegável tendência de restrição de certos direitos fundamentais dos acusados, em nome da eficiência penal.<sup>299</sup>

Assim, mediante o discurso alarmista de combate a uma categoria desprovida de conteúdo, a Lei 9.034/95 previu normas de exceção, supressoras de direitos fundamentais, constituindo-se numa legislação de Direito Processual Penal do Inimigo, que, de logo, expande-se, desmedidamente, em face do seu tipo penal aberto.

#### **4.4.2 Delação premiada**

A Lei em comento previu a figura da deleção premiada, ou chamamento de co-réus, introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 8.072/90. Verifica-se, em seu artigo 6º, a causa de diminuição de pena para o agente que, espontaneamente, prestar informações acerca da prática de crimes cometidos pelo grupo, colaborando para o esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

Trata-se de benefício outorgado para o “réu colaborador” que, traindo o grupo, delate a prática de infrações por ele cometidas, quebrando a lei do silêncio tão característica de grupos ou associações formados para a prática delitiva. Por conta disso, o instituto, pautado na justiça negociada, tem sido questionado tanto do ponto de vista ético, quanto jurídico.

Assevera-se que a deleção premiada, por assentar-se na traição, vai de encontro ao arcabouço valorativo sob o qual está assentado qualquer Estado que se assuma “Democrático de Direito”, constituindo-se em um verdadeiro equívoco pedagógico, ao difundir a idéia de que trair traz benefícios.

Efetivamente, o Estado Democrático de Direito, pautado na dignidade do ser humano, cultiva valores como a justiça, equidade, proporcionalidade, respeito mútuo e a cooperação. O instituto em questão é nessa medida antiético, eis que, privilegiando os fins, premia o indivíduo que se opõe a tais valores, estimulando-o a traição.

A partir de uma perspectiva jurídica, o instituto merece críticas, pois reflete aspectos que remontam aos sistemas processuais inquisitoriais como a supervalorização da confissão do acusado, a condução do processo rumo à condenação e práticas combativas da ampla defesa e do direito ao silêncio.

Deve, ainda, ser criticado do ponto de vista probante, considerando a alta probabilidade de as informações prestadas pelo réu delator estarem eivadas de vícios, seja por estar ele tomado por um sentimento de vingança face aos demais co-réus, seja por estar, simplesmente, ocultando com a verdade, o que torna o instituto questionável também do ponto de vista da sua eficácia.

A deleção premiada é também muito criticada sob o viés da proporcionalidade, uma vez que para autores participantes de um mesmo fato são previstas conseqüências diametralmente distintas.

Além disso, a afirmação do instituto acaba por minar a confiança dos cidadãos no aparelho persecutório estatal, vez que sugere a ineficiência do Estado para investigação de delitos.

Desse modo, o instituto, figurante em diversas leis penais e processuais extravagantes, a exemplo da Lei de Lavagem de Capitais, Lei de Crimes Hediondos, e Lei Anti-tóxicos, deve ser rechaçado do ordenamento pátrio, haja vista que acaba por minar com a principiologia preconizada pelo Estado Democrático de Direito (dada a sua importância para o desdobramento do presente trabalho, o instituto será tratado adiante autonomamente).

#### 4.4.3 Identificação criminal obrigatória

O artigo 5º, por sua vez, prevê, para aqueles envolvidos em “organizações criminosas”, a compulsoriedade da identificação criminal (vale dizer, o uso dos métodos datiloscópicos e fotográficos de identificação, segundo dispõe a Lei 12.037/2009, em seu artigo 5º), enquadrando-se na exceção constitucional. Efetivamente, a Carta Política prevê em seu artigo 5º, LVIII que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Em que pese o permissivo constitucional forçoso concluir pela inconstitucionalidade da norma em comento, uma vez que esta generaliza a aplicação de um instituto de incidência excepcional, tendo em conta o caráter discriminatório e estigmatizante da identificação criminal. Não há porque proceder-se à identificação criminal de um indivíduo, tendo este já sido identificado civilmente. Eis o espírito da disposição constitucional quando previu a excepcionalidade do instituto. Assim sendo, só será razoável ignorar a identificação civil em caso de dúvida acerca da identidade do acusado, seja qual for a gravidade do delito investigado, sob pena de desrespeito à presunção de inocência.

#### 4.4.4 Agente infiltrado

A Lei 10.217, de 11 de abril de 2001, introduziu no ordenamento jurídico pátrio a figura do agente infiltrado, inserindo no artigo 2º, da Lei 9.034/95, o inciso V, que prevê a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Brasil pelo Decreto 5.015/04, prevê, outrossim, em seu artigo 20, item 1, a possibilidade de operações de infiltração, por parte das autoridades competentes em seu território. Assim dispõe a redação do dispositivo:

*[...] se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.*

A infiltração de agentes consiste na inserção de pessoa integrante da estrutura do Estado em um grupo voltado para a prática delitativa, a partir da ocultação de sua verdadeira identidade, com o objetivo de obter informações e o conseqüente desmantelamento da articulação criminosa.

A Lei 9.034/95 já havia previsto tal figura em sua redação original a qual, contudo, fora objeto de veto presidencial. Dispunha o antigo inciso I, do artigo 2º, da lei em comento a possibilidade de “infiltração de agentes de polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer co-participação co-delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Decreto-lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, Código Penal, de cuja ação se pré-excluiu, no caso a antijuridicidade”.

Tal redação, contudo, fora vetada pelo fato de prescindir para a realização do procedimento investigativo de autorização judicial, bem assim consentir de forma expressa a prática de crime, o que representaria uma afronta aos princípios adotados pela sistemática do Código Penal.

A nova redação, por sua vez, passou a exigir a autorização judicial, para execução da medida, deixando de prever, contudo, o âmbito de atuação do agente infiltrado numa “organização criminosa”.

Nessa medida, considerando que a lei nacional não disciplinou um procedimento próprio para o processamento da medida, nem os requisitos para o seu deferimento, Eduardo Araújo da Silva<sup>300</sup>, visando proteger as garantias do acusado, propõe seja aplicado, por analogia, como parâmetro, o procedimento previsto na Lei 9.296/96 que disciplina a interceptação das comunicações telefônicas.

Assim, a infiltração de agentes só seria cabível, em última hipótese, como medida excepcional de investigação, quando não houver possibilidade da prova ser colhida por outros meios disponíveis.

Outro questionamento que se coloca é quanto a possibilidade do agente infiltrado delinquir, participando das ações criminosas, pois a lei brasileira não dispôs acerca dos limites que deverão ser observados pelo agente quando da infiltração.

A figura do agente infiltrado como meio para obtenção da prova é, do ponto vista ético, altamente questionável, porquanto é técnica de investigação criminal que se funda na dissimulação e engano.

Por essa razão, afirma Antonio Magalhães Gomes Filho que a previsão de infiltração de agentes policiais nas organizações criminosas é incompatível com a dignidade e a reputação da Justiça Penal e não se coaduna com os valores resguardados na Constituição.

#### **4.4.5 Proibição de liberdade provisória**

Num verdadeiro processo de contaminação do Direito Penal do Cidadão, o legislador brasileiro trouxe a previsão no seu artigo 7º da proibição de concessão de liberdade provisória, denotando que o espírito da lei em questão foi o de, efetivamente, dar tratamento inocuidador aos inimigos, membros das denominadas organizações criminosas.

Com efeito, preconiza o dispositivo que “não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa”.

Tal proibição, prevista na redação original da Lei de Crimes Hediondos, passa a figurar em mais um diploma legal pátrio, num processo de alargamento do Direito Processual Penal do Inimigo.

Efetivamente, tal disposição é exemplo de supressão de garantia processual típica de legislações do terror. Revela-se inconstitucional qualquer redução de qualquer direito fundamental ou garantia pela análise da gravidade em abstrato do delito, uma vez que a regra é a liberdade.

Por força do art. 5º, LXI, da Carta Política só cabe prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. Conforme assevera Luiz Flávio Gomes,<sup>301</sup> a exigência de fundamentação da prisão afasta a possibilidade do Poder Legislativo, por critérios abstratos, impor a prisão. Proibir a liberdade provisória através de uma norma geral implica retirar do Poder Judiciário o exercício da atividade decisória, numa violação aos princípios da independência e separação de poderes. De conseguinte, não tem o legislativo legitimidade para substituir o juiz na decisão de decretar ou não uma prisão, em cada caso concreto.

Além disso, a previsão da chamada “prisão preventiva obrigatória” é violadora da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, preconizado no artigo 5º LIV (*ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal*), e da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, LVII (*ninguém será considerado culpado até*

*o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*), pois calcada não na necessidade processual da custódia, mas na natureza do crime em apuração.

Com efeito, a prisão preventiva do acusado, quando ausentes os requisitos para tanto, constitui antecipação de pena. Se o acusado cumpre pena antes da formação da culpa, inexistente o estado de inocência, restando configurado o indevido processo penal.

#### **4.4.6 Exigência da prisão para apelar**

Indo mais além do quanto estatuído na Lei de Crimes Hediondos, o diploma em comento proibiu o apelo em liberdade provisória, dispondo em seu artigo 9º que: “o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei”. Assim, o legislador, ao exigir o recolhimento do réu à prisão para apelar, acabou por criar mais um requisito de admissibilidade do recurso.

Demais disso, condicionar o conhecimento do recurso ao recolhimento do acusado implica cercear o acesso ao segundo grau de jurisdição, decorrência do princípio da ampla defesa.

Todas as considerações expendidas acerca da inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória pela Lei 9.034/95 são, nesse particular, também válidas. Tanto o é que recentemente o Superior Tribunal de Justiça publicou a súmula 347, cujo enunciado pugna que “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.

Na esteira do entendimento jurisprudencial sumulado, o legislador, por ocasião da pequena reforma processual penal, empreendida em 2008, revogou, por meio da Lei 11.719 de 20 de junho do mesmo ano, o artigo 594 do Código de Processo Penal, que exigia para o apelo o recolhimento do réu à prisão, *verbis*: “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

Nesse passo, forçoso convir que o dispositivo em comento, que desde o seu nascedouro representa uma violação de garantias, atualmente, encontra-se em completa dissonância com a atual sistemática penal, pelo que deve ser considerado tacitamente revogado e rechaçado de uma vez por todas do ordenamento.

#### 4.4.7 Vigilância eletrônica

Na legislação em questão fora prevista, ainda, como meio de obtenção da prova a interceptação ambiental, também denominada de vigilância eletrônica. Assim, disciplinou o seu artigo 2º, IV, “a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”.

É medida também prevista na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Brasil pelo Decreto 5.015/04, em seu artigo 20, item 1:

*[...] se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a **vigilância eletrônica** ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.*

A interceptação ambiental refere-se à captação clandestina de conversa por terceiro no próprio ambiente em que ela se desenvolve. A escuta ambiental é a gravação do colóquio por um dos interlocutores.

A disciplina legal da interceptação ambiental ampliou sobremaneira o texto constitucional, o qual admitiu apenas excepcionalmente a violação das comunicações telefônicas, resguardando o direito à intimidade dos investigados.

Assim, não poderia o legislador ordinário ter ampliado os limites previstos no texto constitucional, figurando a interceptação ambiental como mecanismo inconstitucional de investigação.

É certo que não existem direitos absolutos, contudo, considerando que o texto constitucional ao excepcionar a inviolabilidade das comunicações não fez menção às interceptações ambientais, forçoso convir que não poderia o legislador ordinário fazê-lo.

#### 4.4.8 A figura do “juiz inquisidor”

Destaque-se, também, que o legislador ordinário, num desrespeito ao sistema acusatório, previu, no artigo 3º da lei em destaque, a possibilidade de realização de diligência

persecutória pelo juiz, fazendo renascer a figura do juiz inquisidor, típica de sistemas pouco democráticos.

No sistema acusatório, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz e todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural. É o chamado processo de partes, no qual resta bem delineado os papéis atribuídos à acusação, defesa e também ao julgador.

Já no sistema inquisitório (ou inquisitivo) as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas no órgão julgante.

O sistema acusatório foi o modelo oficialmente adotado no Brasil, eis que a Constituição Federal de 1988 vedou ao juiz a prática de atos típicos de parte. Nessa medida, no sistema acusatório, o juiz nasce como figura independente e imparcial, livre da tarefa persecutória, a cargo de órgão específico incumbido da acusação.

Não é por outra razão que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública, conforme teor do artigo 129, I, da Carta Política. De conseguinte, recai sobre o *Parquet* as funções de acusar, como também o ônus de provar a acusação levantada no curso do processo criminal.

A par desse entendimento, o artigo 3º, da Lei 9.034/95 incumbiu o julgador de funções investigatórias e probatórias típicas de acusador, sob pretexto de resguardar a intimidade dos acusados. Previu o legislador, na hipótese de ser necessário o acesso a dados e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, fosse a diligência realizada pessoalmente pelo magistrado, adotando-se o segredo de justiça, conservando a prova fora dos autos.

Desse modo, o legislador tornou o juiz figura proativa na persecução, vulnerando-lhe psicologicamente a sua imparcialidade.

Efetivamente, a atividade coletora de prova, quando realizada pelo juiz, contribui de forma tendenciosa para a formação do seu convencimento, uma vez que inevitavelmente restará formulada por ele a idéia preconcebida e desequilibrada em face dos sujeitos da relação processual.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, o aludido dispositivo já nasceu com a pecha da inconstitucionalidade, por ferir a mais importante garantia do devido processo legal, que é a imparcialidade do juiz, além de vulnerar o modelo acusatório, de processo de partes, instituído pela Constituição de 1988.<sup>302</sup>

Com o advento da Lei Complementar 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, passou-se a considerar prejudicado o artigo 3º da Lei 9.034/95, no tocante aos dados e informações bancárias e financeiras, uma vez que a disciplina da matéria passou a ser tratada por lei complementar superveniente que estendeu a quebra do sigilo em caso de crimes praticados por organizações criminosas.

Em 2004, o artigo 3º da Lei 9.034/95 fora objeto da ação direta de inconstitucionalidade n. 1.570-2, pelo que foi declarada a inconstitucionalidade do dispositivo mencionado, no tocante aos dados fiscais e eleitorais, haja vista a anterior revogação no tocante ao sigilo bancário e financeiro, sob o argumento de comprometimento do princípio do juiz inquisidor,<sup>303</sup> restando afastado o aludido dispositivo do ordenamento pátrio.

A partir das considerações retro delineadas, verifica-se ser a Lei 9.034/95 uma das maiores manifestações do Processo Penal do Inimigo no sistema jurídico brasileiro. Com efeito, o diploma traz em seu bojo inúmeros dispositivos que contemplam a idéia da “luta contra a criminalidade”, formulada por Jakobs.

São mecanismos investigativos que, sub-repticiamente inseridos no ordenamento brasileiro, vem causando lamentável degeneração no Processo Penal do Cidadão, ao arripio dos preceitos propalados pela Magna Carta cidadã.

#### 4.5 LAVAGEM DE DINHEIRO

A seguir será analisada a Lei 9.613/98, a denominada Lei de Lavagem de Dinheiro, a qual traz ínsita uma série de mecanismos persecutórios violadores do sistema processual penal, como a inversão do ônus da prova, aplicação da delação premiada, julgamento à revelia, proibição da liberdade provisória, direcionados aos acusados dos crimes ali elencados, considerados “perigosos” ou “inimigos sociais”.

##### 4.5.1 Contextualização histórica

Em 1998, o legislador brasileiro, em consonância com o movimento internacional de elaboração de leis penais atinentes à lavagem de dinheiro, editou a Lei 9.613, tipificando o delito em questão em seu artigo 1º.

Efetivamente, uma das maiores preocupações do mundo ocidental na década de 90 referiu-se à criminalização da lavagem de dinheiro. Isso porque, diversos países, como

também o Brasil, participaram, no ano de 1988, da Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, realizada em Viena, assumindo o compromisso internacional de reprimir esses tipos de condutas.<sup>304</sup>

Naquela época, houve uma intensa produção legislativa no plano internacional, com vistas à regulamentação da ordem econômica e tipificação de condutas voltadas à incorporação ao sistema financeiro de bens e valores de origem ilícita.<sup>305</sup> Desse modo, face à insuficiência dos tipos penais tradicionais, uma série de comportamentos foram criminalizados, passando a “lavagem de dinheiro” a ser tratada como crime em muitos países.<sup>306</sup>

A partir de um olhar histórico, verifica-se que, inicialmente, os esforços empreendidos derredor da temática tinham por objetivo reprimir de maneira autônoma o crime de lavagem de dinheiro “sujo”, oriundo do tráfico ilícito de drogas.

A criminalização da lavagem de dinheiro surge, então, como forma de coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que, constatada a inoperância do Direito Penal para evitar o tráfico de drogas, resolveu-se punir suas conseqüências, mediante o entrave dos fluxos financeiros provenientes do comércio ilícito de entorpecentes.

Assim, a guerra contra o tráfico e a aplicação dos seus rendimentos em atividades economicamente rentáveis, a narcolavagem, foram a mola propulsora da implementação de políticas e mecanismos, visando o combate da lavagem de capitais.<sup>307</sup> Com efeito, no início da década de 90, pretendeu-se reprimir o tráfico de drogas, através do confisco dos denominados “narcodólares”.

Demais disso, muitos são aqueles que vinculam a atividade de lavagem de capitais à denominada criminalidade organizada, afirmando-se que, da alta capacidade de acumulação de poder econômico, característico das organizações criminosas, decorreria a necessidade de legalizar o lucro obtido ilicitamente, dando margem às mais variadas formas de lavagem, a fim de que os valores originalmente ilícitos pudessem retornar licitamente ao mercado financeiro.<sup>308</sup>

Por lavagem de dinheiro deve-se entender a conduta voltada a dar aparência de legalidade a bens produtos de delitos, mediante sua aplicação em atividades econômicas lícitas. De acordo com Raúl Cervini, são os mecanismos voltados à transformação em lícitos bens derivados de uma atividade ilícita,<sup>309</sup> que acabam por violar a ordem socioeconômica.<sup>310</sup>

A conduta de lavagem de dinheiro é permeada por um complexo de atos, os quais a doutrina e especialistas da matéria costumam agrupar em três grandes fases encadeadas, quais sejam: ocultação, dissimulação e integração.

A ocultação consiste na atividade de distanciar-se do bem, direito ou valor de origem criminosa. É o procedimento voltado a esconder a origem criminosa do objeto da lavagem. Ocultar significa “não deixar ver”, devendo ser compreendido como não deixar ver a origem criminosa do bem.<sup>311</sup> Na etapa da dissimulação dá-se aparência de lícito aos ativos ilícitos. Transforma-se o objeto da lavagem em ativos limpos. Na terceira fase, a integração, opera-se o retorno do objeto da lavagem já com roupagem de licitude, ou seja, reintegra-se ao sistema econômico a massa patrimonial derivada de condutas ilícitas como se lícita fosse.

A lavagem de dinheiro, assim, não se opera com a simples ocultação do produto ilícito, fazendo-se necessário que o agente lhe dê uma aparência idônea. É preciso que o agente tenha a intenção de recolocar no mercado o produto do crime, dando-lhe aparência de lícita.<sup>312</sup> Daí a lavagem de dinheiro não se confundir com o delito de receptação, eis que aquele delito representa um *plus* em relação a este, tendo em vista o seu elemento subjetivo.

O legislador pátrio adotou a terminologia “lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores” para tratar do fenômeno. Consigne-se que são diversas as denominações utilizadas no Direito estrangeiro, como “money laundering” (no português, lavagem de dinheiro), “riciclaggio del denaro” (no português, reciclagem de dinheiro), “blanqueo de capitales” (no português, branqueamento de capitais), “lavado de dinero” (no português, lavagem de dinheiro), “branqueamento de capitais”, tendo a expressão “lavagem de dinheiro” popularizado-se.

O vocábulo “lavagem” tem origem na década de vinte, em Chicago, nos Estados Unidos (*money laundering*), quando as máfias norte-americanas passaram a utilizar lavanderias para esconder a procedência ilícita do dinheiro que alcançavam com suas atividades criminosas.<sup>313</sup>

Por ter a atividade de lavagem de capitais nascido como fenômeno criminal atinente à denominada delinqüência organizada voltada para o narcotráfico, a Lei de lavagem de capitais, em consonância com a postura adotada pelo legislador quando da disciplina do combate ao crime organizado e do tráfico de drogas, previu inúmeras normas de caráter simbólico, violadoras dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Nesse passo, a Lei 9.631/98 surge como mais um exemplo do despreparo técnico e jurídico do legislador, movido por um sentimento de guerra contra os inimigos internos, produzindo o que se denomina Direito Penal “simbólico”, do qual se origina o fenômeno do Direito Processual Penal do Inimigo.

#### 4.5.2 Imprecisão da figura típica

Aspecto que merece ponderação diz respeito à estrutura e configuração do tipo, o denominado tipo diferido, aquele que depende de crime precedente para a sua conformação. Com efeito, o legislador pátrio considerou criminosa a conduta de atribuir aparência de licitude a bens e valores que estejam relacionados com determinados crimes anteriores.

Desse modo, consoante observa Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, a concepção dada ao rol de crimes prévios enquadra-se no movimento de segunda geração, porquanto não limitada ao narcotráfico (primeira geração), nem ampliativa ao ponto de considerar delito antecedente qualquer infração penal (terceira geração).<sup>314</sup>

O contexto social e jurídico quando da edição da Lei de lavagem de capitais era exatamente o de coibir a ocultação de valores provenientes de condutas ilícitas e, por via de consequência, coibir a própria prática de tais condutas. Vale dizer, ao definir quais crimes prévios ensejam a punição por lavagem, busca-se, em última análise, evitá-los. Incriminar a lavagem é, então, forma de dificultar a proliferação de tais condutas por conta dos malefícios que trazem para a ordem social.<sup>315</sup>

Nesse espectro, o legislador pátrio previu um rol taxativo de delitos os quais poderão ensejar à lavagem de dinheiro. Assim, estabelece o artigo 1º da Lei nº. 9.613/98:

Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I- de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II- de terrorismo;

III- de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV- de extorsão mediante seqüestro;

V- contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI- contra o sistema financeiro nacional;

VII- praticado por organização criminosa

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

O artigo 2º, II, por sua vez, dispõe que os crimes de lavagem de dinheiro independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes, mas, tão-somente, da constatação de indícios desses delitos.

O legislador, num verdadeiro afã punitivo, quis conceder autonomia ao crime de lavagem de dinheiro, não se exigindo a prova cabal dos delitos antecedentes para que reste configurada a tipicidade do crime de lavagem de dinheiro. Corroborando tal entendimento, um setor da doutrina vaticina ser o crime de lavagem autônomo, não estando condicionado ao processo e julgamento do crime antecedente.<sup>316</sup>

Contudo, não se pode concordar com tal posicionamento, eis que violador da legalidade penal, tendo em conta que, admitir a condenação de um indivíduo, sem a absoluta certeza da realização de todos os elementos previstos no tipo, redundaria num Direito Penal Penal inquisitorial, despótico, autoritário, quando a mera suspeita substituiria a verdade.<sup>317</sup>

Nesse diapasão, assevera Fábio Roberto D'ávila que a dúvida quanto a ocorrência do crime antecedente resultaria na incerteza quanto a um dos elementos objetivos do tipo em questão, impossibilitando, conseqüentemente, a sua adequação legal.<sup>318</sup> Nesse sentido, somente os indícios do crime antecedente não são suficientes para a condenação pelo delito de lavagem.

Efetivamente, previu-se determinada conduta punível, cuja adequação típica depende da existência de um crime antecedente, vale dizer, a lavagem de dinheiro vincula-se de maneira intrínseca ao prévio cometimento de infração penal. Por conseguinte, sendo o crime antecedente elementar do tipo penal de lavagem de dinheiro, havendo dúvida sobre a existência do crime antecedente, não poderá o magistrado condenar o réu pelo delito de lavagem de capitais.

#### **4.5.3 Do julgamento à revelia**

Questão que salta aos olhos diz respeito ao quanto disposto no artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei 9.6313/98, que trata da inaplicabilidade do artigo 366 do Código de Processo Penal.

O artigo 366 do Código de Processo Penal brasileiro trata da suspensão do processo em caso de citação por edital quando o acusado não comparecer, nem constituir advogado. Preconiza o dispositivo que: “se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz

determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312”.

Desse modo, se o acusado, citado por edital, não comparecer e nem constituir advogado, o processo será suspenso, assim como o curso do prazo prescricional. Ou seja, faz-se necessária a observância dos seguintes requisitos: “citação por edital”, “não comparecimento do réu” e “não constituição de advogado”, como condição *sine qua non* para a aplicação da mencionada norma.

Tal redação fora introduzida no ordenamento pátrio por ocasião da publicação da Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, que estabeleceu novo tratamento da revelia no processo penal, sob o fundamento constitucional da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal.<sup>319</sup>

De conseguinte, a alteração legal veio a consagrar a garantia, estatuída em normas internacionais, que tem o acusado de ser informado do inteiro teor da peça acusatória. Efetivamente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, conhecido como *Pacto San José da Costa Rica* estabelece em seu artigo 8º, 2, que:

*Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:*

*a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;*

***b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;***

*c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;*

*d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; [...].*

Considerando que o então Vice-Presidente da República Federativa do Brasil, Itamar Franco, mediante o Decreto nº. 678 de 06 de novembro de 1992, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tal norma ingressou no ordenamento pátrio ostentando *status* constitucional, consoante assevera o texto constitucional disposto no artigo 5º, § 2º, da Carta Magna.

Outrossim, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no seu artigo 14, dispõe sobre o tema. Registre-se que o então Presidente da República, Fernando Collor,

mediante o Decreto nº. 532, de julho de 1992, incorporou norma internacional ao ordenamento jurídico pátrio, *in verbis*:

Art. 14 - 1. Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. **Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente**, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tomar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) **a ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;**
- b) a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;
- c) a ser julgada sem dilações indevidas;
- d) a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;
- e) a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;
- f) a ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;
- g) a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Como já pontuado anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro, em absoluta conformidade com as evidenciadas normas internacionais e, obviamente, com os postulados constitucionais, estabeleceu novo tratamento da revelia no processo penal, quando o réu é citado por edital.

Neste contexto, apenas a título de ilustração, cabe evidenciar, a partir de uma análise de Direito Comparado, que países como a Alemanha, Áustria, Reino Unido, Canadá, Holanda, Suécia, Suíça, Noruega, Finlândia, Portugal e quase todos os países da América Latina, não permitem a condenação a revelia.<sup>320</sup>

Contudo, a par da sistemática adotada no Código de Processo Penal brasileiro, o artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei 9.6313/98 dispôs que “*no processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal*”, numa previsão flagrantemente violadora de preceitos constitucionais inegociáveis em um Estado Democrático e de Direito.

O mencionado dispositivo inserto na Lei 9.613/98 se encontra em absoluta desconformidade com a ordem constitucional vigente, pois representa grave violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, na contramão de um Direito Processual Penal Constitucional, evidenciando nítidos traços do processo penal do inimigo.

Com efeito, um processo a revelia do acusado não pode ser, assim, um “processo de partes”. A ausência de réu macula a construção da verdade processual, pondo em risco a estrutura acusatória constitucionalmente construída.<sup>321</sup>

Além disso, o dispositivo, em epígrafe, viola o princípio da proporcionalidade, pois de aplicação prevista, tão-somente, para o processamento de delitos de lavagem. Assim, o que justificaria a incidência de tamanha restrição para os delitos em questão?

Se para delitos de maior gravidade não se adotou tal medida, inconcebível, mais uma vez, a previsão de julgamento à revelia para os delitos previstos na lei em estudo, restando, senão outra, a conclusão de que se trata de norma de exceção, utilizada para o combate a inimigos, verdadeira manifestação, pois, do Processo Penal do Inimigo.

Segundo Luiz Flávio Gomes, o art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.613/98 é mais um exemplo de lei que é um “não-direito”, de desconhecimento total do legislador dos seus limites. Efetivamente, o legislador ordinário com tal previsão extrapolou os limites constitucionais, ferindo o devido processo penal.

Assevera o autor que o princípio do devido processo legal acha-se hoje amplamente constitucionalizado, constituindo sua parte rígida, isto é, não pode ser afetada pelo legislador ordinário, cujo poder de alteração ou de inovação diz respeito somente à parte flexível do devido processo. Ao ignorar essa regra elementar, acaba o Poder Legislativo indo muito além dos limites legiferantes inerentes ao Estado de Direito.<sup>322</sup>

#### 4.5.4 Da aplicação da delação premiada

No mesmo sentido, o artigo 1º, parágrafo 5º, previu a possibilidade de aplicação do instituto da delação premiada, como criticado método de investigação. Dispõe o dispositivo que:

*[...] a pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.*

Conforme já ponderado linhas acima, a delação premiada constitui meio de investigação incompatível com o Estado Democrático de Direito, eis que afronta uma série de princípios, máxime o da culpabilidade e o da individualização da pena, além de valorizar traição, estimulando-a no seio da sociedade.

Por conta disso, ao contemplar a controvertida delação premiada como arma de combate ao crime de lavagem de capitais, o legislador segue no processo de alargamento do aqui denominado Processo Penal do Inimigo.

#### 4.5.5 Da absoluta proibição de liberdade provisória

Cumprido salientar que, no artigo 3º, fora inserida norma que trata da proibição da liberdade provisória para acusados da prática de lavagem de dinheiro. Assim, como nas demais legislações já analisadas, verifica-se que o legislador incorreu no erro de tentar conter a criminalidade com corte de direitos e garantias fundamentais.

Consoante já asseverado *supra*, proibir de forma abstrata a concessão da liberdade provisória é flagrantemente inconstitucional, tendo em vista que o cerceamento da liberdade deve ser tratado no Estado Democrático e de Direito como exceção.

Nesse passo, somente o Judiciário tem a prerrogativa para confiscar a liberdade de acusados pela prática de crimes e mediante decisão fundamentada, não podendo o Legislativo, em qualquer hipótese, apropriar-se da função inerente ao julgador, na decisão de decretar ou não uma prisão, em cada caso concreto.

#### 4.5.6 Inversão do ônus da prova

Na esteira do quanto assinalado, o legislador previu no parágrafo 2º do artigo 4º a inversão do ônus da prova, em total desfavor daquele acusado pela prática de lavagem de dinheiro, cabendo ao investigado provar a origem lícita dos bens e valores apreendidos.

Reza o dispositivo que “o juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem”, na contramão de todo o arcabouço principiológico em que se funda o sistema acusatório, que concebe o processo penal como um sistema de garantias.

Com efeito, é característica inerente ao sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação. Nessa medida, o poder de acusar supõe o dever estatal de provar licitamente a imputação penal, entendimento este que deve, inclusive, ir além dos limites prenunciados pelo artigo 156 do Código de Processo Penal: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”. Efetivamente, no processo penal, o ônus da prova é sempre da acusação, não devendo ser repartida, como no processo civil.

Nessa linha de raciocínio, tem-se por absurda, autoritária e, sobretudo, inconstitucional a exigência operada pelo legislador dada a sua flagrante afronta ao princípio da presunção de inocência.

Desse modo qualquer iniciativa nesse sentido, seja no plano legislativo, ou no judicial deverá ser rechaçada. Nessa linha de intelecção manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

Processo penal. Ônus da prova da acusação. Documento da defesa ignorado pelo magistrado. Nulidade da sentença.

“O órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência. É característica inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação, sendo vedado, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Carece de fundamentação idônea a decisão condenatória que impõe ao acusado a prova de sua inocência, bem como ignora documento apresentado pela defesa a teor dos artigos 231 e 400 do Código de Processo Penal. Ordem concedida para anular a decisão condenatória, para que outro julgamento seja proferido, apreciando-se, inclusive, a prova documental ignorada” (STJ - 6ª T. - HC 27.684 - rel. Paulo Medina - j. 15.03.2007 - DJU 09.04.2007).

Portanto, a previsão de inversão do ônus da prova trata-se de mais uma medida processual influenciada por um Direito Penal de periculosidade social e de autor, que possui, como referência para a intervenção penal, a definição do crime como uma “atitude persistente

de desapego, de distanciamento da ordem sócio-jurídica em que o indivíduo se desenvolve”.<sup>323</sup>

Como se viu nessas breves linhas, constata-se que a Lei 9.613/98 também representa mais uma manifestação do Processo Penal do Inimigo no Brasil, por ter sido concebida como uma lei de combate a um determinado tipo de criminalidade e conter em seu bojo diversos institutos violadores de direitos fundamentais.

#### 4.6 LEI DE DROGAS (LEI 11.343/2006)

Durante muitos anos vigorou no Brasil a Lei nº. 6368/76 que possuía 47 artigos e dispunha “*sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências*”.

Após muitas discussões, travadas ao longo de onze anos, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei nº. 10.409/02, “*que dispunha sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde*”.

O projeto de Lei nº. 1.873 de 1991, concebido para disciplinar toda a questão referente às drogas no Brasil, teve boa parte de seus artigos vetados pelo Presidente da República que o sancionou apenas parcialmente, suscitando inconstitucionalidade. Em apertada síntese, vale registrar as razões dos vetos:

*A inconstitucionalidade de artigos isolados do projeto, bem como o veto sugerido a todo o capítulo III, que trata dos crimes e das penas, resulta na incapacidade de o sistema legal proposto substituir plenamente a Lei nº. 6368/76. Além disso, o espírito do projeto é compatível com a Lei nº. 6368/76, que, embora carente de atualização, vem permitindo a sedimentação da jurisprudência ao longo de mais de duas décadas. O legislador, ciente dos avanços tecnológicos, da complexidade crescente da criminalidade, e da necessidade de tratamento jurídico diferenciado entre traficantes e usuários de droga, aprovou o projeto. Todavia, repita-se, a incompatibilidade de alguns dispositivos com a Constituição barrou alguns avanços. Por causa disso, estuda-se a elaboração de projeto de lei em regime de urgência para, sanados os vícios, alcançar à sociedade os aspectos positivos que o legislador sensivelmente expressou. Assim, o projeto soma-se à ordem legal já vigente. Apenas são derogadas as normas que tratam de matéria especialmente veiculada nos artigos, parágrafos e incisos sancionados.*

Neste contexto, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso um novo projeto de lei (nº. 6.108/02), que tramitou por dois anos na Câmara dos Deputados, tendo sido apensado ao Projeto de Lei nº. 7.134/02, originário do Senado Federal (PLS nº. 115/02).

A Câmara, após análise em conjunto dos dois projetos, aprovou no Plenário, no ano de 2004, o Substitutivo da Câmara dos Deputados (PLS nº. 7.134-B).

Enfim, diante das alterações feitas pela Câmara, o projeto retornou ao Senado, dando origem em 07 de outubro de 2006 a atual Lei de Drogas (Lei nº. 11.343/2006) que institui “*o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para a prevenção do uso indevido, atenção a reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para a repressão a produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, define crimes e dá outras providências*”.

Vale registrar que, muito embora a referida lei tenha definido os crimes de drogas, ainda permanece sua tipificação na dependência do que o Poder Executivo venha a considerar por substâncias psicotrópicas, entorpecentes, precursoras e outras sob controle especial, por meio de portaria, como ocorre atualmente através da Portaria SVS/MS nº. 344, de 12 de maio de 1998.

A citada norma possui eficácia limitada, na medida em que depende da conceituação e enumeração das mencionadas substâncias. Todavia, como já exposto, esta dependência está vinculada ao Poder Executivo o que representa uma violação à separação dos poderes, cláusula pétrea prevista na Constituição Federal.

Como é cediço, os poderes, em um Estado Democrático, devem ser harmônicos e independentes entre si, possuindo funções típicas e atípicas como meio de substancializar o postulado dos “freios e contrapesos”

Assim, melhor seria que o preenchimento do conceito de drogas e sua respectiva enumeração fossem dados pelo próprio poder legislativo.

A atual legislação de prevenção e combate ao uso de drogas ilícitas foi orientada por uma “política criminal de caráter dúplice”<sup>324</sup>, ou seja, se por um lado observou-se uma preocupação com a prevenção e uma especial atenção para a reinserção de usuários e dependentes, por outro lado houve uma forte repressão ao tráfico ilícito de drogas, o que evidencia uma clara opção por uma expansão do direito penal, como “força motriz” para a resolução dos problemas sociais.

A despenalização da conduta de posse para consumo próprio, prevista no artigo 28 da mencionada lei, e a conseqüente previsão de métodos educativos como fatores a

mobilizarem a consciência acerca do consumo de drogas ilícitas, denota a opção por uma política de reinserção social, como será exposto adiante.

Diametralmente oposta foi a política adotada com relação à conduta do tráfico ilícito de entorpecentes. O legislador optou por uma severa e desproporcional repressão, ao ponto de atribuir pena mínima de 08 anos para a conduta de financiamento e custeio da prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 34, além de prever a possibilidade de utilização de agentes infiltrados e de estabelecer dificuldade para a progressão de regime, como evidenciam os artigos 53 e 44, respectivamente, que serão mais bem tratados ao longo do presente tópico.

A escolha por demasiada repressão pode ser explicada, na medida em que se estabeleceu uma crença acerca da criação dos riscos sociais e do seu respectivo incremento pela conduta do tráfico ilícito de drogas. Neste contexto, o traficante, enquanto agente personificado do tráfico, é eleito à condição de inimigo que merece um tratamento diferenciado.

Aplicando-se a tese de Jakobs, seria inimigo por possuir um déficit cognitivo ao ponto de frustrar as expectativas normativas, de maneira que, agiria como inimigo da sociedade e do Direito, sendo, por isso mesmo, merecedor de um tratamento diferenciado apto a flexibilizar as suas garantias constitucionais.

Todavia, verificar-se-á adiante, que tal política criminal, influenciada pela “*war on drugs*” (guerra as drogas) *estadunidense*<sup>325</sup>, afigura-se equivocada na medida em que se revelou ineficaz no combate ao tráfico e consumo de drogas. Isto porque, como bem defende Joel Eliseu Galli<sup>326</sup>, quando o sistema penal administra o risco, há uma clara transferência de atuação do Estado para o “campo do simbólico”, pois alimenta nos indivíduos a falsa sensação de que a insegurança advém da ação criminosa de “inimigos” da ordem social.

Tecidas essas breves considerações, vale esclarecer que, para efeitos do presente trabalho, o que se propõe é uma análise constitucional acerca dos aspectos procedimentais da referida lei, sejam os da fase processual propriamente dita, sejam os da fase inquisitória, com o objetivo de identificar os efetivos institutos que retratam um Processo Penal do Inimigo em desconformidade com a Ordem Democrática vigente.

#### **4.6.1 Aspectos Procedimentais da Lei nº. 11.343/2006. Reflexões à Luz da Constituição Federal de 1988**

Como já pontuado, a atual lei de drogas buscou trazer um tratamento diferenciado para o consumidor de drogas ilícitas, ou seja, de verdadeira reinserção social.

O artigo 28 da referida lei, que prevê a tipificação penal da posse para o consumo próprio, ao invés de atribuir pena privativa de liberdade, trouxe como sanção a mera advertência sobre os efeitos das drogas, além de aplicação de medida educativa e prestação de serviços à comunidade.

Apenas a título ilustrativo, vale ressaltar que, diante de significativa mudança, iniciou-se um debate doutrinário e jurisprudencial sobre a mencionada conduta, vale dizer, questionou-se se houve uma descriminalização ou despenalização. O Supremo Tribunal Federal, pondo um fim à discussão, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 430.105-9/Rio de Janeiro, decidiu pela despenalização.

Neste contexto, a atual legislação, além de trazer, em princípio, este aspecto positivo que contribui para uma dogmática penal garantista à luz do Estado Democrático de Direito, previu também a redução da pena para a hipótese de consumo compartilhado de droga ilícita, conduta capitulada no artigo 33, § 3º, que, sob a égide da Lei nº. 6368/76, era equiparada ao tráfico.

De outra parte, o tratamento previsto para a conduta do tráfico ilícito de drogas e, em última instância, para o traficante, demonstrou-se, como se verificará logo em seguida, extremamente repressivo e, portanto, de enrijecimento do sistema penal. Dispõe a mencionada lei de drogas, quando se refere às condutas de tráfico, insertas nos artigos 33, caput e §1º, 34 e 37, que o juiz poderá empregar os instrumentos protetivos de colaboradores e testemunhas previstos na Lei nº. 9.807 de 13 de julho de 1999”, além de também estabelecer a expressa possibilidade de utilização do instituto da delação premiada (artigo 41).

Nucci<sup>327</sup>, em feliz interpretação aos mencionados dispositivos, dispõe que o tráfico ilícito de entorpecentes é um crime de perigo abstrato que, além de ferir o princípio da lesividade, agride o princípio penal da intervenção mínima, constituindo faceta do direito penal máximo, de conteúdo antidemocrático.

O instituto da infiltração de agentes também é expressamente previsto por essa lei no artigo 53, cuja relevância impõe a transcrição, *in verbis*:

Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: **I- a infiltração por agentes de polícia**, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes

É o chamado agente encoberto, que, segundo Cláudia Santamaría, pode ser caracterizado como *“funcionario policial o de las fuerzas de seguridad que hace una investigación dentro de una organización criminal, muchas veces, bajo una identidad modificada, a fin de tomar conocimiento de la comisión de delitos”*<sup>328</sup>

A Lei 10.217, de 11 de abril de 2001, ao introduzir o inciso V na Lei 9.034, de 03 de maio de 1995, Lei do Crime Organizado, previu pioneiramente a possibilidade de infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituídas pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Cumpra registrar que a mencionada legislação não trata dos limites que deverão ser observados pelo policial infiltrado. Muito embora a original redação do Projeto de Lei nº. 3.275/2000, do qual resultou a Lei nº. 10.217/2001 tenha vedado qualquer co-participação delituosa, ressalvado o disposto no art. 288 do Código Penal, ou em qualquer tipo análogo, ou da mesma espécie, de cuja ação fica excluída a antijuridicidade (§1º do art. 2º), esse parágrafo foi vetado quando da sanção presidencial, carecendo a matéria, portanto, de tratamento<sup>329</sup>.

Vale ainda esclarecer que haverá exclusão de responsabilidade penal ao agente infiltrado, uma vez que a sua conduta estará justificada pelo exercício regular do direito, não havendo que suscitar cometimento de crime. De outra parte, eventual prática de outras infrações penais pelo agente deve ser analisada no plano da culpabilidade, especificamente no concernente a exigibilidade ou não de conduta diversa.

Ressalvadas tais considerações, que servem apenas para vislumbrar o mencionado instituto à luz da dogmática penal, o que pode ser constatado é que o Estado, com o objetivo de impedir a prática criminosa, **escolhe a opção de participar da produção do delito**, em evidente constatação de sua ineficácia frente às mais sofisticadas práticas criminosas. Como pontua Igor Kozłowski<sup>330</sup>, *“o Estado infiltra-se no âmago de uma organização criminosa e nesta atua de maneira dissimulada”*.

Por outro lado, vale destacar que toda e qualquer tarefa de investigação, por se tratar de ato administrativo, deve estar em plena conformidade com as normas que regem o sistema jurídico-administrativo. Neste sentido, os agentes infiltrados devem conduzir as ações encobertas dentro de um limite mínimo previamente estabelecido por Lei, todavia, como não

há tal previsão, doutrinadores como Igor Kozłowski<sup>331</sup> entendem que cabe ao juiz traçá-lo, sob pena de grave violação aos princípios da Constituição Federal.

Não há como dissociar o estudo do referido instituto dos princípios do Estado Democrático Brasileiro, como por exemplo, a proibição de obtenção das provas obtidas por meios ilícitos, o contraditório e a ampla defesa corolários do princípio do devido processo penal.

Ao lançar mão da infiltração de agentes, o Estado assume a sua ineficácia de controle frente à criminalidade, devendo, portanto, sob pena de mutilação das garantias constitucionais, impor limites a esta dissimulada “atividade”, pois, do contrário, tal técnica excepcional passará a ser utilizada como regra, em clara demonstração de expansão e contaminação do processo penal do inimigo para o processo penal do cidadão.

Neste contexto, já é possível constatar que a atual legislação trouxe uma efetiva política de repressão para com o tráfico ilícito de drogas e, por via de conseqüência, estabeleceu um verdadeiro processo penal que mutila as garantias do acusado.

Como se observou, inicialmente, se para o consumidor a referida lei teria contribuído positivamente com a previsão da despenalização, dispensou tratamento demasiado diferente para com o traficante, de maneira a violar o princípio da proporcionalidade, expressamente previsto na Carta Magna.

Uma lei que estabelece uma política de reinserção para o consumidor de drogas ilícitas e que, por outro lado, prevê uma política demasiada repressora e anti-garantista para o traficante, viola os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Cumprе ressaltar que alguns institutos, tais como a quebra do sigilo de dados pessoais, a interceptação de correspondências e de comunicações telefônicas, as escutas e filmagens ambientais, previstas em outros diplomas, integram a legislação brasileira de exceção e, portanto, permanecem aplicáveis as hipóteses de tráfico de drogas ilícitas, de maneira que não há razão outra para sustentar a necessidade de utilização do instituto da infiltração de agentes e da delação premiada, que não seja para corroborar um espírito de enrijecimento do sistema penal consubstanciado no processo penal do inimigo.

São de clara visualização alguns institutos adotados pela atual lei de drogas essencialmente incoerentes com um Estado que se auto-proclama democrático. A previsão acerca do prosseguimento de diligências policiais após o início de processo e encaminhamento de seus resultados até três dias antes da audiência de instrução e julgamento

retrata um grave ferimento dos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal e, em última instância, do processo penal constitucional.

A atual instrução criminal (artigos 54 a 59 da referida lei) retirou a possibilidade que tinha o Ministério Público (artigo 37, IV da revogada Lei nº. 10.409/02) de deixar, desde que justificadamente, de oferecer denúncia contra os agentes ou partícipes de delitos. Vale dizer, anteriormente, era permitido que o Ministério Público deixasse justificadamente (artigo 129, VIII, da Constituição Federal) de oferecer ação penal, podendo, inclusive, fundamentar o seu pedido em razões de política criminal. Com o advento da atual lei, não há mais essa possibilidade, o que evidencia, mais uma vez, um efetivo recrudescimento do sistema penal.

Segundo Rômulo Moreira<sup>332</sup>, a antiga lei trouxe uma excelente inovação, agora revogada, pois se considerava possível deixar de oferecer denúncia desde que as circunstâncias do fato evidenciassem a insignificância na participação do crime ou a condição de que o agente, em razão de eventual dependência grave comprovada por peritos, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A legislação atual estabeleceu novo procedimento criminal e, neste sentido, previu o interrogatório como o primeiro ato, não acompanhando a tendência da reforma do Código de Processo Penal que, em seu artigo 400, com a redação determinada pela lei nº. 11.719/2008, estabeleceu o interrogatório como essencial meio de defesa a ser realizado no final do procedimento, após a colheita de todas as provas.

Conquanto o interrogatório possa ser fonte de prova, todavia, como estabelece a Constituição Federal, é essencialmente muito mais instrumento de defesa do acusado, daí a reforma do CPP, notadamente orientada, neste aspecto, por uma política criminal garantista, ter alterado substancialmente o procedimento.

É impossível, portanto, conceber a imutabilidade do procedimento relativo à atual lei de drogas, salvo se for para registrar um efetivo retrocesso em termos de garantias em evidente ofensa a Constituição Federal e em infeliz conformidade com o processo penal do inimigo.

Há que se ressaltar também, porque de extrema importância para o presente estudo, que está previsto no artigo 59 da lei que, diante da prática dos crimes previstos nos artigos 33, caput e §1º, e 34 a 37, **o réu para poder apelar deve recolher-se à prisão**, salvo se for primário e de bons antecedentes, reconhecido na sentença condenatória.

Tal artigo é materialmente inconstitucional, haja vista que, além de ferir o princípio da presunção da inocência, viola o quanto disposto no art.93, inciso III, da CF/88, que garante o duplo grau de jurisdição e, por via de consequência, o direito de apelar em liberdade, tanto que já se encontra revogado pelo quanto disposto no art.387, § único, do CPP, alterado pela Lei nº. 11.719/2008.

O conteúdo normativo inserto no artigo 44 da atual legislação de drogas demonstra a árdua política de repressão para com o tráfico ilícito, cuja transcrição se impõe:

*[...] os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.*

Como registra Maria Lúcia Karam<sup>333</sup>, a extração de efeitos gravosos da reincidência para vedar o livramento condicional aos “reincidentes específicos” conflita com o princípio da culpabilidade, além de violar a garantia da vedação do “*bis in idem*”.

O que se vislumbra é uma nociva equiparação da conduta do tráfico aos crimes hediondos, em ofensa aos princípios e garantias fundamentais. Consoante já mencionado elege-se um inimigo e a ele, efetivamente, fecham-se as portas para um tratamento enquanto cidadão, que essencialmente não deixa de ser.

Conforme mencionado acima, a atual lei de drogas (lei nº. 11.343/2006), no seu artigo 44 proibiu a concessão de liberdade provisória nos artigos 33, *caput e § 1º, e 34 a 37*. Como já fora oportunamente destacado quando se tratou de crimes hediondos, a lei nº. 11.464/2007 alterou o artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, que tornava insuscetíveis de liberdade provisória a prática de tortura, **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, bem como terrorismo.

Pela nova redação, não haveria que se falar em proibição a liberdade provisória nos crimes hediondos e assemelhados (incluindo o tráfico de drogas), haja vista que o artigo 2º, II, somente se refere à inafiançabilidade;

Não obstante seja a lei 11.464/07 posterior a lei 11.343/2006, ainda se encontrava resistência na jurisprudência de se conceder liberdade provisória no caso de prisão em flagrante por tráfico de entorpecentes, sob o argumento de que a lei de drogas é especial em relação a de crimes hediondos, não se estendendo os efeitos do novo artigo 2º, II da lei 8.072/90, conforme se verifica nos seguintes julgados:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - A Turma indeferiu habeas corpus em que pleiteada a soltura da paciente, presa em flagrante desde novembro de 2006, por suposta infringência dos artigos 33 e 35, ambos da Lei 11.343/2006(...) Afirmou-se que esta Corte tem adotado orientação segundo a qual **há proibição legal para a concessão da liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas, o que, por si só, seria fundamento para denegar-se esse benefício.** Enfatizou-se que a aludida Lei 11.343/2006 cuida de norma especial em relação àquela contida no art. 310, parágrafo único, do CPP, em consonância com o disposto no art. 5º, XLIII, da CF. Desse modo, **a redação conferida ao art. 2º, II, da Lei 8.072/90, pela Lei 11.464/2007, não prepondera sobre o disposto no art. 44 da citada Lei 11.343/2006, eis que esta se refere explicitamente à proibição da concessão de liberdade provisória em se tratando de delito de tráfico ilícito de substância entorpecente.** Asseverou-se, ainda, que, de acordo com esse mesmo art. 5º, XLIII, da CF, são inafiançáveis os crimes hediondos e equiparados, sendo que o art. 2º, II, da Lei 8.072/90 apenas atendeu ao comando constitucional.” (HC 92495/PE, rel. Min. Ellen Gracie, **27.5.2008**). (Grifou-se).

“TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL - Órgão: PRIMEIRA TURMA CRIMINAL - Classe: HBC – HABEAS CORPUS - N. Processo: 2007 00 2 008000-1 - Relator: Desembargador MARIO MACHADO - EMENTA: HABEAS CORPUS. FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. **A Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.072/90, autorizando a liberdade provisória nos crimes hediondos, não estende seus efeitos ao delito de tráfico de drogas, que tem regra especial no art. 44 da Lei nº 11.343/2006.** A não ser assim, teria havido derrogação de lei especial por norma modificativa de preceito geral mais amplo. No aparente conflito que decorre da nova redação do art. 2º, II, da Lei 8.072/90 - dada pelo art. 1º da Lei 11.464/07, norma geral e posterior, com a expressa vedação do art. 44 da Lei 11.343/06, norma anterior e especial, prevalece esta última, segundo o critério da especialidade.” “TRF 3ª R. - HC 2007.03.00.105.179-2 - (30588) – 1ª T. - Rel Juiz Fed. Johnson di Salvo - A Lei nº 11.343/06, em seu artigo 44, proibiu expressamente a concessão de liberdade provisória para os crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da referida Lei. **Embora tenha a Lei nº 11.464/07 suprimido do texto legal do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90 a vedação à concessão de liberdade provisória aos acusados por crimes hediondos e equiparados, remanesce, in casu, a proibição, tendo em vista a especialidade da novel lei de tóxicos.**” (sublinhou-se).

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO DECORRENTE DE TEXTO LEGAL E DE NORMA CONSTITUCIONAL. I - A proibição de concessão do benefício de liberdade provisória para os autores do crime de tráfico ilícito de entorpecentes está prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06, que é, por si, fundamento suficiente por se tratar de norma especial especificamente em relação ao parágrafo único do art. 310, do CPP. II - Além do mais, o art. 5º, XLIII, da Carta Magna, proibindo a concessão de

*fiança, evidencia que a liberdade provisória pretendida não pode ser concedida.III - Precedentes do Pretório Excelso (AgReg no HC 85711-6/ES, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; HC 86118-1/DF, 1ª Turma, Rel. Ministro Cezar Peluso; HC 83468-0/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; HC 82695-4/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso).IV - "De outro lado, é certo que a L. 11.464/07 - em vigor desde 29.03.07 - deu nova redação ao art. 2º, II, da L. 8.072/90, para excluir do dispositivo a expressão "e liberdade provisória". Ocorre que - sem prejuízo, em outra oportunidade, do exame mais detido que a questão requer -, essa alteração legal não resulta, necessariamente, na virada da jurisprudência predominante do Tribunal, firme em que "da proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos (...) não se subtrai a hipótese de não ocorrência no caso dos motivos autorizadores da prisão preventiva" (v.g. HC 83.468, 1ª T., 11.9.03, Pertence, DJ 27.2.04; 82.695, 2ª T., 13.5.03, Velloso, DJ 6.6.03; 79.386, 2ª T., 5.10.99, Marco Aurélio, DJ 4.8.00; 78.086, 1ª T., 11.12.98, Pertence, DJ 9.4.99). Nos precedentes, com efeito, há ressalva expressa no sentido de que a proibição de liberdade provisória decorre da própria "inafiançabilidade imposta pela Constituição" (CF, art. 5º XLIII)" (STF - HC 91550/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ06/06/2007).Habeas habeas denegado. (STJ, HC 86390/GO, 5ª Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, j. 08/11/2007, DJ 17.12.2007, p. 259).(sem grifos no original).*

Contudo, como sustenta Renato Marcão, ainda que tardiamente, constata-se que o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição Federal vem revendo o seu posicionamento de maneira a reconhecer a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória, superando o argumento de regra especial contraposta a regra geral e considerando a essencial incompatibilidade com o princípio da presunção da inocência, da fundamentação e do devido processo legal<sup>334</sup>.

Nessa linha de raciocínio, em dezembro de 2008 decidiu o Ministro Celso de Mello que a

*[...] vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, riterada no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), tem sido repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, com a presunção de inocência e a garantia do due process, dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República (STF, Med. Cautelar em HC n. 96.715-9/SP, 2ª T.,rel.Min.Celso de Melo, j.19.12.2008, Informativo STF n. 533).*<sup>335</sup>

Após a citada decisão, foi concedida uma liminar pelo Ministro Eros Grau no HC 99278. Em sua decisão, o Ministro relatou que o Supremo vem adotando o entendimento de que o preso em flagrante por tráfico de entorpecentes não tem o direito à liberdade provisória, por expressa vedação do artigo 44 da Lei 11.343/06.

Contudo, Eros Grau lembrou recente decisão do ministro Celso de Mello no HC 97976, segundo a qual “*não se decreta prisão cautelar sem que haja real necessidade de sua efetivação*”. Em sua decisão o ministro Eros Grau observa que o impedimento previsto na lei 11.343/06 para conceder liberdade provisória à pessoa presa em flagrante por tráfico de drogas é “*expressiva afronta aos princípios [constitucionais] da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana*”.

Na avaliação do ministro Eros Grau, “*é inadmissível, em face dessas garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado*”.

Também por decisão do Ministro Eros Grau, o atendente e pintor D.C.T, foi posto provisoriamente em liberdade. Ele foi preso em flagrante com 452,4 g de maconha, em Criciúma, Santa Catarina. Recorreu contra a prisão no Superior Tribunal de Justiça, que negou o pedido de liminar. Contra esta decisão, a defesa impetrou *Habeas Corpus* (HC) 100745 no Supremo Tribunal Federal. D.C.T foi enquadrado por tráfico de drogas.

Ao analisar o caso no Supremo, o Ministro Eros Grau adotou a mesma linha do ministro Celso de Mello, para conceder a liminar em habeas corpus a D.C.T. Ao decidir pela concessão da liminar o ministro Eros Grau observou que “*a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes (...) é expressiva de afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana*”. Para ele, é “*inadmissível, em face dessas garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, além do mais impossibilitado de usufruir benefícios da execução penal*”.

No presente estudo, como já observado, por acreditar que a criação dos riscos sociais e o seu incremento advêm do tráfico, personificado no traficante, este é merecedor de um processo penal que não lhe assegure efetivas garantias e que, por isso mesmo, atribui-lhe um tratamento enquanto inimigo.

É possível constatar um flagrante retrocesso ao sistema inquisitorial, em grave ofensa ao sistema acusatório e ao Estado Democrático de Direito, quando da leitura do artigo 60, que dispõe sobre a possibilidade de determinação *de ofício* pelo juiz (**juiz inquisidor**), seja no curso do inquérito ou da ação penal, da apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos na lei.

Ainda neste mesmo contexto, o suscitado artigo (§2º) estabelece que, desde que provada a origem ilícita do produto, o juiz poderá decidir pela sua liberação. Verifica-se uma inadmissível **inversão do ônus da prova**, em grave ofensa ao princípio do devido processo legal e ao que estabelece o artigo 156 do CPP. Tal inversão também é prevista no artigo 4º, §2º, da Lei nº. 9613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), como já registrado anteriormente.

Diante de tudo quanto exposto, observa-se que os efetivos institutos tradutores de um opressivo processo penal do inimigo violam as garantias fundamentais do acusado, reafirmam a antecipação da tutela, em flagrante ofensa ao princípio da lesividade, do devido processo legal e das garantias asseguradas pela ordem democrática vigente.

O modelo proibicionista das drogas se baseia na imposição de um ideal de abstinência em relação ao consumo de um produto cuja demanda é alta, sendo certo que não será, como não é e não foi até hoje, o Direito Penal que vai conseguir alterar esta realidade.

A questão, portanto, está posta. Existe um problema social que é o tráfico de drogas e se sua demasiada criminalização, baseada na proteção do suposto bem jurídico “saúde pública”, não resolve o problema, a única conclusão que se chega é a de que a utilização do Direito Penal orientado por uma política expansionista é essencialmente ineficaz.

Outra grande questão que se encontra entrelaçada ao tráfico ilícito de entorpecentes é exatamente o “exaurimento” deste através da lavagem de dinheiro, conduta esta prevista pela Lei nº. 9.613/98, também violadora do devido processo penal constitucional, que já tratada em tópico apropriado.

Então, qual a solução para o problema do tráfico? Já se demonstrou que o tratamento altamente repressivo para com o traficante é ineficaz, haja vista o efetivo crescimento da criminalidade no âmbito do tráfico ilícito de entorpecentes nos últimos anos, após a edição da atual lei.

Para ilustrar e corroborar o entendimento de que a edição da Lei 11.343/2006 não teve o condão de alterar a realidade fática, vale elucidar que, em matéria veiculada no site: [www.ultimosegundo.ig.com.br](http://www.ultimosegundo.ig.com.br), em 07 de abril de 2010, registrou-se que “o tráfico de entorpecentes foi o crime com maior aumento de ocorrências no primeiro semestre de ano no Estado de São Paulo, em relação ao mesmo período de 2006. Segundo dados da Estatística da Criminalidade, divulgada pela Secretaria de Segurança Pública do Estado, esse tipo de ocorrência cresceu 26% no período, para 11.441 registros.

No mesmo diapasão, a Folha de São Paulo *on line* ([www.folha.com.br](http://www.folha.com.br)), em matéria veiculada em 26 de julho de 2007, noticia que um relatório divulgado pela Agência da ONU

para Drogas e Crime (UNODC) trouxe más notícias para o Brasil: “ao contrário das tendências de estabilização mundial, o consumo de cocaína e o de maconha aumentaram em 2006 no país”.

O relatório aponta para o crescimento do tráfico de cocaína na região Sudeste, além do aumento da exploração do Brasil por grupos do crime organizado internacional.

Em todo o mundo, de acordo com o UNODC, cerca de 200 milhões de pessoas - ou 4,8% da população mundial entre 15 e 64 anos - usam drogas ilícitas. A cocaína é usada por 14,3 milhões de pessoas, o que corresponde a 0,3% da população nessa faixa etária.

Segundo o mesmo texto, dos 200 milhões de pessoas que usam drogas ilícitas em todo o mundo, mais da metade destas as consome ao menos uma vez por mês. Aproximadamente 25 milhões de pessoas são dependentes químicos.

Neste contexto, é fácil perceber que, malgrado a criação de um sistema repressor, este não se mostrou eficaz. A questão, como já pontuada, diz respeito a um problema social que, para tanto, merece atenção e zelo do Estado e não só do sistema penal.

Não serão o Direito Penal e o Processual Penal, através de uma política de emergência que mutila as garantias estabelecidas na Constituição Federal, os meios hábeis para a solução do grave problema do tráfico de entorpecentes.

Assim, um Estado interveniente, comprometido com a materialização das ações afirmativas e preocupado com uma verdadeira política de redução de danos, contribui, eficazmente, para a diminuição da criminalidade, incluindo-se, neste contexto, o tráfico ilícito de drogas.

Exemplo do quanto aqui defendido, têm no Morro Dona Marta, localizado no Rio de Janeiro, no bairro de Botafogo, destacado como “morro modelo”, haja vista que a efetiva atuação do Estado, enquanto fomentador da educação e da paz social, contribuiu para uma considerável diminuição da criminalidade.

Segundo a informação fornecida pelo site “[www.armabranca.gov.spot.com](http://www.armabranca.gov.spot.com)”, entre 19 de novembro de 2008 a 19 de novembro de 2009, não ocorreu nenhum caso de homicídio, sendo que, neste mesmo período, houve uma queda de 44% do número de roubos de carros.

Os registros de apreensão de drogas cresceram nas comunidades de Cidade de Deus-550% e na Dona Marta-100%. Para o Secretário de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame, a redução nos índices está diretamente ligada ao desarmamento dos traficantes, durante a retomada do território que antes estava sob controle das quadrilhas.

Como defende Paulo Queiroz<sup>336</sup>, a criminalização gratuita e demasiada, primeiro, acaba por inviabilizar a realização de um controle oficial mínimo sobre a qualidade da droga produzida e consumida; segundo, porque os consumidores não têm, em geral, um mínimo de informação sobre os efeitos nocivos de tais substâncias entorpecentes; terceiro, porque o sistema de saúde (hospitais, médicos, planos de saúde etc.) não está minimamente aparelhado para atender aos usuários e dependentes; quarto, porque o próprio usuário é ainda tratado como delinqüente, e, pois, como alguém que, mais do que tratamento, precisa de castigo.

Com uma posição extremamente avançada, assinala Maria Lúcia Karam<sup>337</sup>, “não são, portanto, as drogas que geram criminalidade e violência, nem são os consumidores os responsáveis pela violência dos ‘traficantes’. Consumidores são responsáveis apenas pela existência do mercado, como o são os consumidores de quaisquer produtos. Responsável pela violência é sim o Estado, que cria ilegalidade e, conseqüentemente, gera criminalidade e violência”.

A concepção da sociedade de risco foi manipulada por outro tipo de política criminal - Política Criminal de Emergência. Diante das incertezas e inseguranças propiciadas pela modernidade, a referida sociedade complexa clama por uma intervenção cada vez maior do direito penal, como se ele fosse resolver todos os problemas sociais. É o fenômeno já tratado em capítulo anterior da Emergência Perene, que é viabilizado através de política eleitoreira, instituindo o medo e o clamor por reformas no direito penal que possa garantir a tão sonhada segurança.

Ocorre, assim, uma indiscriminada utilização do direito penal, como forma de exonerar o estado das suas obrigações, aparentando para a sociedade a falsa sensação de segurança, é o que se convencionou denominar de populismo penal ou Direito Penal, meramente, simbólico.

A atual lei de drogas surge, como não poderia deixar de ser, neste contexto social e jurídico. Construiu-se uma crença de que o consumo e, principalmente, o tráfico de drogas ilícitas criam riscos juridicamente proibidos e põem em xeque a segurança, todavia, esquece-se do consumo elevado das drogas lícitas, as quais, embora não sejam menos gravosas do que as ilícitas, por um juízo de conveniência e oportunidade optou-se pela sua permissão.

Ora, vale uma indagação, em que medida existe uma verdadeira preocupação do consumo e do tráfico de drogas ilícitas, se, por outro lado, se observam elevados dados de dependência química e até de morte através do consumo de drogas lícitas, será que esta demasiada criminalização não traduz uma conveniência do Estado?

Diante da análise das informações acima suscitadas e segundo dados do UNODC, **todo ano morrem 5 milhões de pessoas em razão do uso de tabaco, 2,5 milhões em razão do uso de bebidas alcoólicas e 200 mil em razão do uso de drogas ilícitas**, verifica-se uma exacerbação na abordagem do complexo problema do tráfico e consumo de drogas ilícitas<sup>338</sup>.

Mais uma vez, observa-se que há uma transferência para a seara penal de situações que não lhe pertencem, logo não lhe caberá dar as soluções devidas e coerentes. A grande questão é que se há uma efetiva omissão estatal em diversos setores, influenciada notadamente por uma política neoliberal, por outro lado, paradoxalmente, observa-se um clamor por uma intervenção do estado repressor como forma de confirmar uma política criminal de emergência e um Direito Processual Penal violador das garantias constitucionalmente estabelecidas.

A aplicação do processo penal deve ser orientada segundo a Constituição Federal e não vice-versa, de maneira a substancializar os seus postulados essenciais, principalmente no contexto Brasileiro, país de modernidade periférica, que, por mais de 20 anos, persegue a substancialização das garantias e direitos fundamentais.

Neste diapasão, como já restou demonstrado, a atual lei de drogas, ainda que tenha trazido algumas contribuições positivas para com o usuário – desde que ressalvadas as críticas já pontuadas, acerca de um tratamento violador da proporcionalidade, paralelamente atribuiu uma agressiva e ineficaz repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao ponto de se valer de institutos essencialmente nocivos ao Estado Democrático de Direito e caracterizadores de um verdadeiro processo penal do inimigo.

Vale ressaltar, ainda, a problemática acerca da lavagem de dinheiro que o tráfico ilícito de entorpecentes, compreendido enquanto a realização de um grande mercado, produz.

Como bem pontua Rodolfo Tigre Maia<sup>339</sup>, ao citar Chambliss, “*é um axioma sociológico o fato de que depois de uma organização haver se constituído, se desaparecerem as razões para a sua existência, ela buscará e usualmente encontrará um papel alternativo que lhe permita continuar existindo*”.

Efetivamente, não existem estatísticas que identifiquem precisamente a quantidade de dinheiro envolvida no comércio de drogas ilícitas. As relativas à “lavagem” de dinheiro de entorpecentes alcançam centenas de bilhões de dólares.

Como identificou Rodolfo Tigre Maia<sup>340</sup>, o relatório da “*Task Force on Money Laundering* (Força Tarefa contra Lavagem de Dinheiro) divulgado em 1990 calculou que as vendas de heroína, cocaína e maconha rendiam aproximadamente US\$ 122 bilhões/ano. Deste

total, observa-se que em torno de 50 a 70% ficariam disponíveis para fins de “lavagem” de dinheiro (Ramirez, 1991:124). Já o *Office Of National Drug Control Policy* ( *Escritório de Controle Nacional Policial de Drogas*), no mesmo ano, estimou que os gastos dos norte-americanos com consumo de drogas atingiam cerca de US\$ 18 bilhões com cocaína, US\$ 12 bilhões com heroína, US\$ 9 bilhões com maconha e US\$ 2 bilhões com anfetaminas e outras drogas”

Sendo que, com tamanha rentabilidade, investe-se em outros seguimentos do mercado, colaborando para propagação do dinheiro ilícito, através do que se convencionou chamar de “lavagem” de dinheiro.

Diante da vinculação dos crimes referidos, compreende-se a razão pela qual o combate à “lavagem” de dinheiro está previsto entre os dispositivos da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas em 20.12.88, e contemplada pelo Brasil em 1991, mediante Decreto nº. 154 e 26.06.1991.

Posteriormente, em 1998, para combater à “lavagem” de dinheiro ilícito, foi editada a Lei nº. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro).

Neste contexto, destaca Marco Antonio de Barros<sup>341</sup> que o crime de lavagem de dinheiro deriva da ocultação da origem ilícita de valores de outro crime, constituindo-se, portanto, como crime acessório, conforme já tratada acima, em tópico próprio.

#### 4.7 O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com o escopo de desvelar que o instituto da delação premiada representa mais uma manifestação do Processo Penal do Inimigo, questiona-se sua legitimidade em um Estado Democrático de Direito, antes mesmo de se proceder a uma análise desse polêmico método de investigação.

Nesse sentido, cumpre-se indagar se seria legítimo utilizar um instituto que beneficia um agente que comete determinada infração penal, apenas porque facilitou na perquirição da culpabilidade de outro agente? Como sustentá-la à luz de um Estado Democrático que consagra como princípios basilares do Direito Penal, o princípio da Culpabilidade e do Direito Penal do Fato? Será que essa demasiada valorização, pelo sistema, da confissão do acusado não denota um retrocesso para um sistema penal inquisitivo?

As respostas a estas indagações, como se observará, serão no sentido de apontar que a delação é uma verdadeira manifestação do Direito Processual Penal do Inimigo, pois compromete o princípio constitucional da individualização da pena, uma vez que se volta para a garantia do poder de colaboração do réu ao invés de exercer um juízo de reprovabilidade acerca da sua conduta.

Contraria, assim, toda a doutrina acerca da culpabilidade, compreendida pelo finalismo, rejeitando-se a aplicação da pena devida para a aplicação de interesses utilitaristas.

De outra parte, vale ressaltar que a delação premiada é tema de grandes discussões teóricas, de maneira que o objetivo não é esgotar a análise acerca do instituto, mas, tão somente, contribuir para que o presente trabalho ganhe ainda mais conteúdo, com vistas a evidenciar, de forma crítica, o grande abismo desse instituto com os postulados do Estado Democrático de Direito.

O verbo delatar, como dispõem Piragibe e Malta<sup>342</sup>, pode ser caracterizado como uma denúncia direcionada a alguém como autor do fato, quando o denunciante, não se revestindo da qualidade de legítimo interessado na acusação, procura tirar algum proveito disso. Possui, portanto, para os referidos autores, um sentido pejorativo, qual seja, “*alcaquetar*”.

No sentir de Rafael Boldt<sup>343</sup>, a delação premiada pode ser caracterizada como a possibilidade que tem o partícipe ou co-autor de ter sua pena reduzida ou extinta, através de oferecimento de denúncia de seus comparsas às autoridades.

A bem da verdade, ressalvadas as críticas éticas que essencialmente envolvem este instituto e que serão brevemente tratadas, a sua demasiada e gratuita utilização retrata a incapacidade do Estado de controlar as mais variadas formas de ações criminosas.

Nesse contexto, posiciona-se João Baptista Herkenhoff<sup>344</sup>, suscitando que, além da delação premiada associar criminosos e autoridades, elevando ao mesmo patamar de virtude a traição, na maioria das situações, possui pequena eficácia, haja vista que, no contexto de um Direito Penal moderno, a prova relevante é a pericial, técnica e científica.

Se for possível considerar que a norma jurídica em um Estado de Direito, através de suas proposições, busca definir os limites de atuações para uma convivência saudável entre os membros da sociedade, é absolutamente inaceitável que este mesmo ordenamento jurídico estabeleça a delação premiada em grave violação a preceitos morais não suscetíveis de transação.

Conforme notícia o promotor de justiça Thales Cerqueira<sup>345</sup>, a delação premiada foi instituída no século XIX pelo Jusfilósofo alemão Rudolf Von Ihering, na medida em que projetou um Estado incapaz de desvendar crimes pela sofisticação, complexidade e invisibilidade, caracterizadores da atual conjuntura social, seja modernidade, seja pós-modernidade.

Como bem pontuou Edson Luís Baldan<sup>346</sup>, “*a delação da história recente do mundo, pontificou como exímio modo de investigação do Estado*”. Prossegue, sustentando que Hitler dela se valia para exterminar, de maneira mais célere, os indesejáveis à raça ariana. Stalin também utilizou da delação para a instauração do regime de ferro por toda a Mãe Rússia, indica também que Joseph MacCarthy muito se valeu da alcaguetagem em sua quixotesca cruzada anticomunista.

O que vem se observando no Brasil é uma efetiva expansão deste instituto, caracterizador de um direito processual penal do inimigo, para o direito processual penal do cidadão, como será observado nos parágrafos subseqüentes, violando o Estado de Direito e retrocedendo para um direito penal e processual penal com as características da “racionalidade autoritária pré-moderna”.<sup>347</sup>

#### **4.7.1 Delação Premiada no ordenamento jurídico brasileiro**

No Novo Testamento,<sup>348</sup> Judas Iscariotes já perquiria ao chefe dos sacerdotes qual o prêmio pela traição de Cristo.

Desde as Ordenações Filipinas, o estatuto penal mais antigo na história do Direito pátrio, o instituto da delação premiada, inserido em janeiro de 1603, já era previsto, sendo bastante utilizado no trágico período da ditadura militar.

A delação premiada é um instrumento de investigação que consiste na redução da pena, ou até mesmo, como se observará, no seu perdão, para o “colaborador” que preencher determinadas condições estabelecidas, somente sendo concedida na sentença condenatória, haja vista que é neste momento que o magistrado ou o tribunal podem reconhecer a sua eventual existência.

Nada obstante esse instituto ser regulado por diversas legislações, ainda é evidente a grande polêmica acerca da capacidade do Estado em, efetivamente, proteger os delatores, bem como a proporção das conseqüências da delação em relação aos seus efeitos jurídicos.

O mencionado instituto vigorou até a vigência do Código Criminal de 1830 e retornou ao Direito Brasileiro mais recentemente, mediante disciplina em diversas leis esparsas em verdadeira “*metástase irrefreável*”<sup>349</sup>.

Inicialmente, foi previsto na **Lei de Crimes Hediondos** (Lei nº. 8.072/90,) em seu artigo 8º, parágrafo único, como medida de redução de pena: “*O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços*”. (Grifos nossos).

A referida lei também acrescentou o parágrafo 4º ao artigo 159 do Código Penal Brasileiro, cuja transcrição se impõe: “*se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços*”. (Grifos nossos).

Como visto em tópico precedente, a Lei de Crimes Hediondos é um marco da instituição de uma legislação penal do terror, implementada sob os estímulos decorrentes dos sentimentos de insegurança e medo que foram determinantes para sua aprovação. Ademais, ao inserir tal parágrafo no Código Penal, denota que o Estado pratica *inédita modalidade de “extorsão da prova mediante seqüestro do investigado, sob a complacência do Poder Judiciário”*<sup>350</sup>

O instituto da Delação Premiada, como já registrado, é inicialmente previsto nesta legislação e estabelece como condição (*conditio sine qua non*) para a configuração do “prêmio” de redução de pena de 1/3 a 2/3, o desmantelamento do bando ou quadrilha.

Diante de tais considerações e de toda reflexão teórica que já se estabeleceu acerca da Lei de Crimes Hediondos, à luz da Ordem Democrática atual, o instituto da delação premiada apresenta-se como estratégia mantenedora de uma ordem social violadora dos princípios éticos e morais.

Observa-se também que, em 1995, com a Edição da **Lei de Crime Organizado** (Lei nº. 9.034/95), a delação premiada também passa a ser expressamente prevista no seu artigo 6º, como forma de redução de pena: “*Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria*”.

Conforme já exposto supra, até hoje, passados mais de 10 anos da edição da lei de crime organizado, ainda não se observa um conceito definido para “organizações criminosas”, de maneira que não se pode admitir que o Judiciário preencha tal lamentável lacuna, sob pena

de constatar uma subversão de funções típicas do Poder Legislativo, em flagrante violação a separação dos poderes, cláusula pétrea da Constituição.

Ademais, permitisse ao Judiciário atribuir o suposto conceito de “organizações criminosas”, *data vênia*, sem qualquer critério suficiente, serve apenas para justificar uma política criminal de emergência e um Direito Penal meramente simbólico.

A Lei de Crime Organizado é, portanto, uma norma penal em branco que viola a pedra de toque do Direito Penal, qual seja, o princípio da reserva legal. Assim, se a ausência de critério para estabelecer e classificar determinado crime como “organizado” já configura tal violação, a utilização do instituto da delação premiada prevista quando da ocorrência de “organizações criminosas” constitui absurdo ainda maior, em verdadeira expansão do Direito Processual Penal do Inimigo.

Em uma gradual expansão, já é possível verificar que o instituto da delação premiada, compreendido inicialmente como manifestação do processo penal do inimigo, vem assumindo uma imposição no processo penal do “amigo” ou do cidadão, em flagrante violação a Constituição Federal.

Basta que se verifique também que a **Lei nº. 9.080/95**, ao acrescentar dispositivos às Leis nº. 7.492/86 (Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional) e 8.137/90 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária) prevê, no seu artigo 25, parágrafo 2º, a delação como prêmio ao co-autor ou partícipe de crime cometido contra o sistema financeiro nacional ou contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo quando cometidos em quadrilha ou co-autoria: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”. (Grifos nossos).

Observa-se que a mencionada lei, a qual acrescentou dispositivos às leis nº. 7492/86 e 8137/90, além de tratar da quadrilha como condicionante para a obtenção do “prêmio” oriundo da delação, o que demonstra a problemática já evidenciada acerca da denúncia por quadrilha ou bando, também se refere à mera co-autoria, em violação aos postulados do direito penal e processual penal.

Três anos depois, em 1998, **Lei de Lavagem de Capitais** (Lei nº. 9.613/98, artigo 1º, parágrafo 5º) trouxe uma novidade: permitiu não somente a redução da pena, mas a fixação desta no regime aberto (alterando em parte o artigo 33 do CP), bem como a sua conversão em pena restritiva de direitos ou até mesmo o perdão judicial:

A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”. (grifos nossos).

Em 1999, a **Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas** (Lei nº. 9.807/99, artigos 13 e 14) demonstrou a mais evidente expansão do direito processual do inimigo, pois tratou de maneira genérica a delação, ou seja, não especificou crimes como as leis anteriores, podendo o delator contribuir para o esclarecimento de qualquer um, permitindo tanto a redução da pena quanto o perdão judicial:

Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I-A identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II-A localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III-A recuperação total ou parcial do produto do crime;

Parágrafo único: A concessão do perdão judicial levará e conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços. (Grifos nossos).

Com a edição da referida lei de proteção às vítimas e testemunhas, o que se verifica é uma verdadeira generalização da utilização do instituto em toda e qualquer conduta concebida como criminosa, haja vista que tal disposição legal não tipifica determinada infração penal, apenas estabelece a possibilidade de contribuição do delator.

Registra-se que, para a concessão do perdão judicial e conseqüente extinção da punibilidade, são condições elementares que o acusado seja primário e tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação ou o processo criminal.

O “depoente especial” está estabelecido no artigo 10 do Decreto Federal nº. 3.518/00, que regulamenta a citada lei, como

*[...] o réu detido ou preso, aguardando julgamento, indiciado ou acusado sob prisão cautelar em qualquer de suas modalidades, que testemunhe em inquérito ou processo judicial, se dispondo a colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração possa resultar a identificação de autores, co-autores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com sua integridade física preservada ou a recuperação do produto do crime e também a pessoa que, não admitida ou excluída do programa, corra risco pessoal e colabore na produção da prova.*

Todavia, vale elucidar que o depoente especial está submetido ao Serviço de Proteção (artigo 11 do Decreto nº. 3.518/00) que consiste na prestação de proteção assecuratórias da integridade física e psicológica do depoente especial, aplicadas isoladas ou cumulativamente, consoante as especificidades de cada situação, compreendendo, dentre outras: segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; escolta e segurança ostensiva nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida e; medidas especiais de segurança e proteção da integridade física, inclusive dependência separada dos demais presos, na hipótese de o depoente especial encontrar-se sob prisão temporária, preventiva ou decorrente de flagrante delito.

O referido Decreto evidencia um procedimento extremamente burocrático que busca, a bem da verdade, um verdadeiro enclausuramento dos “colaboradores”, para não dizer, “prisão”, o que traduz a sua carência de eficácia

Um pouco mais tarde, em 2006, **a Lei de Drogas** (Lei nº. 11.343/06) concebe também a delação premiada no art. 41, dispondo de forma semelhante ao art. 159, § 4º, do Código Penal:

O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

A delação premiada, neste contexto, é prevista em diversas leis esparsas, em odiosa expansão e contaminação do processo penal do cidadão, não possuindo uma regulamentação específica e, portanto, nenhuma devida orientação acerca do momento em que deve ser apresentada, muito embora a doutrina venha se posicionando no sentido de que o momento

oportuno para a concessão do “prêmio” seja no final do procedimento, mais precisamente na sentença penal condenatória.

Vale reiterar ainda que, como já se observou, o mencionado instituto era, inicialmente, previsto em leis específicas, leis que procuravam combater determinados “inimigos” e, gradualmente, foi se generalizando, como se pode observar, por exemplo, a partir do conceito indefinido de “crime organizado”, norma penal em branco violadora do princípio da reserva legal, pedra de toque do direito penal.

A mencionada generalização também pode ser identificada com a mencionada lei de proteção as vítimas e testemunhas. A delação premiada, instituto do direito processual penal do inimigo, passou a ser prevista para todo e qualquer crime, em flagrante violação ao direito processual penal do cidadão e ao Estado Democrático de Direito.

É neste contexto que se impõe uma reflexão imprescindível acerca do embate entre a ética e o mencionado instituto.

Como bem pontua Miguel Reale<sup>351</sup>, o Direito compreendido como experiência humana deve se situar no plano da ética, ainda mais em um uma ordem democrática que deve privilegiar um Direito Penal mínimo e garantista. O Estado não pode incentivar e premiar condutas que firam a ética e/ou moral, ainda que o objetivo seja preservar a sociedade.

Para ilustrar, vale ressaltar que, conforme atesta matéria veiculada no site da rádio nordeste<sup>352</sup>, Jamile Virgínio, em entrevista, afirmou que, mesmo na época da ditadura alguns doutrinadores não aceitavam a utilização da delação como instrumento de esclarecimento de crimes, por parte da justiça. Sustentou ainda que: *“O Japão, por exemplo, considera o ato de alguém delatar outro, mesmo que seja o pior dos criminosos, como um fato desonroso. É como se o Estado estivesse se aproveitando da fraqueza de alguém.”*

O que se verifica é que a utilização do mencionado instituto pelo Estado, com o suposto objetivo de, no contexto social de pós-modernidade caracterizador de uma política criminal de emergência, controlar os índices de criminalidade e traduzir uma sensação (falsa) de segurança, produz um efeito contraproducente, pois valoriza a traição e se revela ineficaz no combate as mais variadas formas de criminalidade.

Ineficaz, seja porque a delação premiada não pode ser avaliada isoladamente, mas tão somente em conjunto com outros meios probatórios, seja porque há dentro das penitenciárias brasileiras, políticas internas de “adaptação” e “seletividade”, que não perdoam o delator, aplicando-lhe muitas vezes a própria “pena de morte”.

O próprio Estado, que prevê a utilização da delação premiada, não assegura a devida proteção aos sujeitos que se valem do mencionado instituto. A suposta proteção oferecida, como já demonstrado, mais se assemelha a uma “prisão”, além do que, como visto, há dentro das penitenciárias, políticas internas que não toleram a traição e, portanto, o delator.

O mencionado instituto, portanto, além de não atingir os seus fins práticos, também não assegura eficácia do ponto de vista jurídico, pois viola o princípio da proporcionalidade analisado enquanto proporcionalidade-adequação. Ou seja, o Estado, ao utilizar da delação premiada, assina o atestado de insuficiência do cumprimento dos seus objetivos.

Como já defendia Roberto Soares Garcia<sup>353</sup>, “num Estado democrático que se pautar na direção de substancializar os direitos fundamentais, os fins jamais justificam os meios, sendo estes vetores a proporcionar a legitimidade àqueles”.

Convém ter presente que um dos elementos essenciais à delação premiada é a confissão. Não restará, portanto, configurado o mencionado instituto se o investigado apenas acusar os seus comparsas.

De outra parte, não é possível vislumbrar o instituto como testemunho, uma vez que este meio de prova é caracterizado pela prestação de declarações de uma pessoa, estranha ao fato criminoso.

Cumpra-se indagar, então, é constitucional a utilização da delação premiada?

Sob uma perspectiva de conveniência, poder-se-ia chegar à conclusão de que a delação premiada seria um “eficiente” elemento de prova. Ocorre que, como será demonstrado através de dados jurisprudenciais, a delação premiada retrata uma ausência de eficiência do Estado, seja porque não tem capacidade para se valer de meios de investigação hábeis e constitucionais, seja porque ainda quando se vale deste instituto não lhe assegura eficácia.

Ora, diante do sistema de valoração das provas adotado pelo Brasil, acima evidenciado, que exige a substancialização do contraditório e diante de todos os princípios previstos na Carta Magna de 1988, a única conclusão que se pode chegar é que a admissão da delação enquanto meio de prova, remonta a um sistema penal inquisitivo absolutamente incompatível com a ordem Constitucional.

Como entende Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>354</sup>, por tudo isso, é que se precisa pensar em instrumentos que possam conduzir a efetiva eficácia das investigações, desde que isentos de qualquer discurso de manipulação teórica.

A título de ilustração, traz-se à colação alguns julgados acerca do instituto da delação premiada.

HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIO DOS CO-RÉUS, NOS QUAIS O PACIENTE TERIA SIDO DELATADO. ATOS REALIZADOS SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR DO PACIENTE. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI 10.792/03: IMPOSSIBILIDADE. VÍCIOS NÃO RECONHECIDOS. **CONDENAÇÃO AMPARADA EXCLUSIVAMENTE NA DELAÇÃO DOS CO-RÉUS. IMPOSSIBILIDADE.** ORDEM CONCEDIDA. (STF 94.034-0 SP. Min. Carmen Lúcia. DJ 05.09.2008). (Grifou-se).

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior. PROVA - DELAÇÃO - VALIDADE. Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de co-réus. **Se de um lado a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas.** (HC 75226, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 12/08/1997, DJ 19-09-1997 PP-45528 EMENT VOL-01882-02 PP-00289). (Grifou-se).

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª. REGIÃO - APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 2000.38.00.021425-9/MG - RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ - EMENTA: PENAL. CRIMES DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E DE USO DE DOCUMENTO FALSO. ARTS. 297 E 304 DO CPB. MEIO INIDÔNICO. CRIME IMPOSSÍVEL. ART. 17 DO CPB. RECURSO PROVIDO. VOTO: (...) "PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA. DELAÇÃO DE CO-RÉU. INSUFICIÊNCIA PARA A CONDENAÇÃO. **HABEAS CORPUS.** - O Juízo de condenação penal deve fundar-se em prova idônea, demonstrativa da existência real do fato delituoso e de sua verdadeira autoria. - **Não contém validade jurídica a sentença condenatória que tem como único embasamento a delação de co-réu, que não consubstancia prova isenta, demonstrativa da verdade substancial, sob pena de ofensa ao princípio constitucional do contraditório** (CF, art. 5º, LV). - **Habeas corpus** concedido." (STJ. HC 9850. Min. Vicente Leal. DJ 16.11.99. P. 232)." (Grifos nossos).

TRF 3ª REGIÃO - PROC.: 2000.03.99.018918-0 ACR 9787 (DJU 10.12.2003, SEÇÃO 2, P. 128, J. 08.11.2004) - ORIG.: 9501024938 /SP - RELATOR: DES.FED. ANDRE NABARRETE / QUINTA TURMA. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO CONTRA O INSS. REQUISICÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA PERANTE AGÊNCIA PREVIDENCIÁRIA, COM USO DE CARTEIRA DE TRABALHO COM FALSA ANOTAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. INEXISTÊNCIA DE PROVA PERICIAL QUE COMPROVE A INSERÇÃO DOS DADOS PELA RÉ. DELAÇÃO DA OUTRA CO-RÉ COMO ÚNICA PROVA DE AUTORIA. DOLO NÃO RESTOU COMPROVADO. NÃO PRODUZIDAS

PROVAS PARA CONDENAÇÃO. APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDA. - Apelação contra sentença que absolveu a ré. Não há prova robusta para condená-la. - A denúncia afirma que a co-ré Denise Guimarães Vilas Boas requereu perante a agência previdenciária auxílio-doença, na qualidade de desempregada. Instruiu seu pedido com carteira de trabalho com falsa anotação de vínculo empregatício. A documentação encaminhada pelo INSS comprova o requerimento do benefício por Denise e a utilização da carteira profissional com anotação falsa. Eni Glória De Moraes a auxiliou na empreitada criminosa, porém não há prova pericial de que Eni inseriu os dados fictícios no documento. - A acusada Eni ficou revel e as testemunhas ouvidas nada esclareceram sobre os fatos. - **O único elemento de prova é a delação da co-ré Denise em interrogatório judicial.** A versão coincide exatamente com a dada na Polícia. Tais versões dos fatos são discrepantes em relação ao que Denise declarou no INSS. - As declarações de Denise não esclarecem com certeza o dolo da acusada Eni. A autoria da acusada Eni não restou comprovada nos autos. Não houve produção de provas em concreto para motivar a sua condenação. - Apelação ministerial desprovida. (Grifou-se).

Conforme demonstram as mencionadas decisões, a delação só pode ser compreendida enquanto meio de prova hábil, se estiver em conformidade com demais elementos probatórios.

Assim, além de corroborar tudo quanto aqui exposto, os referidos julgados evidenciam a efetiva ausência de eficácia do presente instituto.

Neste diapasão, o que se conclui é que houve, efetivamente, uma contaminação da delação premiada (instituto do “processo penal do inimigo”) para o processo penal do cidadão, representando grave ofensa a Constituição Federal de 1988.

O conceito aberto de “organizações criminosas” e a generalização do instituto para todo e qualquer crime serve para corroborar a tese de que a delação premiada vem sendo utilizada de forma reiterada, provocando verdadeira expansão do “direito processual penal do inimigo”.

O mencionado instituto, conforme se posiciona Nucci<sup>355</sup>, apresenta diversos pontos negativos que violam o Estado Democrático, pois o comportamento antiético se oficializa por lei; fere a proporcionalidade da aplicação da pena; trabalha-se com a idéia de que os fins justificam os meios, além de estimular as delações falsas e um incremento a vinganças pessoais.

Ademais, como já ilustrado, é um instituto que, além de envolver sérios riscos a prova, se revela ineficaz, evidenciando a carência de eficiência do Estado diante das “sofisticadas” práticas criminosas.

Por tudo isso, a delação premiada é essencialmente nociva ao Estado Democrático, o qual não pode (ou ao menos não deveria) permitir que a traição seja encarada como uma verdadeira virtude.

#### 4.8 EXECUÇÃO PENAL DO INIMIGO (REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD)

A execução da pena pressupõe uma sentença penal condenatória, própria ou imprópria e conforme estabelecido pela Lei de Execução Penal, deve propiciar a “integração social” do condenado ou do internado, já que, como estabelece Renato Marcão<sup>356</sup>, adotou a referida lei a teoria mista ou eclética, segundo a qual se busca não somente a prevenção, mas também a humanização.

Quanto à natureza jurídica da execução penal, Ada Pellegrini Grinover<sup>357</sup> defende que, é atividade essencialmente complexa e que envolve a indispensável participação dos poderes Judiciário e Executivo, notadamente por intermédio dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais, respectivamente.

Em um Estado Democrático de Direito não se duvida que a Execução Penal deva não só ser norteadas pelos princípios constitucionais, mas, principalmente, assumir o papel de efetivação destes postulados, sob pena de se evidenciar nociva e, assim, denotar uma execução penal do inimigo.

Neste contexto, como registra Paulo Lúcio Nogueira<sup>358</sup>, a execução penal deve observar, de maneira indispensável, o princípio da humanização da pena, através do qual se deve ter a plena consciência de que o condenado é titular de direitos e deveres, os quais devem ser assegurados.

O princípio da intrascendência, capitulado no art. 5º, XLV, da CF/88, assim como o princípio da individualização da pena, é de fundamental importância para que não se permita que a pena ultrapasse a pessoa do autor da infração penal, além de se atentar para a situação de que a pena deve ser aplicada de maneira individual, art. 5º, XLVI, da CF/88.

Vale registrar que a doutrina reelaborou o citado princípio (intrascendência) no sentido de compreendê-lo como princípio da transcendência mínima, uma vez que as consequências da aplicação da pena, inevitavelmente ultrapassam a pessoa do condenado. Todavia, o que se propõe, à luz dos já mencionados princípios, é que esta inevitável transcendência se materialize de maneira mínima.

#### 4.8.1 Institutos típicos da Execução Penal do Inimigo

Realizada tais breves e relevantes considerações acerca do real papel que deve assumir a execução da pena no Estado Democrático de Direito, torna-se também, não menos importante, realizar, uma análise acerca da execução penal relativa a alguns institutos já oportunamente expostos, e, por outro lado, uma reflexão constitucional da Lei nº. 10.792/03 que trouxe significativas alterações à Lei de Execuções Penais.

Como já se verificou a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº. 8072/90 (crimes hediondos), além de trazer diversas conseqüências, provocou outras repercussões essencialmente positivas no setor dos crimes denominados “hediondos” e assemelhados.

Como registra Alberto Silva Franco<sup>359</sup>, a mencionada manifestação do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento acerca da aplicação do regime progressivo em relação a todos os crimes hediondos ou assemelhados.

Neste contexto, a discussão sobre a derrogação do §1º da Lei nº. 8.072/90, que estabelecia o regime integralmente fechado de cumprimento da pena, pelo §7º do artigo 1º da Lei de Tortura ou pelo art. 10 da Lei 9.034/95, ficou prejudicada. Além disso, retirou o argumento de eventual incompatibilidade entre o regime adotado e as penas restritivas de direitos

Cumprir pontuar ainda que, a referida declaração de inconstitucionalidade possibilitou a concessão da *sursis* que era obstado com o argumento de que o regime integralmente fechado constituía obstáculo para sua aplicação, assim como passou a conceder ao condenado, quando da execução da pena, os benefícios prisionais reconhecidos em cada fase de progressão de regime carcerário e permitiu a remição pelo trabalho ou pelo estudo.

Por outro lado, a Lei nº. 10.792/03, dentre outras modificações, previu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), no exercício de regulamentar o enrijecimento da execução das penas privativas de liberdade e de corroborar com uma execução penal do inimigo.

Como já observado no início do presente trabalho, Jakobs ao propor o estudo acerca do direito penal do inimigo afirma que aquele que não atende as expectativas da norma precisa se submeter a uma aplicação contra-fática da sanção, com o fim de restabelecer a credibilidade no sistema.

Günter Jakobs<sup>360</sup>, pautado no contrato social de Hobbes, estrutura o seu Direito Penal do Inimigo, e constrói o raciocínio acerca daquele que reiteradamente viola as regras de

condutas tuteladas na perspectiva penal, quebra o contrato social firmado. Assim, passa a ser caracterizado com um “não cidadão”, a quem o Estado não tem mais a obrigação de lhe assegurar garantias constitucionais. Para o referido Catedrático Alemão, o Direito Penal do Inimigo busca a eliminação de um perigo real e iminente.

A alteração na lei de execução penal, que inseriu o Regime Disciplinar Diferenciado, como se verificará, apresenta uma afinidade ideológica com o que defende o referido autor, no sentido de que a efetivação de tal regime, mediante a aplicação de seus instrumentos, tem o objetivo de isolar o “inimigo”, pois constitui verdadeira fonte de perigo para a ordem normativa.

Diante deste novo diploma legal, o artigo 52 da Lei de Execuções Penais sofreu dura modificação, cuja transcrição se impõe:

*[...] a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina interna, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal ao regime disciplinar diferenciado [...]*

De acordo com este regime o preso será recolhido “*em cela individual*” (inc.II), com “*direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol*” (inc.IV), vale dizer, isolado em solitária por 22 horas diárias. A “*duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie*”, poderá se estender “*até o limite de um sexto da pena aplicada*” (inc. I).

Ora, manter alguém em solitária por 360 dias ou 720 dias, ou por até um sexto da pena, é fatalmente, como salienta Roberto Delmanto<sup>361</sup>, transformá-lo “*em um verdadeiro animal, um doente mental ou alguém muito pior do que já era*”.

Há, portanto, flagrante violação a Constituição Federal, que dispõe em cláusulas pétreas, que “*ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante*” (art. 5, III) e que “*não haverá penas... cruéis*” (art.5º, XLVII, “e”).

Este regime diferenciado viola gravemente os postulados e garantias da Constituição Federal, além do quanto disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque (artigos 7º e 10º):

Art. 7º - “*ninguém será submetido à tortura nem a pena ou a tratamento cruéis, inumanos ou degradantes.*”

Art. 10º- “*todos os indivíduos privados na sua liberdade devem ser tratados com humanidade e com respeito da dignidade inerente à pessoa humana*”.

Observa-se também a violação a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 5º, 2), devidamente ratificados pelo Brasil, razão pelo qual integram a Constituição Federal com *status* de Emenda Constitucional:

Art. 5º, 2: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Os objetivos propostos não só pela Lei de Execuções Penais, como também pela citada lei nº. 10.792/03, e os instrumentos eleitos para a efetivação de tais objetivos, a exemplo do mencionado RDD, refletem uma política criminal maximalista ou antigarantista absolutamente incoerente com o Estado Democrático de Direito e, obviamente, com uma execução penal constitucional.

O RDD possui fins que retratam a inocuidade do condenado. Consoante já evidenciado, a inocuidade é um exemplo eloquente do direito penal do inimigo proposto por Jakobs, pois consiste no objetivo de evitar o cometimento de delitos enquanto o apenado está cumprindo a pena. Vale dizer, é uma aplicação contra-fática da sanção para preservar a harmonia do sistema.

Assim, o citado regime é o retrato da decadência do sistema penal brasileiro, além de evidenciar um retrocesso histórico, pois foi influenciado pelo modelo filadélfico que visava o estrito e absoluto isolamento e silêncio, quando, atualmente, o modelo adotado pelo Código Penal Brasileiro e aprimorado pela Lei de Execuções Penais em 1984, é o progressivo australiano, segundo o qual, o preso que apresenta bom comportamento recebe como prêmio o contato gradativo com o mundo externo, até a sua total reinserção no seio da sociedade<sup>362</sup>.

É, neste contexto, totalmente inaceitável e injustificável o retrocesso da mencionada lei de 2003 a um modelo histórico primitivo que revelou conseqüências terríveis, como por exemplo, o alto número de suicídios. Neste sentido, denuncia Elisangela Melo Reghelin<sup>363</sup> que “a Lei Federal nº. 10.792/03, que alterou o CPP e a LEP é o canto de sereia que terminou em pesadelo”.

Cumpra ainda ressaltar que, como já pontuado, o RDD é previsto inclusive para o preso **provisório** o que retrata claramente a violação do princípio constitucional da presunção da inocência. Sim, porque, em um Estado de Direito Constitucional, a provisoriedade da prisão não pode, em hipótese alguma, atribuir o título de culpado aquele que não foi julgado.

O papel do Direito Penal, do Processo Penal e, conseqüentemente, da execução penal em um Estado Democrático de Direito, deve ser essencialmente orientado por uma

política criminal garantista que efetive as normas (regras e princípios) constitucionais, pois, só assim, estar-se-á legitimando o postulado da supremacia constitucional.

Além das discussões dogmáticas que, se inserem no contexto da execução penal e, obviamente, no regime disciplinar diferenciado, há também discussões de ordem zetéticas e/ou filosóficas que, são inerentes ao problemático regime diferenciado.

Muito embora não seja o objetivo do presente trabalho analisar criticamente o instituto da pena, não há como tratar do RDD e não discutir, ainda que muito brevemente, sobre a relação deste regime com os supostos fins da imposição da pena.

Não há como afirmar qualquer objetivo ressocializador do RDD ou com outro fim preventivo, exceto no que tange a prevenção especial negativa que visa a inocuidade ou aniquilamento do “inimigo”, mas sim, como pontua Elisangela Melo Reghelin<sup>364</sup>, de mera retribuição, dentro do que defendia Kant, na sua superada Teoria Absoluta da pena.

Ora, se é possível atribuir à pena algum sentido manifesto ou latente (de retribuição e de ressocialização), percebe-se que o mencionado regime não se adéqua a nenhum destes objetivos, a não ser o de verdadeiro aniquilamento dos direitos fundamentais, transformando o sujeito em objeto.

É de extrema relevância, como defende Roxin, que a existência da norma esteja essencialmente vinculada a sua legitimidade, ou seja, que consagre em seu conteúdo aspectos de política criminal, condição *sine qua non*, para que o Direito Penal não seja utilizado como um vago instrumento que inviabilize a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Do contrário, se fixará no plano prático a existência de um Direito Penal para os inimigos e um Direito Penal para os cidadãos, como pontua Günter Jakobs.

Neste sentido, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) coloca o preso como verdadeiro inimigo da sociedade, pelo que merece um tratamento essencialmente desumano, por meio de absoluto isolamento, limitação de visitas e diminuição dos horários de banhos de sol.

O RDD representa uma flagrante contradição social, pois ao passo que representa a expressão máxima da prevalência do Estado repressivo, “autoritário” nos presídios, denota a efetiva ausência do Estado social, notadamente influenciado por uma política irracional com o suposto fim de incutir um falso sentimento de segurança.

O mencionado regime reflete o sentimento de perplexidade da sociedade brasileira que atribui no Direito Penal e no Processo Penal a crença de que sendo mais severos e

repressivos, se conseguirá a tão sonhada segurança, contribuindo, assim, para a dura existência de um direito penal meramente simbólico.

Todavia, além de o conceito de “segurança” ser juridicamente indeterminado, somente com a atuação do Estado, enquanto fomentador da diminuição do desnível social, da luta pela erradicação da pobreza e do caro investimento na educação da infância e da juventude, contribuirá para a formação da coesão social.

Contata-se, portanto, que o RDD representa uma nociva execução penal do inimigo em flagrante violação ao Estado Democrático de Direito.

Vale ressaltar ainda que o objetivo adotado para a implementação deste desumano regime, qual seja, retomar o controle nos presídios e acabar com as organizações criminosas que o dominam, demonstrou-se essencialmente contraproducente.

Vale dizer, só contribuiu para aumentar a revolta dos detentos e o número de rebeliões nos presídios. Para ilustrar, vale lembrar a verdadeira guerra civil vivida pelo Estado de São Paulo que só cessou com um acordo entre as autoridades estaduais e os líderes da facção criminosa<sup>365</sup>.

O governo do Estado de São Paulo, para tentar evitar possíveis distúrbios, resolveu remover cerca de 750 presos, supostamente envolvido na organização criminosa, para um presídio de máximo segurança, colocando parte deles no regime disciplinar diferenciado, o nocivo RDD.

Ora, o objetivo de total isolamento do preso (inocuição) não se encontra em conformidade com o princípio da proporcionalidade – adequação, haja vista que nas organizações criminosas internas dos presídios, aquele que é retirado, melhor, isolado do grupo é facilmente substituído, como verdadeiras peças de engrenagem.

Neste diapasão, a única conclusão que se pode chegar é a de que, para além de o RDD se demonstrar em absoluta desconformidade com os intransigíveis postulados constitucionais, também, não serve para melhor administrar o problema da criminalidade, uma vez que as organizações sempre permanecem e facilmente substituem aquele que foi isolado para possibilitar o perfeito funcionamento da “máquina” carcerária dominadora, além de produzir grandes rebeliões nos presídios.

## CONCLUSÃO

O Direito Penal do inimigo de Jakobs representa uma forma de “terrorismo” de Estado, um retrocesso, que ganhou força a partir dos atentados às torres gêmeas de Nova Iorque de 11 de setembro de 2001, com a adoção, sobretudo pelos Estados Unidos, de uma legislação violadora de direitos fundamentais, máxime pela supressão de inúmeras garantias processuais do acusado.

Jakobs adotou uma visão integradora do Direito Penal com o Direito Processual Penal, tratando a supressão ou flexibilização de garantias processuais meramente como um aspecto do Direito Penal do Inimigo, como meio de assegurar uma expansão sem limites deste último, conduzindo a um processo penal anti-garantista, ao atribuir também ao processo fins de (re)estabilização normativa.

Essa visão integradora entre esses dois ramos do direito público está a serviço de uma política criminal punitivista, fruto da ênfase emprestada ao Direito Penal Simbólico, no qual é essencial que se dê a impressão, ainda que ilusória, de que o Estado está reagindo de forma pronta, rápida e eficaz no combate à criminalidade que tanto amedronta e aterroriza a sociedade.

Com efeito, o processo penal, mais do que o próprio direito penal, que é de coação indireta, é o que melhor serve aos propósitos do Direito Penal Simbólico e do punitivismo, por isso mesmo tem sido a primeira *vítima* da *guerra* contra a criminalidade, sendo injustamente acusado de, através de garantias que agasalha, proteger o *inimigo*.

Da constatação deste equívoco na tese de Jakobs, equívoco evidentemente de vontade e não de inteligência, exsurge o que se denominou de “*Direito Processual Penal do Inimigo*”, ou simplesmente, “*Processo Penal do Inimigo*”.

Como exposto, não se cuida de uma mera discussão acadêmica, aliás, já ultrapassada, da autonomia do processo penal como ciência jurídica, com objeto, disciplina, construções teóricas, abordagens e principiologia próprios(as), mas da necessidade de se realçar a existência do Processo Penal do Inimigo e suas funestas conseqüências práticas, consistentes na violação de direitos e garantias fundamentais.

Ressalte-se que, no Processo Penal do Inimigo, já se trata como inimigo o acusado quando ainda não se sabe se é culpado ou inocente, desconsiderando-se que toda Constituição Democrática determina a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Não se nega aqui a existência de uma relação instrumental e de uma complementaridade funcional entre o Direito Penal e o Processo Penal, constituindo-se o processo como um meio de se atingir os fins previstos no direito material.

Todavia, com o fenômeno da “*Constitucionalização do Direito*”, o processo penal, para além da realização do direito penal, há de ser compreendido como mecanismo de materialização dos direitos e garantias fundamentais, reafirmando-se sua instrumentalidade, mas agora, sob o viés constitucional.

Com o chamado *neoconstitucionalismo*, consolidou-se a força normativa do texto constitucional, deixando de ser visto apenas como configurador de diretrizes políticas, dirigidas proeminentemente ao Poder Legislativo.

Como conseqüência, há uma *materialização* (constitucionalização) do direito processual penal, a partir do momento em que este remanesce condicionado às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma *procedimentalização* do direito constitucional, quando se considera a essencialidade do processo penal como instrumento que deve ter como conteúdo a máxima eficácia dos seus direitos e garantias fundamentais.

Neste prisma, à luz do princípio da supremacia da Constituição, não se pode admitir, sob qualquer argumento, um “Processo Penal do Inimigo”, no qual prevalece a supressão de garantias processuais, num modelo de *Estado Democrático e de Direito*, edificado com base no princípio da *dignidade da pessoa humana*.

Dessa forma, mesmo considerando que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos e que a colisão entre eles é bastante comum em um texto constitucional, repudia-se a recorrente manipulação do princípio da proporcionalidade como forma de atingir a máxima restrição desses direitos.

Ao contrário, defende-se aqui a máxima da proporcionalidade alexyana, enquanto razão efetivadora de direitos fundamentais que visa resguardar ao máximo o núcleo essencial de cada um dos direitos em colisão, conforme, exaustivamente, demonstrado.

Os direitos fundamentais, conforme enfatizado por Alexy, são direitos do homem alçados à categoria de direito constitucional positivo e, por isso, dotados de grau de hierarquia e força impositiva extremas.

Com efeito, os direitos fundamentais representariam o conteúdo valorativo que seriam as diretrizes para a pretensão de correção de Alexy, apresentando a estrutura de suas normas caráter dúplice de regras e princípios.

Os princípios, por sua vez, como *mandamentos de otimização*, seriam normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, e assim, a máxima da proporcionalidade, no fundo, decorreria da própria essência dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que a pretensão de correção no direito, aqui admitida com a aplicação do princípio da proporcionalidade, é aquela, conforme se expôs, exarada em termos de correção prática, procedimental e argumentativa, portanto racional e passível de controle, submetida à fundamentação, para que se delineie, de forma clara, o caminho percorrido para se chegar à construção da solução dos casos difíceis em que há conflito entre direitos fundamentais.

Esta pretensão de correção somente poderia se dar à luz da ordenação constitucional de valores supremos, materializados em direitos e garantias fundamentais, que funcionariam como vetores para todo o ordenamento jurídico, sobretudo, para o jurídico-penal, face à imprescindível limitação do poder estatal.

Dá a necessidade constante, atual e incontestada de um Processo Penal Constitucional, instrumentalizador de direitos e garantias fundamentais, e a importância de se afirmar a existência, em contraposição, de um nefasto Processo Penal do Inimigo, com suas consequências deletérias para subsistência da própria Democracia.

Cumpra, a esta altura, responder à recorrente indagação: pode-se afirmar que existe no Brasil um Processo Penal do Inimigo?

Diferente, por exemplo, do que acontece nos Estados Unidos com relação aos terroristas, no Brasil não se tem um inimigo definido e definitivo. O que se verifica é a existência de normas processuais penais que, não obstante violadoras de direitos e garantias constitucionais, não chegam a configurar um Processo Penal do Inimigo, nos moldes concebido por Jakobs.

Nesse sentido, apesar do choque e do impacto dos atentados terroristas de 11 de setembro em todo o mundo, não houve no Brasil uma repercussão direta e imediatamente ligada ao recrudescimento repressivo e normativo.

Como já visto, foi apenas apresentado em 2002 um projeto de lei de Defesa do Estado Democrático de Direito, no qual se definia a figura típica de terrorismo, logo adiante abandonado, tanto que até hoje não foi convertido em lei.

No entanto, países em desenvolvimento como o Brasil, ao verem democracias consolidadas como a dos EUA e Inglaterra, por exemplo, estão admitindo normas que

vulneram garantias e direitos fundamentais, sentem-se encorajados a endurecer mais ainda seu sistema penal.

Consoante analiticamente demonstrado, na abordagem da legislação infraconstitucional brasileira, passando-se pelas leis de prisão temporária, crimes hediondos, tortura, interceptação telefônica, crime organizado, lavagem de dinheiro, drogas, delação premiada, chegando-se até o que se denominou de Execução Penal do Inimigo, a denominada legislação de combate no Brasil, que já vem desde a década de 1990, não resiste à filtragem constitucional, nem ao crivo da proporcionalidade.

Restou, ainda, incontestavelmente, provado que essa legislação de emergência ou legislação álibi é produto da denominada instrumentalização política e midiática do ordenamento-jurídico penal, como uma reação emocional legislativa, em situações específicas de pressão e clamor social, seguindo a lógica do linchamento.

Conforme visto, o constante alardeamento da criminalidade violenta, organizada ou não, pelos meios de comunicação, produz a chamada *emergência repressiva perene (Estado de fato)* que, diferente da *emergência constitucional (Estado de defesa e de sítio)*, protrai-se sem fronteiras (temporais e geográficas) e imiscui-se no seio cultural da própria normalidade.

Não obstante não se tenha no Brasil um inimigo específico, claramente segmentado e determinado, não se pode olvidar que a escolha dos “inimigos de ocasião” obedece não somente à lógica do linchamento, mas, sobretudo, à lógica seletiva dos detentores do poder.

Tem-se, por fim, no panorama nacional, conforme detidamente comprovado neste trabalho, a triste realidade, própria de um país de democracia tardia, de um precedente, uma exceção aos valores e garantias constitucionais, tornando-se, com extrema facilidade e leviandade, regra geral, contaminando o Processo Penal do Cidadão.

De sorte que, conquanto não se possa afirmar a existência de um Processo Penal do Inimigo no Brasil, também não se pode dizer que exista o que aqui se denominou Processo Penal do Cidadão.

Afinal, num Estado Democrático de Direito, não se pode admitir a existência de “inimigo” ou de “amigo”, mas somente a de “culpado” ou “inocente”, não se reconhecendo, por conseguinte, o Processo Penal do Inimigo como Direito.

Portanto, esse trabalho representa, antes de tudo, uma defesa veemente do Direito Processual Penal, que só pode ser assim concebido como Constitucional e do Cidadão.

- 
- <sup>1</sup> JAKOBS, Gunther. **Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico**. Trad. De Enrique Peñaranda Ramos. Estudios de derecho penal. Madrid: Civitas, 1997. p.293-323
- <sup>2</sup> JAKOBS, Gunther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003, p. 19-56.
- <sup>3</sup> JAKOBS, Günther. Terroristas como Sujeitos de Direito? p.59. In: **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008, Organização e Introdução Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira (Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes).
- <sup>4</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p-25/26.
- <sup>5</sup> Op. Cit., p.27.
- <sup>6</sup> Op. Cit. p.28-29. “Quem não participa na vida em um ‘estado comunitário-legal’, deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impedido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser ‘tratado’, como anota expressamente Kant, como inimigo.
- <sup>7</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea: Dogmática, Missão do Direito Penal e Política Criminal na Sociedade de Risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 154. (Monografia Vencedora do 11º Concurso de Monografias Jurídicas).
- <sup>8</sup> LUHMANN, Niklas. **Low as a social system**. Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. vii (trata-se de tradução inglesa de Das Recht der Gesellschaft).
- <sup>9</sup> LUHMANN, Niklas. **Introducción a La teoría de sistemas: lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate**. Universidad Iberoamericana. México: Antropos, 1996. p.78.
- <sup>10</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. v. 1. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.70.
- <sup>11</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. v. 1. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.72.
- <sup>12</sup> VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. p.141.
- <sup>13</sup> VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. p.145.
- <sup>14</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea: Dogmática, Missão do Direito Penal e Política Criminal na Sociedade de Risco**. IBCCRIM, 2007. p.95. (Monografia Vencedora do 11º Concurso de Monografias Jurídicas).
- <sup>15</sup> JAKOBS, Günter. **Derecho penal: parte general, fundamentos y teoría de La Imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- <sup>16</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p.59.
- <sup>17</sup> SHIMITT, Carl. **O conceito do político/Teoria do Partisan**. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.30.
- <sup>18</sup> CONDE, Francisco Muñoz. As Origens Ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Penais – RBCCRIM**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 18, n. 83, mar.-abr./2010, p.113.
- <sup>19</sup> Op. Cit., p. 105.
- <sup>20</sup> Op. Cit. p. 111/112.
- <sup>21</sup> JAKOBS, Günther. Direito Penal do inimigo? Uma análise acerca das condições da legalidade. p.42/43. In: **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008, Organização e Introdução Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes.
- <sup>22</sup> ZAFARRONI, Eugenio Raul. **El Enemigo em el Derecho Penal**. Segunda Reimpresión. Buenos Aires: Ediar, 2009, p.22.
- <sup>23</sup> SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. Los Indeseados Como Enemigos. **Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminología**, n. 09-01, p.01:1-01:18, 2007. Disponível em: <<http://www.criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>>.
- <sup>24</sup> JAKOBS, Günther. **A Autocompreensão da Ciência Penal Diante dos Desafios da Atualidade**. [s.l.:s.n.,s.d.]. p.106.

- 
- <sup>25</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. De la Sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. **Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología**, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07.html>>.
- <sup>26</sup> SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.25. (Série As Ciências Criminais no Século XXI – v. 11).
- <sup>27</sup> SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **Reflexiones sobre las bases de la política criminal: el Nuevo Código Penal - Presupuestos y Fundamentos**. Libro homenaje Al Profesor Doctor Don ÁNGEL Trío López Granada: [s.n.], 1999. p.40.
- <sup>28</sup> CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro de. **Política Criminal Contemporânea e a Questão do Direito Penal do Inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p.76.
- <sup>29</sup> AMARAL, Cláudio de Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea, dogmática, missão do Direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: [s.n.], 2007. p.135. (Monografia Vencedora do Prêmio IBCCRIM).
- <sup>30</sup> Ibid. 2007. p. 138.
- <sup>31</sup> MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo: algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO 7/2000. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre: Centro de Estudos Ibero-Americanos de Ciências Penais, ano 3, n.05, p. 151-168, jan.-abr.2002.
- <sup>32</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.59.
- <sup>33</sup> Op. Cit., p.65
- <sup>34</sup> Op. Cit., p.66.
- <sup>35</sup> JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Org. e Introdução: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução do alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- <sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- <sup>37</sup> Op. Cit. p.3.
- <sup>38</sup> Op. Cit. p.40.
- <sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. Emergência penale e crisi della giurisdizione. Dei delitti e delle pene, **Bari**, n. 2, p. 271-292, mar./ago. 1984.
- <sup>40</sup> “Procedimento decisionista e inquisitorial fundado no princípio, essencialmente político, de amigo/inimigo”. Tradução livre do autor.
- <sup>41</sup> HASSEMER, Winfried. **Processo penal e direitos fundamentais: jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 15-25.
- <sup>42</sup> BARATTA. El concepto actual de seguridad en Europa. RCSP. **Revista Catalana de Seguridad Pública**, n. 8, 2001, p.19.
- <sup>43</sup> MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, nº 59, p.223-59, mar./abr. 2006.
- <sup>44</sup> A severidade do ato pode ser avaliada também pelo fato de todos os indivíduos enquadrados no elástico conceito de *terroristas* são julgados por órgãos denominados *Comissões Militares*, cujos membros (julgadores, acusadores e defensores) são diretamente nomeados pelo Secretário de Defesa estadunidense, dentre oficiais integrantes das Forças Armadas. Numa concentração absoluta de poderes, o Secretário de Defesa detém também competência legislativa, podendo editar ordens com vistas à regulamentação desse ato, quanto à matéria processual, havendo, ainda, a instituição de um reexame obrigatório de todas as decisões de mérito proferidas pelas Comissões Militares pelo próprio Presidente da República ou pelo Secretário de Defesa, caso designado por aquele.
- <sup>45</sup> BOUCHARD, Marco. Guantánamo: morte do processo penal e início do apocalipse. Trad. Eduardo Maia Costa. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 97, p. 61-72, jan./mar. 2004.

- <sup>46</sup> DIREITO e tecnologias da informação. As Novas Leis de Segurança na Alemanha e nos estados Unidos. Os efeitos para a comunicação local e global. **R. CEJ**, Brasília, n. 19, p. 78-84, out/dez. 2002. (*online*).
- <sup>47</sup> LA ESTRATEGIA mundial de las Naciones Unidas contra el terrorismo. (*online*)
- <sup>48</sup> COOPERAÇÃO interestatal face aos movimentos de contestação internacional: a tensão entre controle democrático e segurança interna na União Européia, p.12. (*online*)
- <sup>49</sup> Op. Cit., p.14.
- <sup>50</sup> Op. Cit. p.81.
- <sup>51</sup> SANTOS, Ademário Cesário dos. **Direito Penal do Inimigo e Culpa Jurídico-Penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p. 34.
- <sup>52</sup> Disponível em: <<http://www.coe.int/gmt>>. Acesso em: 02 maio 2010.
- <sup>53</sup> Disponível em: <<http://www.coe.int/gmt>>. Acesso em: 02 maio 2010.
- <sup>54</sup> REVISTA VEJA. Editora Abril, edição 2156, ano 43, nº11, 17 de março de 2010.
- <sup>55</sup> O grave, porém, são os **mercadores das imagens**; homens da ordem; e da lei se lhes interessa; maniqueístas interesseiros porque, pensando-se do bem (são sempre os donos da verdade, [a qual] [...] imaginam existir, embora, cada vez mais, mostre-se como miragem), elege o mal no *diferente* [...] e pensam, no estilo nazista, em coisas como um Direito Penal do Inimigo. Personalidades débeis, vendem a alma ao diabo (ou a um deus qualquer como o mercado) para operar em um mundo de ilusão, de aparência, e seduzir os incautos. Parecem pavões, com belas plumas multicoloridas, mas os pés cheios de craca. [...]. (*grifo do autor e grifo nosso*) (LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 154.).
- <sup>56</sup> GOMES, Luiz Flávio. Mídia e Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2040, 31 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12274>>. Acesso em: 11 mar. 2010.
- <sup>57</sup> Op. Cit., p. 01.
- <sup>58</sup> Op. Cit., p. 02.
- <sup>59</sup> Cerca de seis propostas de alteração constitucional, que têm por finalidade reduzir de 18 para 16 anos a maioria para efeitos penais, estão na pauta de votação do Plenário do Senado Federal. Uma delas, de autoria do senador Magno Malta (PR-ES), estabelece que só os jovens com menos de 13 anos permanecerão inimputáveis. O tema concentra-se, hoje, na análise do substitutivo apresentado pelo senador Demóstenes Torres (DEM-GO) à PEC nº. 20/99, que abarcou todas as propostas de emenda à Constituição até então relacionadas e que tramitavam no Senado (PECs de números 18/99, 90/03, 26/02, 03/01 e 09/04), tendo sido, inclusive, já aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ).
- <sup>60</sup> CRIAR milícia pode virar crime federal. Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/modules/articles/article.php?id=3054>>. Acesso em: 12 dez. 2009.
- <sup>61</sup> MOCCIA, Sergio. Emergência e Direitos Fundamentais. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCCRIM, Editora Revista dos Tribunais, n.24, 1998.
- <sup>62</sup> Op. Cit., p. 03.
- <sup>63</sup> Nesse sentido, também Zaffaroni e Lopes Jr. convergem para as nossas conclusões sobre o quanto ora aduzido, nos dizeres de Lopes Jr.: [...] “[a opção pela gestão penal da pobreza ou pela “legislação penal de emergência” representa nada mais que] o aumento de penas abstratas oferecidas pela hipocrisia dos políticos, que não sabem ou não querem modificar a realidade. **Como não têm espaço para modificar a realidade, fazem o que é mais barato: leis penais!**”. E completa, ainda, Aury Lopes Jr.: **“Difícil é reconhecer o fracasso da política econômica, a ausência de programas sociais efetivos e o descaso com a educação. Ao que tudo indica, o futuro será pior, pois os meninos de rua que proliferam em qualquer cidade brasileira ingressam em massa nas faculdades do crime, chamadas Febem. A pós-graduação é quase automática, basta completar 18 anos e escolher algum dos superlotados presídios. A situação se vê agravada pela manipulação discursiva em torno da sociologia do risco, revitalizando a (falsa) crença de que o Direito Penal pode restabelecer a (ilusão) de segurança”**. (grifou-se) (Op. Cit., p. 18.).
- <sup>64</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

- 
- <sup>65</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 01-04.
- <sup>66</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1997.
- <sup>67</sup> Op. Cit., p. 04.
- <sup>68</sup> Op. Cit.
- <sup>69</sup> Op. Cit.
- <sup>70</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- <sup>71</sup> Quando, Rawls, no início de sua obra [Uma Teoria da Justiça], sustenta que Justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assume de imediato sua filiação àquilo que podemos chamar de *noção moderna* acerca da Justiça. Diferentemente da concepção firmada na antiguidade clássica, sobretudo a partir da tradição socrática e seus desenvolvimentos posteriores com Platão e Aristóteles, onde Justiça era encarada como um *hábito*, um fundamento natural das ações humanas, uma virtude e fonte de aperfeiçoamento moral – todas estas qualidades voltadas para o *outro* –, a base do pensamento de Rawls está fortemente vinculada à tradição da era moderna, a partir de Hobbes. [...] Veja-se que, ao esboçar a Justiça como virtude primeira das instituições sociais, Rawls a coloca de forma instrumental, ao que posteriormente irá aduzir ser o *agir justo*, algo que se adquire ao viver cercado por instituições *justas*, das quais se beneficia o homem. (grifo do autor) (CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. Cit., p. 53.).
- <sup>72</sup> Op. Cit., p. 53-54.
- <sup>73</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 55.
- <sup>74</sup> No caso específico do direito brasileiro [...], embora a Constituição tenha sido extremamente generosa no que tange a enunciação de princípios ligados ao sistema repressivo, a doutrina timidamente deles se ocupa – salvo isolados nichos – e a jurisprudência sistematicamente os despreza, justamente porque, a própria Constituição tratou de criar dois sistemas de emergência que desnaturam de tal maneira o tecido da normalidade a ponto de fazer com que os princípios reitores pudessem ser vistos como belas referências teóricas, e nada mais que isso. Abre-se, pois, a caixa de Pandora, soltando-se aos mundos as mazelas da cultura emergencial. (CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. Cit., p. 56).
- <sup>75</sup> SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 73-74.
- <sup>76</sup> A lei penal (pena) assume função promocional, em detrimento de funções instrumentais. **A ilusão de segurança e proteção que a cominação de uma pena – principalmente a privativa de liberdade – gera na coletividade passa a ser o “fim” da pena**. Como adverte Baratta, “o déficit da tutela real de bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que têm uma base real cada vez mais fragilizada”. [...] **Em tempos de instituições túbias e forte comunicação de massa, em que o “ser” e o “dever ser” são substituídos pelo “parecer”, essa função torna-se primordial**. Aliás, a simbiose entre mídia e justiça penal é o móvel dessa nova forma de justificação da (abusiva) intervenção penal. Remetendo a Zaffaroni, “sem os meios de comunicação de massa, a experiência direta da realidade social permitiria que a população se desse conta da falácia dos discursos justificadores”, pois são os *mass media* que geram a ilusão de eficácia da pena e alteram a percepção de perigo social, deslocando a atenção, em regra, para a criminalidade violenta. (grifo nosso) (SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74.).
- <sup>77</sup> Nesse diapasão, afirma Flavia D’Urso que “ingressam no ordenamento jurídico leis, e ainda, são utilizados de forma absolutamente distorcida mecanismos processuais já existentes, com indesejável assiduidade, particularmente quanto à custódia cautelar, *de forma a atender a uma intervenção de caráter emergencial na tentativa de solucionar essa problemática questão da criminalidade*. O **emergencialismo** diz com a adoção de providências legais e jurisdicionais cunhadas pela improvisação, rigorismo, ausência de coordenação sistemática, pouca ou nenhuma técnica e, em grande parte, inconstitucionais”. (D’URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 88).
- <sup>78</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- <sup>79</sup> Interessante anotar a abordagem do culto Prof. Marcelo Neves acerca desse tipo de providência, concebendo-a como *legislação álibi*. A emergência, citada por Sergio Moccia como **problemas sociais resolvidos no processo**, leva o Estado a uma reação solucionadora imediata. Essa satisfação toma pelo legislador uma atitude álibi perante a **população que exigia uma reação estatal, ou no mínimo, como sustenta esse autor, tenta ele convencer de sua boa intenção**. Aduz, judiciosamente, que essa conduta não apenas deixa os problemas sem solução, mas, além disso, obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto, **é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta**, eis que as variáveis normativo-jurídicas se defrontam com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos. (*grifo da autora, e grifo nosso*) (D'URSO, Flavia. Op. Cit., p. 89.).
- <sup>80</sup> E cita, o aludido processualista e penalista Fauzi Hassan Choukr, mais uma vez o autor Alberto Silva Franco, para ratificar suas conclusões, ao referir que: “Abordando esse mesmo tema com clareza lapidar, Silva Franco, em profunda análise da evolução da ciência penal a partir dos anos oitenta aduz que *a função nitidamente instrumental do Direito penal ingressa numa fase crepuscular, cedendo passo, na atualidade, à consideração de que o controle penal desempenha uma função nitidamente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranqüilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual e coletivo, de insegurança*. Seria desnecessário adotar que o processo penal, como instrumentalizador do direito material penal – muito embora destacando-se sua autonomia científica – acaba por assimilar essa mesma função simbólica. No entanto, é sempre oportuno acompanhar as palavras de Hassamer quando afirma que o direito processual serve à realização do direito penal substantivo”. (grifo do autor) (D'URSO, Flavia, Op. Cit., p. 47.).
- <sup>81</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 06.
- <sup>82</sup> Op. Cit., p. 10.
- <sup>83</sup> Op. Cit., p. 10.
- <sup>84</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 01. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 24.
- <sup>85</sup> Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, *em uma relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto*. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desses sonhos. (*grifo nosso, e grifo do autor*) (DIDIER JR., Fredie. Op. Cit., p. 58.).
- <sup>86</sup> D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 83-84.
- <sup>87</sup> Op. Cit.
- <sup>88</sup> Op. Cit., p. 08.
- <sup>89</sup> Nesse contexto, por exemplo, insere-se a crítica ao uso abusivo das medidas cautelares pessoais, especialmente a prisão preventiva para ‘garantia da ordem pública’. Trata-se de buscar um fim alheio ao processo e, portanto, estranho à natureza cautelar da medida. [...]. (LOPES JR., Aury. Op. Cit., p. 09).
- <sup>90</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Direito Infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento antiterror**. Florianópolis: Habitus, 2005.
- <sup>91</sup> Nesse sentido, importante é a análise de Moraes da Rosa quando sublinha o perigo de – a transmitir-se mecanicamente para o processo penal as lições de Rangel Dinamarco – pautar a instrumentalidade pela conjuntura social e política, demandando um “aspecto ético do processo, sua conotação deontológica” (expressão de Rangel Dinamarco). Explica Moraes da Rosa que “esse chamado exige que o juiz tenha os predicados de um homem do seu tempo, imbuído em reduzir as desigualdades sociais”, baseando-se nas modificações do Estado Liberal rumo ao Estado Social, mas, “vinculada a uma posição especial do juiz no contexto democrático, dando-lhe poderes sobre-humanos, na linha de realização dos *escopos processuais*, com forte influência da superada *filosofia da consciência*,

- deslizando no *Imaginário* e facilitando o surgimento de *Juízes Justiceiros da Sociedade*". (grifo do autor) (LOPES JR., Aury. Op. Cit., p. 09.).
- <sup>92</sup> LOPES JR., Aury. Op. Cit., p. 10.
- <sup>93</sup> A esse procedimento presta-se o *princípio da proporcionalidade*. E a **sua pertinência no processo penal** é mesmo aquela que aponta a processualista Ada Pellegrini Grinover quando preconiza a premência da **transformação do processo abstrato para o concreto, buscando a sua efetividade e a instrumentalidade no alcance da ordem jurídica justa**. (grifo da autora e grifo nosso) (D'URSO, Flavia. Op. Cit., p. 94.).
- <sup>94</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- <sup>95</sup> Op. Cit.
- <sup>96</sup> Com efeito, Dworkin preconiza, como se viu, que **os direitos da maioria não podem valer como justificção para invalidar direitos individuais**. Rawls apregoa um mínimo essencial rigorosamente preservado que não admite redução para beneficiar o bem-estar social de um grupo de indivíduos. (grifo nosso) (D'URSO, Flavia. Op. Cit., p. 91-92.).
- <sup>97</sup> Nas premissas aqui lançadas, o processo penal justo diz [...] com a sua instrumentalidade e feição garantística. A efetivação da justiça que nele se deve alcançar, pois, sobrepuja ao interesse da defesa social, objetivo mesmo perseguido na Escola Positiva. (grifo nosso) (D'URSO, Flavia. Op. Cit., p. 117.).
- <sup>98</sup> FAVARO, Thomaz. **A lição da Justiça**. Revista VEJA, São Paulo: Abril. p.11-15.
- <sup>99</sup> TAVARES, André Ramos. Teoria Processual e Processo Constitucional "Objetivo". In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 74.
- <sup>100</sup> DANTAS, Miguel Calmon. O Direito Fundamental à Processualização: Fundamento para uma Teoria Geral do Processo. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 687.
- <sup>101</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 21.
- <sup>102</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- <sup>103</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: IBDC, 2000, p. 27.
- <sup>104</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 58-69.
- <sup>105</sup> Também quantos aos princípios, Grandinetti Castanho de Carvalho destaca, por fim, que se deve fazer esta diferenciação, ao esclarecer que "há uma distinção entre *princípio constitucional aplicado ao direito processual* e *princípio processual-constitucional*. O primeiro é um princípio de natureza política que foi primeiro inserido em Cartas Constitucionais, para, só após, ser estendido ao direito processual. Já o princípio processual-constitucional percorreu caminho oposto. É o princípio elaborado pela ciência processual que, devido à sua reconhecida importância política, passou a ocupar lugar nas Constituições". (CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 05).
- <sup>106</sup> [...] Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do Direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, à medida que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a "descodificação" do direito civil, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003. (BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 363).
- <sup>107</sup> Como já assinalado, o quadro descrito acima encontrou exceção notável na experiência norteamericana, onde o constitucionalismo sempre foi marcado pela normatividade ampla e pela

judicialização das questões constitucionais, na linha do precedente firmado com o julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte, em 1803. No Brasil, a força normativa e a conquista de efetividade pela Constituição são fenômenos recentes, supervenientes ao regime militar, e que somente se consolidaram após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988. (BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 86).

<sup>108</sup> Op. Cit., p. 86-87.

<sup>109</sup> Essa constitucionalização do Direito, potencializada por algumas características associadas ao contexto filosófico do pós-positivismo – centralidade da idéia de dignidade humana e dos direitos fundamentais, desenvolvimento da nova hermenêutica, normatividade dos princípios, abertura do sistema, teoria da argumentação –, tem tornado o debate jurídico atual extremamente rico e instigante. Nele têm-se colocado temas que definirão o futuro da Constituição, dentre os quais: o papel do Estado e suas potencialidades como agente de transformação e de promoção dos direitos fundamentais; a legitimidade da jurisdição constitucional e da judicialização do debate acerca de determinadas políticas públicas; a natureza substantiva ou procedimental da democracia e o conteúdo das normas constitucionais que a concretizem, para citar apenas alguns exemplos (BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 87).

<sup>110</sup> Op. Cit., p. 198.

<sup>111</sup> Op. Cit., p. 364.

<sup>112</sup> Op. Cit., p. 364.

<sup>113</sup> BARROSO, Luís Roberto; e BARCELLOS, Ana Paula (Org.). **A nova interpretação constitucional**: o começo da história - a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 148.

<sup>114</sup> Em termos históricos e retrospectivos, destaca Barroso que: “*a novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica*. Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta. Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de *respeito ao próximo*, princípio magno que atravessa os séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega origina-se o princípio da não-contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: ‘Nada pode ser e não ser simultaneamente’, preceito subjacente à idéia de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: ‘Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu’. Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*” (*grifo do autor, e grifo nosso*) (BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 28-29.).

<sup>115</sup> Op. Cit., p. 29-30.

<sup>116</sup> Op. Cit.

<sup>117</sup> Encerra-se esse tópico com uma síntese das principais idéias nele expostas. O pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso às idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Além dos princípios tradicionais como Estado de direito democrático, igualdade e liberdade, a quadra atual vive a consolidação do princípio da razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana. (BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 42-43).

<sup>118</sup> FREIRE, Ricardo Maurício. **Tendências do Pensamento Jurídico Contemporâneo**. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 77-80.

- 
- <sup>119</sup> FREIRE, Ricardo Maurício. **Tendências do Pensamento Jurídico Contemporâneo**. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 78.
- <sup>120</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal à luz da Constituição**. Temas Escolhidos. Bauru: Edipro, 1999, p. 61.
- <sup>121</sup> Op. Cit., p. 62.
- <sup>122</sup> Op. Cit., p. 62.
- <sup>123</sup> CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Op. Cit., p. 01-04.
- <sup>124</sup> CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Op. Cit., p. 01.
- <sup>125</sup> Op. Cit., p. 02.
- <sup>126</sup> LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- <sup>127</sup> [...] Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder [...], mas também a vontade de Constituição [...]. (HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19).
- <sup>128</sup> Op. Cit., p. 03.
- <sup>129</sup> É certo que é preciso dotar o Estado de instrumentos necessários de defesa social. Mas não se pode sobrepô-los à Constituição. Deve-se encontrar um caminho constitucional que, sem dúvida, existe e que aponta para a ponderação de bens constitucionais, para a efetividade do processo e da pena e, conseqüentemente, para a rápida solução da lide. Talvez esses sejam os grandes instrumentos de defesa social e de combate à criminalidade. Mas não se pense que a multiplicação das modalidades de intervenção cautelar de natureza processual responderá, eficazmente, pelo anseio de diminuição da criminalidade. A História já demonstrou esse equívoco inúmeras vezes. Como também já demonstrou que a justiça humana é capaz de levar à condenação injustamente, do que dão conta, ou de que foram vítimas, grandes personagens da nossa História. (CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Op. Cit., p. 04).
- <sup>130</sup> PACHECO, Denilson Feitoza. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 03.
- <sup>131</sup> [...] Os atores estatais da persecução criminal vivem o *drama*, por exemplo, de decidir, sem gradações, entre os extremos da prisão provisória e da liberdade, com o que acarretam as *tragédias* individuais e sociais que afetam negativamente não apenas a liberdade de locomoção, mas também a educação, o trabalho, a convivência familiar, a saúde, o acesso à cultura etc. (grifo do autor) (PACHECO, Denilson Feitoza. Op. Cit., p. 03.).
- <sup>132</sup> Nessa linha, decidimos investigar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade à persecução criminal no âmbito do direito processual penal brasileiro, em razão de sua prolatada aptidão para garantir direitos fundamentais e solucionar *colisões de direitos, bens, interesses ou valores* em outros ramos jurídicos, tomando como referência a versão alemã do princípio da proporcionalidade, que o subdivide nos subprincípios da idoneidade (ou adequação), da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. (grifo do autor) (PACHECO, Denilson Feitoza. Op. Cit., p. 03.).
- <sup>133</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 378.
- <sup>134</sup> Em suma: o legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá respeitar os direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual. Por outro lado, tem o legislador deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais de seus integrantes. Nesse universo, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de critério de aferição da validade das restrições de direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e de insuficiência. (BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 382).

- <sup>135</sup> [...] Há uma tensão permanente entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos individuais dos acusados. Para serem medidas válidas, a criminalização de condutas, a imposição de penas e o regime de execução deverão realizar os desígnios da Constituição, precisam ser justificados, e não poderão ter natureza arbitrária, caprichosa ou desmesurada. Vale dizer: deverão observar o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, inclusive e especialmente na dimensão da vedação do excesso. (BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 381-382).
- <sup>136</sup> A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser *lida à luz dela* e passada pelo seu crivo. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p.45).
- <sup>137</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 51.
- <sup>138</sup> DANTAS, Miguel Calmon. Op. Cit., p. 687.
- <sup>139</sup> Op. Cit., p. 41-46.
- <sup>140</sup> Op. Cit., p. 41.
- <sup>141</sup> *El primero es el representado por la tesis, ya aludida, del cambio de paradigma que supone el constitucionalismo rígido respecto del viejo modelo del positivismo jurídico. Es lo que implica el tránsito del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho, la integración de las consecuencias de una primera revolución jurídica con las de la segunda revolución de esse carácter. Aquélla, como bien se sabe, tuvo por objeto primordial vincular legalmente el poder del juez. Ésta, se ha orientado a establecer limites y vínculos de derecho para la legislación; sobre la actividad de la mayoría, por tanto.* [O primeiro é representado pela tese, já aludida, de mudança de paradigma que supõe o constitucionalismo rígido respeito ao antigo modelo do positivismo jurídico. É o que implica a mudança do Estado legislativo de direito para o Estado constitucional de direito, a integração das conseqüências de uma primeira revolução jurídica com as da segunda revolução desse caráter. Aquela, como bem sabem, teve por objeto primordial vincular legalmente o poder do juiz. Esta se orientou a estabelecer limites e vínculos de direito para a legislação, sobre a atividade da maioria, portanto.]. (**grifo do autor**) (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 10.).
- <sup>142</sup> *Resultado de ello es lo que Ferrajoli llama el modelo garantista de la democracia constitucional, que comporta câmbios estructurales, tanto en la perspectiva del derecho como en la de la democracia política. Esto se debe a que la rígida consagración normativa de los derechos fundamentales aporta una nueva dimensión sustancial, dicho con la terminología del autor, que no fomaba parte ni de la realidad positiva ni, obviamente, del imaginário del jurista del positivismo formalista, mero trasunto de aquélla. Dimensión sustancial ausente, incompatible incluso, em cuanto parâmetro normativo, com la concepción jacobina de la democracia.* [Resultado disso é o que Ferrajoli chama de modelo garantista da democracia constitucional, que comporta mudanças estruturais, tanto na perspectiva do direito como na da democracia política. Isso se deve ao fato de que a rígida consagração normativa dos direitos fundamentais comporta uma nova dimensão substancial, dito com a terminologia do autor, que não formava parte nem da realidade positiva, nem, obviamente, do imaginário do jurista do positivismo formalista, mera cópia daquela. Dimensão substancial ausente, incompatível incluso, enquanto parâmetro normativo, com a concepção jacobina da democracia]. (**grifo nosso**) (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 10.).
- <sup>143</sup> Op. Cit.
- <sup>144</sup> Op. Cit., p. 61-63.
- <sup>145</sup> Op. Cit., p. 77-78.
- <sup>146</sup> O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora constitua hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento constitui um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da reserva legal através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigência de justiça, (sic) [e] que somente os

- regimes totalitários o têm negado. (grifo do autor) (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Vol. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10-11).
- <sup>147</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.
- <sup>148</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- <sup>149</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- <sup>150</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 30 jun. 2009.
- <sup>151</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 46-50.
- <sup>152</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997.
- <sup>153</sup> Op. Cit., p. 46.
- <sup>154</sup> Op. Cit., p. 46.
- <sup>155</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2002; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- <sup>156</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- <sup>157</sup> [...] Kelsen se esforçou por estabelecer limites claros, além de respostas, ainda que nem sempre bem acabadas, ao seu maior propósito: a elaboração de uma teoria do direito positivo que fosse independente dos particularismos da realidade de cada país. (SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 31).
- <sup>158</sup> De acordo com o próprio jurista austríaco, “a despolitização que a Teoria Pura do Direito exige se refere à ciência do Direito, não ao seu objeto, o Direito. O Direito não pode ser separado da política, pois é essencialmente um instrumento da política. Tanto sua criação como sua aplicação são funções políticas, é dizer, funções determinadas por juízos de valor. Porém, a ciência do Direito pode e deve ser separada da política, se é que pretende valer como ciência”. (KELSEN. Hans. Op. Cit., p. 29).
- <sup>159</sup> Op. Cit., p. xx.
- <sup>160</sup> Op. Cit.
- <sup>161</sup> Op. Cit.
- <sup>162</sup> Op. Cit., p. 215-308.
- <sup>163</sup> Op. Cit., p. 40.
- <sup>164</sup> O penalista Lúcio Antônio Chamon Júnior, em sua obra “Teoria Constitucional do Direito Penal”, ao realizar incursões na seara da Filosofia do Direito, elucida claramente o processo de fundamentação/validade normativa sob a ótica da teoria lógico-dedutiva e formalista de Hans Kelsen: “A premissa maior seria uma norma considerada objetivamente válida. A premissa menor seria um ato X que “ordena algo”, sendo, assim, dotado de sentido subjetivo: seria, pois, um ato de vontade de X. Se da premissa maior (norma objetivamente válida) pudermos alcançar que se deveria obedecer à ordem de X (premissa menor), então a conclusão é que a ordem de X seria, também, objetivamente válida para o ordenamento – e não tão-somente subjetivamente referida à sua vontade. A norma que fundamenta, enfim, confere validade a uma outra norma, é que nos permitiria pensar o sentido subjetivo de certos atos (um ato de vontade) como dotado também de sentido objetivo, no sentido de normas *objetivamente válidas* e não somente *subjetivamente existentes*. A mera ordem subjetivamente enfocada adquiriria *status* objetivo – equivale dizer, seria juridicamente válida”. (grifo do autor) (CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40.).
- <sup>165</sup> Adolf Merkl é freqüentemente citado por juristas que revelam a preocupação em reconhecer-lhe a autoria do modelo piramidal incorporado por Hans Kelsen. Não obstante, não há obras deste autor disponíveis no mercado e, mesmo em grandes bibliotecas jurídicas, estas não se encontram com facilidade, sendo artigos raros na coleção histórica de grandes obras do Direito. É por esta razão que não se referenciou obra do presente autor correlata aos temas ora tratados.
- <sup>166</sup> Op. Cit., p. 41-42.
- <sup>167</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.
- <sup>168</sup> Eis importante ressalva e crítica de Chamon Júnior: “[...] Sem quisermos alongar muito nesse ponto, apesar de importantíssimo, podemos perceber que **não há qualquer preocupação no que diz**

**respeito “ao conteúdo” da ordem jurídica:** pouco importa se é uma ordem justa ou injusta, legítima, em termos fortes, ou não. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor, mas, antes, **trata-se de uma peça lógica a explicar a validade do Direito positivo**”. (grifo nosso) (CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Op. Cit., p. 41.).

<sup>169</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.]. p. 70-79; KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>170</sup> Op. Cit., p. 388.

<sup>171</sup> Nas próprias palavras deste autor: “A **interpretação** é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (grifo nosso) (KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 387).

<sup>172</sup> Op. Cit., p. 388.

<sup>173</sup> Op. Cit., p. 391.

<sup>174</sup> [...] Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto [...]. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, **não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa**. (grifo nosso) (Op. Cit., p. 394.).

<sup>175</sup> O próprio Kelsen afirma, categoricamente, que “[...] de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. **Não há absolutamente qualquer método** – capaz de ser classificado como de Direito positivo – **segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’**, desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis [...]”. (grifo nosso) (Op. Cit., p. 391.).

<sup>176</sup> Nesse sentido, afirma Kelsen: “Se um indivíduo quer observar uma norma que regula a sua conduta, quer dizer, pretende cumprir um dever jurídico que sobre ele impende realizando aquela conduta a cuja conduta oposta a norma jurídica liga uma sanção, esse indivíduo, quando tal conduta não se encontra univocamente determinada na norma que tem de observar, também tem de realizar uma escolha entre diferentes possibilidades. Porém, esta escolha não é autêntica. Ela não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica e, por isso, corre sempre o risco de ser considerada como errônea por este órgão, por forma a ser julgada como delito a conduta do indivíduo que nela se baseou”. (Op. Cit., p. 395).

<sup>177</sup> Op. Cit., p. 394.

<sup>178</sup> HART, Herbert. L. A.. **O Conceito de Direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

<sup>179</sup> Op. Cit., p. 147-194.

<sup>180</sup> Op. Cit., p. 151.

<sup>181</sup> SGARBI, Adrian. Op. Cit., p. 154.

<sup>182</sup> Op. Cit.

<sup>183</sup> SGARBI, Adrian. Op. Cit., p. 153.

<sup>184</sup> Quanto à *diferenciação entre regras e princípios*, tem-se que, nas palavras de DWORKIN: “A **diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica**. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. **As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada**. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. (grifo nosso) (Op. Cit., p. 39). E ainda: “**Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância**. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante,

essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”. (grifo nosso) (Op. Cit., p. 42-43.).

<sup>185</sup> Mais uma vez nas palavras de Ronald Dworkin: “[...] a regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra. Mas não é assim que funcionam os princípios [...]. Mesmos aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas [...]”. (Op. Cit., p. 40).

<sup>186</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>187</sup> ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 20.

<sup>188</sup> Op. Cit., p. 21.

<sup>189</sup> ALEXY, Robert. **La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 15-39.

<sup>190</sup> Op. Cit., p. 19.

<sup>191</sup> Op. Cit., p. 28.

<sup>192</sup> “*El problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral*”, afirma Robert Alexy en su obra *Concepto y Validez del Derecho* [...]. *Más de dos mil años de controversia no han llevado a un acuerdo sobre el tema, manteniéndose hasta hoy dos posiciones básicas: positivista y no positivista. La característica de la primera es sostener la separación de moral y derecho; la segunda sostiene la vinculación entre ambos. El debate es de una gran importancia, pues según se defienda una u otra tesis el concepto sobre el derecho será radicalmente distinto. [...] Las penosas experiencias dejadas por el nazismo, que perpetro los actos más monstruosos de barbárie e injusticia, pero conformes a una “legalidad” puramente formal, llevó al notable jurista alemán Gustav Radbruch a exponer su tesis del entuerto, o sea la invalidez de la ley injusta cuando la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse “falso derecho y ceder el paso a la justicia”*. [...]. [“O problema central da polémica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral”, afirma Robert Alexy em sua obra *Conceito e Validade do Direito* [...]. Mais de dois mil anos de controversia não têm levado a um consenso sobre o tema, mantendo-se até hoje duas posições básicas: positivista e não positivista. A característica da primeira é sustentar a separação entre moral e direito; a segunda sustenta a vinculação entre ambos. O debate é de grande importância, pois, conforme se defenda uma ou outra tese, o conceito de direito será radicalmente distinto. [...] As penosas experiências deixadas pelo nazismo, que perpetrou os atos mais monstruosos de barbárie e injustiça embora conformes a uma ‘legalidade’ puramente formal, levaram o notável jurista alemão Gustav Radbruch a afirmar sua tese acerca da invalidez da lei injusta, quando a contradição entre a lei positiva e a justiça alcance uma medida tão insuportável que deva considerar-se “falso direito e ceder espaço à justiça”. [...].] (ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 11-12.).

<sup>193</sup> Op. Cit., p. 37.

<sup>194</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>195</sup> Op. Cit., p. 35.

<sup>196</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>197</sup> Op. Cit., p. 72-73.

<sup>198</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. Vol. 1. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997. (Col. Biblioteca Tempo Universitário, 101); ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>199</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. [Trad.]. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

<sup>200</sup> Op. Cit., p. 93-94.

<sup>201</sup> Nesse sentido, esclarecedoras são as palavras do próprio autor: “[...] uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que

- podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”. (grifo do autor) (Op. Cit., p. 103-104.).
- <sup>202</sup> A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades *jurídicas*. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*. (grifo do autor) (Op. Cit., p. 116-118.).
- <sup>203</sup> FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução do Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.
- <sup>204</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2002; ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- <sup>205</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 158-159.
- <sup>206</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 257.
- <sup>207</sup> Op. Cit.
- <sup>208</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>. Acesso em: 16 maio 2007.
- <sup>209</sup> JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbietivi**. 2. ed. Milão: Società, 1912.
- <sup>210</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 47.
- <sup>211</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1990, p. 209.
- <sup>212</sup> MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 43.
- <sup>213</sup> Op. Cit., p. 43.
- <sup>214</sup> Op. Cit., p. 49-50.
- <sup>215</sup> Op. Cit., p. 436.
- <sup>216</sup> Op. Cit., p. 434.
- <sup>217</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v.215, 1999.
- <sup>218</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque; SCHIMITT, Ricardo Augusto (Org.). **Proporcionalidade e Direito Penal: Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal**. Salvador: JusPODIVM, 2007.
- <sup>219</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- <sup>220</sup> Op. Cit.
- <sup>221</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: a nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- <sup>222</sup> FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. 5. ed. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- <sup>223</sup> Op. Cit.
- <sup>224</sup> Op. Cit.
- <sup>225</sup> FARIA JR., César. A motivação das decisões como garantia constitucional e seus reflexos práticos. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. 4, n.1, p. 34-40, 1991.
- <sup>226</sup> Faria Jr. César. Op. Cit.
- <sup>227</sup> Op. Cit.
- <sup>228</sup> Op. Cit., p. 205-212.
- <sup>229</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- <sup>230</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997. (Col. Biblioteca Tempo Universitário, 101); ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- <sup>231</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- <sup>232</sup> [...] *el Derecho es seguridad; pero ¿seguridad de qué? Seguridad en aquello que a la sociedad de una época le importa fundamentalmente garantizar, por estimarlo ineludible para sus fines. De aquí que el contenido del Derecho varíe según los pueblos y los tiempos en el proceso de la historia* [...] o Direito é segurança; mas segurança de quê? Segurança naquilo que à sociedade de uma época importa, fundamentalmente, garantir, por estimá-lo como indispensável à consecução de seus fins. Por isso que o conteúdo do Direito varia de acordo com os povos e os tempos no processo/decurso da história]. (SICHES, Luis Recásens. **Tratado general de filosofía del derecho**. 3. ed. México: Porrúa, 1965, p. 220-222).
- <sup>233</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257.
- <sup>234</sup> CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. **Segurança Jurídica e Tipicidade Tributária**. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 32.
- <sup>235</sup> Op. Cit., p. 38.
- <sup>236</sup> Op. Cit., p. 257.
- <sup>237</sup> Op. Cit., p. 220-222.
- <sup>238</sup> Op. Cit., p. 43.
- <sup>239</sup> A ideia de justiça como virtude específica que atribui o seu a cada um está presente no Direito Romano, desde logo na célebre definição de Ulpianos: «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*» (“A justiça é a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o seu direito”). Há na *iustitia* os seguintes elementos lógicos: - proporcionalidade: entre os factos e as consequências; entre o que se dá e o que se recebe; o que se exige e o que se presta; entre os delitos e as penas; e na distribuição dos direitos e dos deveres correlativos. [...]; - igualdade: resulta da proporcionalidade que implica o tratamento igual dos casos iguais e desigual do que é diferente. (JUSTO, A. Santos. **Direito Privado Romano**. Vol. I. Parte Geral. Introdução, Relação Jurídica, Defesa dos Direitos. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 29.).
- <sup>240</sup> Santos Justo assim elucida: “a igualdade determina que as normais jurídicas sejam gerais e abstractas: destinem-se a uma categoria abstracta de pessoas; e disciplinem não um caso específico, mas um número indeterminado de situações subsumíveis à categoria prevista. *Porém, sendo a norma jurídica geral e abstracta e a realidade, a que se aplica, formada por casos concretos entre si divergentes, criar-se-ia uma desigualdade se a todos se aplicasse a norma (que os contempla) de modo idêntico. Como afirmou Cícero, «ipsa aequalitas est iniqua» (“A própria igualdade é iníqua”). Por isso, recorre-se à aequitas, considerada tradicionalmente a justiça do caso concreto ou um correctivo da justiça legal.* (grifo nosso) (Op. Cit., p. 29.).
- <sup>241</sup> Op. Cit., p. 44.
- <sup>242</sup> FARIA JR., César. Op. Cit. “A garantia da fundamentação das decisões foi, com acerto, posta conjuntamente com a da publicidade dos julgamentos, pois significa, como preleciona TARUFFO, que “os destinatários da motivação não são somente as partes, os seus advogados e o Juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida em seu complexo como opinião *quisque de populo*. (“*La motivazione della sentenza civile*”).” (grifou-se).
- <sup>243</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- <sup>244</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2002; ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- <sup>245</sup> A fundamentabilidade representa o requisito máximo da correção e se dará mediante a racionalização discursiva dos seus argumentos.
- <sup>246</sup> A teoria do discurso é uma teoria procedimental. Segundo ela, uma norma só é correta se pode ser o resultado de um procedimento definido através das regras do discurso. Contra esta concepção procedimental da correção prática, Weinberger objetou que confunde o sentido do conceito de correção. Segundo ele, os discursos pode ser certamente um meio “para fecundar e fazer avançar o pensamento”, mas com a observação das regras do discurso não se pode garantir a correção dos resultados. [...]. O ponto de partida dos argumentos a serem dirigidos contra Weinberger é a tese de que a teoria do discurso não leva à conclusão de ser correto qualquer resultado de uma comunicação

lingüística, mas apenas ao resultado de um discurso racional. A racionalidade do discurso se define por meio da observação das regras do discurso. A questão, por isso, radica em se a observação das regras do discurso permite garantir a bondade [correção] dos argumentos. [...] A teoria do discurso pretende tornar factível a argumentação racional tanto quanto possível, também no campo especificamente valorativo. (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 289-291).

<sup>247</sup> [...] Isto evidencia que Weinberger traça um quadro desviado da teoria do discurso quando pensa que esta substitui a experiência e a análise pelo simples consenso. A teoria do discurso inclui todos os *critérios de racionalidade* de Weinberger. Um discurso, então, só é completamente racional se todos os seus participantes cumprem tais critérios. Weinberger tem razão quando diz que em situações de psicoses de massas pode-se produzir rapidamente um consenso. **Despreza, porém, que a situação de psicoses de massas é justamente o contrário da situação do discurso racional.** (grifo nosso) (Op. Cit., p. 291.).

<sup>248</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88-94.

<sup>249</sup> Não por acaso, portanto, é recorrente na doutrina o debate acerca do fundamento democrático da jurisdição constitucional, das origens até os dias de hoje. A subsistência da polêmica e a busca constante de legitimação nas relações entre o constituinte e o legislador revelam um imperativo dos tempos modernos: o de harmonizar a existência de uma constituição – e dos limites que ela impõe aos poderes ordinários – com a liberdade necessária às deliberações majoritárias, próprias do regime democrático. As perguntas que desafiam a doutrina e a jurisprudência podem ser postas nos termos seguintes: por que um texto elaborado décadas ou séculos atrás (a Constituição) deveria limitar as maiorias atuais? E, na mesma linha, por que se deveria transferir ao Judiciário a competência para examinar a validade de decisões dos representantes do povo? (BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 89).

<sup>250</sup> Longe de serem conceitos antagônicos, portanto, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambos se destinam, em última análise, a prover segurança jurídica e bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. No mundo moderno, sem embargo dos múltiplos modelos constitucionais que podem ser adotados, os objetivos últimos da Constituição podem ser assim sistematizados. (Op. Cit., p. 91).

<sup>251</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.94.

<sup>252</sup> BETTIOL Giuseppe. **Diritto penale**, 11.ed. Paldova: Cedam, 1982, p.806 apud FRANCO, Alberto Silva. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.53

<sup>253</sup> BECCARIA, César. **Dos delitos e Das Penas**, 1764. Trad. de Paulo M. Oliveira e prefácio de Evaristo de Moraes, Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.]. p. 66.

<sup>254</sup> “Art. 1.º Constitui crime de tortura:

I - constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental;

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II – submeter alguém sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.”

<sup>255</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.103.

<sup>256</sup> REALE JR., Miguel. **A inconstitucionalidade da lei dos remédios**. Vol. 763. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d.]. p.425.

- <sup>257</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**, 1986, p. 387-388.
- <sup>258</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina constitucional e o Controle de Constitucionalidade, como garantia da cidadania, necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. **Seleções Jurídicas da COAD**, São Paulo, nº 8, p.15, jul. 1993.
- <sup>259</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: IBDC, 2000.
- <sup>260</sup> FARIA JR., César. Crimes Hediondos, a nova lei. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre: v. 3, n. 4, out./nov./dez. 1990, p. 27.
- <sup>261</sup> Op. Cit. p. 570-83.
- <sup>262</sup> Op. Cit. p. 579.
- <sup>263</sup> Op. Cit., p. 276-77.
- <sup>264</sup> Art. 5º, inciso LXI : “ninguém será preso salvo em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”
- <sup>265</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. V. 2. São Paulo: 1993, p.88.
- <sup>266</sup> A Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, vedou, expressamente, a edição de medida provisória sobre matéria processual penal (art. 62, I, “b”, CF).
- <sup>267</sup> **Art. 1º**. Caberá prisão temporária:
- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;*
- II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;*
- III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes*
- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);*
- b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);*
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);*
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);*
- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);*
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);*
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);*
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (O art. 219 do Código Penal foi revogado pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005)*
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);*
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela moret (art. 270, caput, combinado com o art. 285);*
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;*
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;*
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); (A lei nº 6.368/76 foi revogada pela Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que dispõe sobre a matéria no art. 33)*
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).*
- <sup>268</sup> Op. Cit. p. 440.
- <sup>269</sup> Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 21 jul. 2008.
- <sup>270</sup> DOTTI, René Ariel. Um bando de denúncias por quadrilha. **IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 6-8, maio/2007.
- <sup>271</sup> UM BANDO de denúncias por quadrilha. **IBCCrim**, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 6-8, maio 2007.
- <sup>272</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25.ed. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 468.
- <sup>273</sup> § 1º, art. 306 do CPP, acrescentado pela Lei n. 11.449, de 15/01/2007:
- Dentro em 24 h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.*

- <sup>274</sup> PEREIRA, Eliomar da Silva. **IBCCRIM**, Ano 13, nº 157, p.12-13, dez. 2005.
- <sup>275</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.
- <sup>276</sup> BELOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo Bancário: análise crítica da LC 105/2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.
- <sup>277</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 87.
- <sup>278</sup> KARAM, Maria Lucia. **Boletim IBCRIM**, ano 17, nº 200, jul. 2009, p. 17.
- <sup>279</sup> Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.98); Luiz Francisco Torquato Avolio (KARAM, Maria Lucia. **IBCRIM**, ano 17, nº 200, p.43, Jul. 2009.), a partir do magistério de Nuvolone, posicionam-se no sentido de que a prova será vedada sempre que contrariar uma específica norma legal ou um princípio do Direito positivo, ao tempo em que distinguem as provas ilícitas e ilegítimas como espécies de provas vedadas. A prova será ilegítima quando a proibição advém de uma lei processual, sendo ilícita na hipótese de ser obtida com infração a normas ou princípios de Direito Material.
- <sup>280</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 105.
- <sup>281</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do Direito Processual**. São Paulo: Forense, 1990, p. 430-435.
- <sup>282</sup> MAILLO, Alfonso Serrano. Valor de las escuchas telefonicas como prueba en el sistema español. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 4, nº 15, p.16, 1996.
- <sup>283</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9296/96. **IBCCRIM**, São Paulo, n.45, p. 14, ago. 1996.
- <sup>284</sup> STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 70.
- <sup>285</sup> FÁRIA JR., César de. Interceptações telefônicas. **Revista do Instituto dos Advogados da Bahia**. Salvador: Nova Alvorada, 1997, p. 79/90. (Ed. especial do 1º Centenário de Fundação).
- <sup>286</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 161.
- <sup>287</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. Op. Cit., p. 2.
- <sup>288</sup> Foram esses motivos que levaram, recentemente, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) a ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4112 contra a referida Lei. Na ação, o PTB pede a inconstitucionalidade de cinco dispositivos da lei, mas observa que toda a norma deve ser declarada ilegal se o STF "julgar melhor". Ao fazer um "breve histórico" da lei, o PTB argumenta que "os chamados grampos telefônicos se banalizaram e se multiplicaram por todo o país, gerando um efeito utilitarista e nocivo". Diz ainda que, por qualquer razão, as autoridades que investigam obtêm facilmente autorização judicial com o argumento de investigar prática criminosa. Para o partido, o que teria de ser uma exceção, de que "deveria se lançar mão apenas em casos de extrema gravidade, virou incidente corriqueiro no foro criminal, mesmo quando esse instrumento é desnecessário. A ação tem pedido de liminar para que os dispositivos contestados sejam suspensos em virtude dos "tumultos" que a norma vem causando no país ou para que seja aplicado ao caso dispositivo da Lei das ADIs que permite o julgamento de mérito da ação pelo colegiado do STF sem necessidade de análise da liminar. O primeiro dispositivo questionado pelo PTB é o parágrafo único do artigo 1º da lei, que permite a quebra de sigilo de dados de computadores (sistemas de informática) e de sistemas telemáticos. Para o partido, o dispositivo "atentou contra a inviolabilidade do sigilo das comunicações no âmbito de processamento de dados". O PTB afirma que a Constituição Federal "garantiu a inviolabilidade do sigilo das comunicações privadas de uma maneira geral, excetuando apenas os das comunicações telefônicas". A agremiação acrescenta que, mesmo com relação a dados de sistemas telemáticos, "deve-se dizer que o texto constitucional só parece permitir a interceptação de 'comunicação telefônica' stricto sensu (ou seja, da voz), e não da 'comunicação via telefone' (compreendendo a telemática)". O segundo dispositivo questionado é o inciso III do artigo 2º da lei. O partido alega que a regra é genérica, viola o devido processo legal e não respeita o princípio da proporcionalidade. "O legislador, de forma irrazoável, não indicou expressamente os casos em que a

interceptação poderia ser possível”, alega o PTB. Por isso, a agremiação pretende que seja dado ao texto da lei uma interpretação conforme a Constituição para permitir que a interceptação telefônica somente seja possível para crimes considerados de especial gravidade e não para qualquer crime punido com reclusão. O segundo e terceiro dispositivos impugnados são o caput e o inciso II do artigo 3º, que permitem que o juiz determine a interceptação telefônica “de ofício” e durante a “instrução processual penal”. O partido afirma que, nessa parte, a norma compromete o “princípio da imparcialidade” e “cria a figura do ‘juiz inquisidor’, inaceitável diante do processo acusatório adotado no Brasil”. Por fim, o PTB contesta o parágrafo 2º, do artigo 4º da Lei, que dá ao juiz o prazo máximo de 24 horas para decidir sobre o pedido de interceptação. O partido que diz que a regra “visa, sem dúvida, impedir de modo indireto, por meio de um prazo desproporcional, que o magistrado tenha a possibilidade de sequer examinar os autos”. Disponível no site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 20 jul. 2008.

- <sup>289</sup> CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, nº 79, 2009.
- <sup>290</sup> Nesse sentido, por todos, Alberto Silva Franco. CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, nº 79, p.576, 2009.
- <sup>291</sup> FRANCO, Alberto Silva. Op. Cit., p.575.
- <sup>292</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime organizado**: uma categorização frustrada. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 45.
- <sup>293</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 94-98.
- <sup>294</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 06 maio 2009.
- <sup>295</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. Op. Cit.
- <sup>296</sup> Num breve esboço histórico, vaticina o autor que “o Novo Testamento informa que a doutrina de Cristo ameaçava o poder dos sacerdotes do Templo – e apesar de dizer que seu Reino não era deste mundo e que deviam dar a César o que era de César, foi crucificado. Quando Cristo chega ao poder como o cristianismo da Igreja Católica, o inimigo interno é o herege: as fogueiras da Inquisição queimaram milhares de hereges na Idade Média, como mostra “O Nome da Rosa”, de Humberto Eco, por exemplo. No Brasil-Colônia os inimigos internos eram os libertadores: enforcaram Tiradentes, líder do crime organizado contra a Coroa portuguesa. Sob o fascismo, os judeus eram a nova face do crime organizado – e o resultado foi o Holocausto. No período das ditaduras militares do Brasil, Argentina e Chile, por exemplo, os comunistas são os inimigos internos – como resultado, as prisões, a tortura e os assassinatos em massa. Hoje, as ossadas descobertas no Brasil, as mães da Plaza de Mayo na Argentina e o processo contra Pinochet no Chile mostram onde estava o crime organizado – ou quem eram os verdadeiros criminosos”. SANTOS, Juarez Cirino. **O Crime Organizado**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2010.
- <sup>297</sup> DOTTI, René Ariel. A organização criminosa é uma forma qualificada do concurso de pessoas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 17, n. 198, p. 6-7, maio 2009.
- <sup>298</sup> CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Organizações Criminosas no Direito Penal Brasileiro: o Estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, nº 24, p. 108, 1998.
- <sup>299</sup> SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime Organizado**: procedimento probatório. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 36.
- <sup>300</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. Op. Cit., p. 76.
- <sup>301</sup> GOMES, Luiz Flávio. Lei de lavagem de capitais: aspectos processuais. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, 1998, n.65, ed.esp., p. 10-11.
- <sup>302</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Que juiz inquisidor é esse? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n.30, p. 01, jun. 1995.

- <sup>303</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 9034/95. Lei Complementar 105/01. Superveniente. Hierarquia Superior. Revogação Implícita. Ação Prejudicada, em Parte "Juiz de Instrução". Realização de Diligências Pessoalmente. Competência para Investigar. Inobservância do Devido Processo Legal. Imparcialidade do Magistrado. Ofensa. Funções de Investigar e Inquirir. Mitigação das Atribuições do Ministério Público e das Polícias Federal e Civil. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigos 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (ADI 1570-2, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 22/10/2004).
- <sup>304</sup> A Convenção de Viena de 1988 fora, entre nós, ratificada mediante o Decreto nº 154/1991.
- <sup>305</sup> Como exemplo dessas iniciativas internacionais, pontua Luiz Flávio Gomes as seguintes: "Declaração Conjunta dos sete países mais industrializados (Paris, 1989), a Declaração de Ministros de Estado (Londres, 1990), o Programa de Ação Global da ONU (1993). Na Comunidade Econômica Européia destaca-se a Recomendação R80 do Conselho Europeu (1980), a Convenção firmada pelos Bancos Suíços (1977-1987), a Declaração de Princípios de Basiléia (1988), a Convenção da CEE (1990), a Diretiva da CEE (1991), os Adendos à Convenção de Basiléia (1991, 1993). Tampouco o continente americano, no plano formal, descuidou do tema: Declaração de Ixtapa (México, 1990), Recomendação da OEA (1990), Regulamento Modelo da OEA, Declaração de Caracas (1990), de Cartagena (1991)". (CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 110.).
- <sup>306</sup> OLIVEIRA, William Terra de. A criminalização da Lavagem de Dinheiro: aspectos penais da Lei 9.613 de 1º de março de 1998. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, nº 23, p.114, 1998; GOMES, Luiz Flávio. **A lavagem de capitais como expressão do "Direito Penal Globalizado"**: enfoque crítico. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 05 dez. 2000.
- <sup>307</sup> PITOMBO, Antônio Sérgio a. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 112.
- <sup>308</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. Op. Cit., p. 16.
- <sup>309</sup> CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p.29.
- <sup>310</sup> Consigne-se que há divergência no meio doutrinário quanto à definição do bem jurídico tutelado pelo tipo de lavagem de capitais. Afirmam alguns que com a figura típica em questão se buscou proteger a Administração da Justiça; outros asseveram que a Lei de Lavagem de dinheiro é direcionada a resguardar o mesmo bem jurídico tutelado pelo crime antecedente, havendo, ainda, quem defenda a idéia de a lavagem ser um delito pluriofensivo, sendo que, atualmente, a proteção da ordem socioeconômica tem sido a posição amplamente aceita na doutrina.
- <sup>311</sup> VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, nº 47, p. 13, 2004.
- <sup>312</sup> VILARDI, Celso Sanchez. Op. Cit., p. 218.
- <sup>313</sup> PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Op. Cit., p. 32.
- <sup>314</sup> Nesse aspecto, a partir de uma análise de Direito comparado, verifica-se existirem legislações de 1ª, 2ª e 3ª geração. As leis de primeira geração prevêm como crime antecedente apenas o narcotráfico. As de segunda apresentam um rol determinado, como contrabando de armas, corrupção, etc. As de terceira, consideram qualquer tipo de crime como pressuposto da lavagem.
- <sup>315</sup> PODVAL, Roberto. Op. Cit., p. 218.
- <sup>316</sup> Nesse sentido William Terra de Oliveira. (CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 333-334.).

- <sup>317</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais. **IBCCRIM**, São Paulo, v.7, n.79, p. 4-5, jun. 1999.
- <sup>318</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. Op. cit., p. 4-5.
- <sup>319</sup> O antigo texto do artigo 366 do Código de Processo Penal dispunha que: "O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado".
- <sup>320</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- <sup>321</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Suspensão do processo em face da revelia: comentários à Lei 9.271, de 17 de junho de 1996. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, nº 23, p. 42, 1998.
- <sup>322</sup> GOMES, Luiz Flávio. Art. 366 do CPP e lei de lavagem de capitais. **IBCCRIM**. São Paulo, n.70, Ed.esp., p. 14-15, set. 1998.
- <sup>323</sup> NAHUM, Marco Antonio Rodrigues. O retorno dos conceitos de periculosidade, e de inocuidade, como defesa da sociedade globalizada. **IBCCRIM**, São Paulo, v.13, n.161, p. 14-15, abr. 2006.
- <sup>324</sup> MARONNA, Cristiano Ávila. Nova Lei de Drogas: retrocesso travestido de avanço. **IBCCRIM**, São Paulo, v.14, n.167, p. 4, out. 2006.
- <sup>325</sup> TAFFARELLO, Rogério F. Nova política criminal de drogas: primeiras impressões. **IBCCRIM**. São Paulo, v.14, n.167, p. 2-3, out. 2006.
- <sup>326</sup> GALLI, José Eliseu. **O controle difuso de constitucionalidade como garantia em face do sistema criminalizante da Lei 11.343/06**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>.
- <sup>327</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Revista dos Tribunais. 2006.
- <sup>328</sup> SANTAMARÍA, Cláudia B. Moscato de. **El Agente Encubierto**. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 1. (funcionário policial ou de forças de segurança que tenha uma investigação dentro de uma organização criminosa, muitas vezes, tem uma identidade modificada, a fim de tomar conhecimento do cometimento de delitos).
- <sup>329</sup> Silva, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado: Procedimento Probatório**. São Paulo: Atlas, 2003, p.89.
- <sup>330</sup> KOZLOWSKI, Igor. **Agente infiltrado: natureza jurídica das condutas praticadas no âmbito da organização criminosa**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 1º nov. 2007.
- <sup>331</sup> KOZLOWSKI, Igor. Op. cit.
- <sup>332</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Estudos de Direito Processual Penal**. [s.l.]: BH, 2006, p. 121 e seguintes.
- <sup>333</sup> KARAM, Maria Lúcia. A Lei nº. 11.343/2006 e os Repetidos Danos do Proibicionismo. **IBCCRIM**, ano 14, nº. 167, out. 2006.
- <sup>334</sup> MARCÃO, Renato. Art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas): A liberdade Provisória em Crime de Tráfico de Drogas na Visão do Supremo Tribunal Federal. **IBCCRIM**, ano 18, nº.212, jul. 2010.
- <sup>335</sup> MARCÃO, Renato. Art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas): A liberdade Provisória em Crime de Tráfico de Drogas na Visão do Supremo Tribunal Federal. **IBCCRIM**, ano 18, nº.212, jul. 2010.
- <sup>336</sup> QUEIROZ, Paulo. **A propósito do bem jurídico protegido no tráfico de drogas e afins**. [s.l.:s.n.,s.d.]. Disponível em: <<http://www.paulqueiroz.net>>.
- <sup>337</sup> KARAM, Maria Lúcia. A Lei nº. 11.343/2006 e os Repetidos Danos do Proibicionismo. **IBCCRIM**, ano 14, nº. 167, out. 2006.
- <sup>338</sup> **IBCCRIM**, ano 16, nº. 196, Mar. 2009.
- <sup>339</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime - anotações às Disposições Criminais da Lei nº. 9.613/98**. São Paulo: Malheiros, 1999, p.31.
- <sup>340</sup> Idem.
- <sup>341</sup> BARROS, Marco Antonio. Lavagem de Dinheiro e o Princípio da Anterioridade. **IBCCRIM**, ano 09, nº. 108, Nov. 2001.
- <sup>342</sup> PIRAGIBE, Cristóvão; MALTA, Tostes. **Dicionário Jurídico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1988.

- 
- <sup>343</sup> BOLDT, Raphael. Delação premiada: o dilema ético. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7196>>. Acesso em: 01 jun. 2007.
- <sup>344</sup> Disponível em: <[http://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=14287&Id\\_Cliente=10487](http://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=14287&Id_Cliente=10487)>.
- <sup>345</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito P. Luiz de Pádua Cerqueira. **Revista Jurídica Consulex**, ano IX, nº. 208, 15 set. 2005.
- <sup>346</sup> BALDAN, Edson Luís. O Jogo Matemático da Delação e a Extorsão da Prova Mediante Seqüestro do Investigado. **IBCCRIM**, ano 13, nº. 159, Fev. 2006.
- <sup>347</sup> PRADO, Geraldo. Da Delação Premiada: Aspectos de Direito Processual. **IBCCRIM**, v.13, nº. 159, p.10-12, Fev. 2006.
- <sup>348</sup> A BÍBLIA SAGRADA. **Evangelho de São Mateus**. cap. XXVI.
- <sup>349</sup> FONCECA, Tiago Dutra; FRANZINI, Milena de Oliveira. Delação Premiada: Metástase Política. **IBCCRIM**, ano 13, nº.159, Fev. 2006.
- <sup>350</sup> BALDAN, Edson Luís. O Jogo Matemático da Delação e a Extorsão da Prova Mediante Seqüestro do Investigado. **IBCCRIM**, ano 13, nº. 159, Fev. 2006.
- <sup>351</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. p.37.
- <sup>352</sup> Disponível em: <<http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=626702>>.
- <sup>353</sup> GARCIA, Roberto Soares. Delação Premiada: Ética e moral, às favas! **Revista do Instituto Brasileira de Ciências Criminais**, ano 13, nº. 159, Fev. 2006.
- <sup>354</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. **IBCCRIM**, ano 13, nº. 159, Fev. 2006.
- <sup>355</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. 2 ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 944.
- <sup>356</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pág.1.
- <sup>357</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Natureza Jurídica da Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 67.
- <sup>358</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentário à Lei de Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.7.
- <sup>359</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- <sup>360</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- <sup>361</sup> DELMANTO, Roberto. Da Máfia ao RDD. **IBCCRIM**, Ano 14, nº. 163, Jun. 2006.
- <sup>362</sup> REGHELIN, Elisangela Melo. Regime Disciplinar Diferenciado: do canto da Sereia ao Pesadelo. **IBCCRIM**, Ano 14, nº. 168, Nov. 2006.
- <sup>363</sup> REGHELIN, Elisangela Melo. Op. cit.
- <sup>364</sup> REGHELIN, Elisangela Melo. Op. cit.
- <sup>365</sup> DELMANTO, Roberto. Da Máfia ao RDD. **IBCCRIM**, Ano 14, nº. 163, Jun. 2006.

## REFERÊNCIAS

JAKOBS, Günther. **Criminalización en el estúdio previo a la lesión de un bien jurídico**. Trad. De Enrique Peñaranda Ramos. Estúdios de derecho penal. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

\_\_\_\_\_. Terroristas como Sujeitos de Direito? p.59. In: **Direito Penal do Inimigo**. Organização e Introdução Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea: Dogmática, Missão do Direito Penal e Política Criminal na Sociedade de Risco**. São Paulo: IBCCRIM, [s.d.]. (Monografia Vencedora do 11º Concurso de Monografias Jurídicas).

LUHMANN, Niklas. **Low as a social system**. Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. vii (trata-se de tradução inglesa de Das Recht der Gesellschaft).

\_\_\_\_\_. **Introducción a La teoria de sistemas**: lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate.nUniversidad Iberoamericana.México: Antropos, 1996.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito**. v. 1. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, [s.d].

JAKOBS, Günter. **Derecho penal**: parte general, fundamentos y teoria de La Imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. [s.l.:s.n.], 1993, p. 124 et.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

SHIMITT, Carl. **O conceito do político/Teoria do Partisan**. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CONDE, Francisco Muñoz. As Origens Ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Penais – RBCCRIM**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 18, n. 83, mar.-abr./2010.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do inimigo? Uma análise acerca das condições da legalidade. p.42/43. In: **Direito Penal do Inimigo**. Organização e Introdução Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

ZAFARRONI, Eugenio Raul. **El Enemigo em el Derecho Penal**. Segunda Reimpresión. Buenos Aires: Ediar, 2009.

SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. Los Indeseados Como Enemigos. **Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia**, n. 09-01, p.01:1-01:18, 2007. Disponível em: <<http://www.criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>>.

JAKOBS, Günther. **A Autocompreensão da Ciência Penal Diante dos Desafios da Atualidade**. [s.l.:s.n.,s.d.]. p.106.

RIPOLLÉS, José Luis Diéz. De la Sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. **Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia**, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07.html>>.

SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série As Ciências Criminais no Século XXI – v. 11).

\_\_\_\_\_. **Reflexiones sobre las bases de la política criminal**: el Nuevo Código Penal - Presupuestos y Fundamentos. Libro homenaje Al Profesor Doctor Don Ángel Trío López Granada. [s.l.:s.n.], 1999.

CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro de. **Política Criminal Contemporânea e a Questão do Direito Penal do Inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo: algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO 7/2000. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre: Centro de Estudos Ibero-Americanos de Ciências Penais, ano 3, n.05, p. 151-168, jan.-abr.2002.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Org. e Introdução: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução do alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. Emergenza penale e crisi della giurisdizione. Dei delitti e delle pene. **Bari**, n. 2, p. 271-292, mar./ago. 1984.

HASSEMER, Winfried. **Processo penal e direitos fundamentais**: jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004.

BARATTA. El concepto actual de seguridad en Europa. RCSP. **Revista Catalana de Seguridad Pública**, n. 8, 2001.

MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, nº 59, p.223-59, mar./abr. 2006.

BOUCHARD, Marco. Guantánamo: morte do processo penal e início do apocalipse. Trad. Eduardo Maia Costa. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 97, p. 61-72, jan./mar. 2004.

DIREITO e tecnologias da informação. As Novas Leis de Segurança na Alemanha e nos estados Unidos. Os efeitos para a comunicação local e global. **R. CEJ**, Brasília, n. 19, p. 78-84, out/dez. 2002. (*online*).

LA ESTRATEGIA mundial de las Naciones Unidas contra el terrorismo. (*online*)

COOPERAÇÃO interestatal face aos movimentos de contestação internacional: a tensão entre controle democrático e segurança interna na União Européia, p.12. (*online*)

SANTOS, Ademário Cesário dos. **Direito Penal do Inimigo e Culpa Jurídico-Penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

Disponível em: <<http://www.coe.int/gmt>>. Acesso em: 02 maio 2010.

REVISTA VEJA. São Paulo: Abril, edição 2156, ano 43, nº11, 17 de março de 2010.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Mídia e Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2040, 31 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12274>>. Acesso em: 11 mar. 2010.

CRIAR MILÍCIA PODE VIRAR CRIME FEDERAL. Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/modules/articles/article.php?id=3054>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

MOCCIA, Sergio. Emergência e Direitos Fundamentais. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCCRIM, Editora Revista dos Tribunais, n.24, 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal.** São Paulo: Atlas, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. 01. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Direito Infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento antiterror.** Florianópolis: Habitus, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAVARO, Thomaz. **A lição da Justiça.** Revista VEJA. São Paulo: Abril.

TAVARES, André Ramos. Teoria Processual e Processo Constitucional "Objetivo". In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2007.

DANTAS, Miguel Calmon. O Direito Fundamental à Processualização: Fundamento para uma Teoria Geral do Processo. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO; FERREIRA, Eduardo (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição.** São Paulo: IBDC, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal.** Coimbra: Coimbra, 2004.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula (Org.). **A nova interpretação constitucional: o começo da história - a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Tendências do Pensamento Jurídico Contemporâneo.** Salvador: JusPODIVM, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal à luz da Constituição.** Temas Escolhidos. Bauru: Edipro, 1999.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

PACHECO, Denilson Feitoza. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 30 jun. 2009.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2002.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHAMON JR., Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.].

\_\_\_\_\_. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **La pretensión de corrección del derecho:** la polémica sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Vol. 1. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997. (Col. Biblioteca Tempo Universitário, 101).

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução do Estudo do Direito:** Técnica, Decisão e Dominação. São Paulo: Atlas, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.** Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>. Acesso em: 16 maio 2007.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbietivi.** 2. ed. Milão: Società, 1912.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Controle de Constitucionalidade:** aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v.215, 1999.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque; SCHIMITT, Ricardo Augusto (Org.). **Proporcionalidade e Direito Penal:** Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal. Salvador: JusPODIVM, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro:** a nova interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo.** 5. ed. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FARIA JR., César. A motivação das decisões como garantia constitucional e seus reflexos práticos. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. 4, n.1, p. 34-40, 1991.

SICHES, Luis Recásens. **Tratado general de filosofía del derecho**. 3. ed. México: Porrúa, 1965.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. **Segurança Jurídica e Tipicidade Tributária**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

JUSTO, A. Santos. **Direito Privado Romano**. Vol. I. Parte Geral. Introdução, Relação Jurídica, Defesa dos Direitos. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BETTIOL Giuseppe. **Diritto penale**, 11.ed. Paldova: Cedam, 1982, p.806 apud FRANCO, Alberto Silva. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BECCARIA César. **Dos delitos e Das Penas**, 1764. Trad. de Paulo M. Oliveira e prefácio de Evaristo de Moraes, Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.].

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d.].

REALE JR., Miguel. **A inconstitucionalidade da lei dos remédios**. Vol. 763. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d.].

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. [s.l.:s.n.], 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina constitucional e o Controle de Constitucionalidade, como garantia da cidadania, necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. **Seleções Jurídicas da COAD**, São Paulo, nº 8, p.15, jul. 1993.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: IBDC, 2000.

FARIA JR., César. Crimes Hediondos, a nova lei. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre: v. 3, n. 4, out./nov./dez. 1990.

KARAM, Maria Lúcia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. V. 2. São Paulo: 1993.

Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

DOTTI, René Ariel. Um bando de denúncias por quadrilha. **IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 6-8, maio 2007.

UM BANDO de denúncias por quadrilha. **IBCCrim**, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 6-8, maio 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25.ed. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **IBCCRIM**, Ano 13, nº 157, p.12-13, dez. 2005.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BELOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo Bancário: análise crítica da LC 105/2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

KARAM, Maria Lucia. **IBCRIM**, ano 17, nº 200, jul. 2009.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do Direito Processual**. São Paulo: Forense, 1990.

MAILLO, Alfonso Serrano. Valor de las escuchas telefonicas como prueba en el sistema español. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 4, nº 15, p.16, 1996.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9296/96. **IBCCRIM**, São Paulo, n.45, p. 14, ago. 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FÁRIA JR., César de. Interceptações telefônicas. **Revista do Instituto dos Advogados da Bahia**. Salvador: Nova Alvorada, 1997, p. 79/90. (Ed. especial do 1º Centenário de Fundação).

Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 20 jul. 2008.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, nº 79, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime organizado: uma categorização frustrada**. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 06 maio 2009.

SANTOS, Juarez Cirino. **O Crime Organizado**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

DOTTI, René Ariel. A organização criminosa é uma forma qualificada do concurso de pessoas. **IBCCRIM**, São Paulo, ano 17, n. 198, p. 6-7, maio 2009.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Organizações Criminosas no Direito Penal Brasileiro: o Estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, nº 24, p. 108, 1998.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime Organizado**: procedimento probatório. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Lei de lavagem de capitais: aspectos processuais. **IBCCRIM**, São Paulo, 1998, n.65, ed.esp.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Que juiz inquisidor é esse? **IBCCRIM**, São Paulo, n.30, p. 01, jun. 1995.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

OLIVEIRA, William Terra de. A criminalização da Lavagem de Dinheiro: aspectos penais da Lei 9.613 de 1º de março de 1998. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, nº 23, p.114, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **A lavagem de capitais como expressão do "Direito Penal Globalizado"**: enfoque crítico. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 05 dez. 2000.

PITOMBO, Antônio Sérgio a. de Moraes. **Lavagem de dinheiro**: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, nº 47, p. 13, 2004.

D'ÁVILA. Fábio Roberto. A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais. **IBCCRIM**, São Paulo, v.7, n.79, p. 4-5, jun. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Suspensão do processo em face da revelia: comentários à Lei 9.271, de 17 de junho de 1996. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, nº 23, p. 42, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. Art. 366 do CPP e lei de lavagem de capitais. **IBCCRIM**. São Paulo, n.70, Ed.esp., p. 14-15, set. 1998.

NAHUM, Marco Antonio Rodrigues. O retorno dos conceitos de periculosidade, e de inocuidade, como defesa da sociedade globalizada. **IBCCRIM**, São Paulo, v.13, n.161, p. 14-15, abr. 2006.

MARONNA, Cristiano Ávila. Nova Lei de Drogas: retrocesso travestido de avanço. **IBCCRIM**, São Paulo, v.14, n.167, p. 4, out. 2006.

TAFFARELLO, Rogério F. Nova política criminal de drogas: primeiras impressões. **IBCCRIM**. São Paulo, v.14, n.167, p. 2-3, out. 2006.

GALLI, José Eliseu. **O controle difuso de constitucionalidade como garantia em face do sistema criminalizante da Lei 11.343/06**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Revista dos Tribunais. 2006.

SANTAMARÍA, Claúdia B. Moscato de. **El Agente Encubierto**. Buenos Aires: La Ley, 2000.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado: Procedimento Probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

KOZLOWSKI, Igor. **Agente infiltrado: natureza jurídica das condutas praticadas no âmbito da organização criminosa**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 1º nov. 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Estudos de Direito Processual Penal**. [s.l.]: BH, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. A Lei nº. 11.343/2006 e os Repetidos Danos do Proibicionismo. **IBCCRIM**, ano 14, nº. 167, out. 2006.

MARCÃO, Renato. Art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas): A liberdade Provisória em Crime de Tráfico de Drogas na Visão do Supremo Tribunal Federal. **IBCCRIM**, ano 18, nº.212, jul. 2010.

QUEIROZ, Paulo. **A propósito do bem jurídico protegido no tráfico de drogas e afins**. [s.l.:s.n.,s.d.]. Disponível em: <<http://www.paulqueiroz.net>>.

**IBCCRIM**, ano 16, nº. 196, Mar. 2009.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime - anotações às Disposições Criminais da Lei nº. 9.613/98**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROS, Marco Antonio. Lavagem de Dinheiro e o Princípio da Anterioridade. **IBCCRIM**, ano 09, nº. 108, Nov. 2001.

PIRAGIBE, Cristóvão; MALTA, Tostes. **Dicionário Jurídico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1988.

BOLDT, Raphael. Delação premiada: o dilema ético. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7196>>. Acesso em: 01 jun. 2007.

Disponível em:

<[http://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=14287&Id\\_Ciente=10487](http://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=14287&Id_Ciente=10487)>.

CERQUEIRA, Thales Tácito P. Luiz de Pádua Cerqueira. **Revista Jurídica Consulex**. ano IX, nº. 208, 15 set. 2005.

BALDAN, Edson Luís. O Jogo Matemático da Delação e a Extorsão da Prova Mediante Seqüestro do Investigado. **IBCCRIM**, ano 13, nº. 159, Fev. 2006.

PRADO, Geraldo. Da Delação Premiada: Aspectos de Direito Processual. **IBCCRIM**, v.13, nº. 159, p.10-12, Fev. 2006.

A BÍBLIA SAGRADA. **Evangelho de São Mateus**. cap. XXVI.

FONCECA, Tiago Dutra; FRANZINI, Milena de Oliveira. Delação Premiada: Metástase Política. **IBCCRIM**, ano 13, nº.159, Fev. 2006.

BALDAN, Edson Luís. O Jogo Matemático da Delação e a Extorsão da Prova Mediante Seqüestro do Investigado. **IBCCRIM**, ano 13, nº. 159, Fev. 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.].

Disponível em: <<http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=626702>>.

GARCIA, Roberto Soares. Delação Premiada: Ética e moral, às favas! **Revista do Instituto Brasileira de Ciências Criminais**, ano 13, nº. 159, Fev. 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. **IBCCRIM**, ano 13, nº. 159, Fev. 2006.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Natureza Jurídica da Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentário à Lei de Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DELMANTO, Roberto. Da Máfia ao RDD. **IBCCRIM**, Ano 14, nº. 163, Jun. 2006.

REGHELIN, Elisangela Melo. Regime Disciplinar Diferenciado: do canto da Sereia ao Pesadelo. **IBCCRIM**, Ano 14, nº. 168, Nov. 2006.