

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

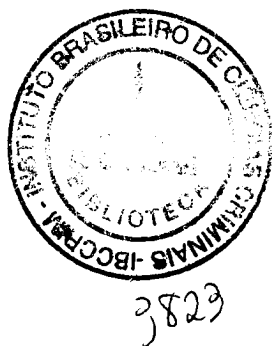
Monografia Vencedora
do
10.º Concurso
de Monografias Jurídicas

FABIANA LEMES ZAMALLOA DO PRADO

A PONDERAÇÃO de INTERESSES em MATÉRIA de PROVA no PROCESSO PENAL



SÃO PAULO
2006



© Desta edição – IBCCRIM

Produção Gráfica: Método Editoração e Editora Ltda.

Fone: (11) 3289-1366 – Fax: (11) 3262-4729

Capa: Lili Lungarezi – liliungarezi@uol.com.br

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

Prado, Fabiana Lemes Zamalloa do

A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal / Fabiana Lemes Zamalloa do Prado. - São Paulo : IBCCRIM, 2006

(Monografias / IBCCRIM ; 38)

Bibliografia

1. Processo penal. 2. Prova (Direito). 3. Interesses coletivos. I. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. II. Título. III. Série.

06-2732.

CDU 343.1

ISBN 85-99216-06-6

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Rua 11 de agosto, 52, 2.º andar

CEP 01018-010 – São Paulo, SP, Brasil

Tel.: (xx 55 11) 3105-4607 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.org.br> — e-mail: monografia@ibccrim.org.br

Tiragem: 4.000

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

2006

IBCCRIM – Diretoria para o biênio 2005/2006

Diretoria executiva

Presidente

Maurício Zanoide de Moraes

1.º Vice-Presidente

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2.º Vice-Presidente

Sérgio Mazina Martins

1.º Secretário

Tatiana Viggiani Bicudo

2.º Secretário

Theodomiro Dias Neto

1.º Tesoureiro

Roberto Mauricio Genofre

2.º Tesoureiro

Ivan Martins Motta

Comissões especiais – Presidentes

Convênios

Mariângela Lopes Neistein

Estudos e Debates

Carmen Silvia de Moraes Barros

História

Rafael Mafei Rabelo Queiroz

Monografias

Angélica de Maria Mello de Almeida

Seminário Internacional

Carlos Vico Mañas

Coordenadores – chefes dos Departamentos

Biblioteca

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Boletim

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Cursos

Carlos Alberto Pires Mendes

Estudos e Projetos Legislativos

Maria Elizabeth Queijo

Internet

Luis Fernando Camargo de Barros Vidal

Relações Internacionais

Marina Pinhão Coelho

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Iniciação Científica

Juliana Sinhorini Nahum

Pós-Graduação

Alvino Augusto de Sá

Redes internacionais

Flavia D'Urso

Núcleo de Pesquisas

Renato Sergio de Lima

Coordenadores Estaduais

Adeildo Nunes (PE), Adeline Marcon (PR), Ana Beatriz Baraúna Lopes (AM), Carmen da Costa Barros (DF), Daniela Carvalho Almeida da Costa (SE), Edmundo Oliveira (PA), Elmir Duclerc (BA), Fabio Roberto D'Avila (RS), Fabio Trad (MS), Fabiola Montecorrado Ghidalevich (AM), Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato (PB), Felipe Cardoso M. de Oliveira (SC), Fernando Luiz Ximenes Rocha (CE), Flavio Augusto F. de Lima (PE), Franciele Silva Cardoso (GO), Guilherme Costa Câmara (PB), João Guilherme Lages Mendes (AP), Lena Rocha (RN), Liliane Cristina de Oliveira (MG), Luiz Antonio Bogo Chies (RS), Marcelo Leonardo (MG), Maria de Salete da Costa Maia (AC), Maria Lúcia Karam (RJ), Marta Saad (DF), Mauricio Kuehne (PR), Nizardo Carneiro Leão (PE), Oswaldo Trigueiro Filho (PB), Paulo Vinicius Sporleder de Souza (RS), Selma P. de Santana (BA), Themis Maria Pachêco de Carvalho (MA), Vinicius de Toledo Piza Peluso (Balcada Santista)-(Regional), Walter B. Bittar (PR).

Comissão de Monografias Jurídicas – 2006

monografia@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Presidente

Angélica de Maria Mello de Almeida

Membros da Comissão de Monografias

Alexandra Lebelson Szafir

Ana Lúcia Menezes Vieira

Andrei Koerner

Cláudio do Prado Amaral

Flavia Schilling

Flávio Américo Frassetto

Rafael Ramia Muneratti

Wânia Pasinato Izumino

10.º Concurso de Monografias Jurídicas – 2006

Presidente

Andrei Koerner

Membros da Comissão do Concurso de Monografias

Benedito Roberto Garcia Pozzer, Edson Luis Baldan, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, José Henrique Rodrigues Torres, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Tadeu Antonio Dix Silva, Vinicius de Toledo Piza Peluso

Suplentes

Angélica de Maria Mello de Almeida, David Teixeira de Azevedo, Flávio Américo Frassetto, Luis Antonio Francisco de Souza, Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, Roberto Mauricio Genofre

Pareceristas convidados

Fernando Salla, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Helena Singer, Maira Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

A noção de igualdade que a prática e o discurso institucional utilizam freqüentemente exclui a diferença. A noção oficial de igualdade consegue ocultar uma redução da vida. As instituições, por traduzirem negócios maleáveis, reduzem-na à sua natureza de instituição. Isso está em total contradição com a noção de igualdade, para mim sinônimo de diferença.

LOUK HULSMAN

DEDICATÓRIA ■

A Deus, por esta maravilhosa e irrepetível existência.

Ao meu marido Arnaldo, pelo amor, pelo carinho e pela compreensão, indispensáveis nesta longa jornada.

À minha avó Alice, exemplo de sabedoria, pelo amor incondicional.

À minha mãe Professora Mestre Ana Maria Nogueira Lemes, minha primeira mestra.

Às minhas irmãs Ana Paula e Luciana, minhas maiores e melhores amigas.

AGRADECIMENTOS ■

Ao Professor Doutor Pedro Sérgio dos Santos, pela amizade, pelo incentivo e pela zelosa orientação durante o Curso de Mestrado em Direito, na Universidade Federal de Goiás.

Ao Ministério Público do Estado de Goiás, pela licença concedida, sem a qual não seria possível a conclusão deste trabalho.

À minha amiga Sandra Mara Garbelini, companheira nesta caminhada, pelas preciosas trocas de idéias.

Aos professores e colegas do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Goiás, pelos grandes ensinamentos.

Ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, pela oportunidade de publicação deste trabalho.

PREFÁCIO ■

O conhecimento não deve ter outra finalidade senão a de gerar maior bem-estar para o ser humano, conciliando os interesses sociais e individuais com o que é verdadeiramente *justo*. Mas o que é o justo? Quais os limites dos interesses individuais e sociais? E como situar estas indagações no complexo plano do Direito Penal, do Direito Processual Penal e, enfim, de todo o sistema penal.

No presente trabalho, a autora enfrenta de forma corajosa tais indagações e, mais ainda, com rigor aristotélico, investiga cada um dos argumentos “legitimadores” de um modelo persecutório e punitivo que não tem dado as devidas respostas aos problemas gerados por um *modus operandi* que há muito já deveria estar sepultado.

O tão preconizado Estado Democrático de Direito, que, após o regime militar, cresceu e tomou força discursiva no Brasil, ainda não conseguiu democratizar o acesso à Justiça, bem como aos meios de prova e defesa, fazendo da Constituição Federal uma quase utopia no tocante aos princípios processuais e, mais particularmente, ao princípio do devido processo legal. A autora desvela no texto a linguagem mistificadora com a qual o Estado, agindo parcialmente no interesse de alguns, busca cristalizar um modelo verticalizador e autoritário de punição. Assim, a ideologia da segurança social (agora substituta da segurança nacional) é, a meu ver, devidamente desmascarada.

Afirma a professora Gisela Maria Bester que “os direitos fundamentais não se espalham todos no artigo 5.º, mas se

espraiam por alguns outros artigos da Constituição, e tais regras, ao mencionarem uma lei integradora, são de eficácia limitada e de aplicabilidade indireta, necessitando serem aperfeiçoadas”.* E, em continuação ao seu argumento, ressalta a mencionada autora a necessária atuação arrojada do Poder Judiciário para a adequada interpretação da norma constitucional. Nesse sentido, o texto de Fabiana Zamalloa é um verdadeiro desafio ao “fazer Judiciário”, entendendo-se-o aqui como uma atuação mais ampla e sistêmica da magistratura, da advocacia e do Ministério Público, de tal forma que o Estado comece a se aproximar do cidadão antes mesmo de ser necessária a invocação das garantias processuais e de todos os demais direitos e garantias elencados no artigo 5.º da Constituição Federal, dentro de um processo acusatório, ou seja, o desafio é garantir a efetivação dos quatro primeiros artigos da Carta Magna, particularmente no que se referem à dignidade da pessoa humana, à construção de uma sociedade justa, livre e solidária, com erradicação da pobreza e desigualdades sociais, garantindo-se os direitos humanos à paz e ao fim das discriminações. Se tais situações ainda não são reais na vida da maior parte da população brasileira, qual a legitimidade do Estado para implantar um sistema penal “de força” excludente?

Este texto foge do “lugar comum” das dissertações de mestrado e está amparado em forte base teórica, em que a autora trava um diálogo competente com Hegel, Habermas, Zaffaroni, Foucault, Ferrajoli, Canotilho, Boaventura de Sousa Santos, Bonavides, entre outros, descortinando, assim, com maestria, o problema da ponderação de interesses na persecução penal e na produção de provas, em um Estado Democrático de Direito, em busca de uma suposta “verdade” para uma “justiça” destinada aos verdadeiramente fracos.

Na maioria das vezes, a pós-graduação *stricto sensu* tem servido apenas para dar aos que a procuram uma titulação acadêmica sem maiores conseqüências. Porém, não foi o que ocorreu neste caso. A autora, integrante do Ministério Público do Estado de Goiás, partiu de seu cotidiano profissional, tão marcado pelas

* BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2005.

repetições burocráticas e ideológicas impostas durante os anos da graduação aos jovens estudantes, para uma arrojada pesquisa e tomada de posição pessoal, nem sempre bem compreendida, principalmente numa instituição que tem, entre outros, o papel de acusar. Falar de democracia e garantismo penal em tempos de interesses escusos calcados na “lei e ordem” é estar entre a lucidez intelectual honesta e a loucura utópica de quem passou a sonhar com um País melhor, que pode e deve até *ser feito de homens e livros*, como asseverou o pai da nossa lúdica infância brasileira, Monteiro Lobato.

O Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Goiás felicita o IBCCRIM por esta publicação, não só por premiar o valoroso trabalho de Fabiana Zamalloa, mas por dar continuidade a uma linha editorial que reflete, com seriedade, responsabilidade e perspicácia científica, os reais problemas penais do País, sem se deixar contaminar pelos interesses eleitorais ou financeiros daqueles que lucram com o crime e com a violência.

Pedro Sérgio dos Santos

Doutor em Direito pela UFPE. Professor na Faculdade de Direito da UFG. Membro do CNPCP
– Ministério da Justiça.

SUMÁRIO ■

APRESENTAÇÃO	21
INTRODUÇÃO	27

PARTE I

FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA DOS LIMITES DA PROVA NO PROCESSO PENAL

1. O PODER PUNITIVO COMO FATO DE PODER	35
2. SISTEMA PENAL	43
2.1 A seletividade estrutural do sistema penal	50
2.2 A pena como expressão da irracionalidade do sistema penal. A coerção direta	57
3. OS DISCURSOS (DES)LEGITIMANTES DO PODER PUNITIVO	63
3.1 A ideologia da defesa social	66
3.2 A falácia do discurso de proteção aos bens jurídicos	74
3.3 A pena como retribuição	79
3.4 O utilitarismo penal – a prevenção geral negativa	84
3.5 A ideologia da prevenção especial	88
3.6 A prevenção geral positiva	94
3.7 A contribuição de Luigi Ferrajoli	95

4. O DIREITO PENAL COMO DISCURSO JURÍDICO FUNDADO NA DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL	99
4.1 A teoria agnóstica e negativa da pena de Eugenio Raúl Zaffaroni	103

PARTE II

O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: GARANTIA DE LIBERDADE

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	111
2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO ÉTICO-JURÍDICO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	113
3. A INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL	125
3.1 O processo penal como garantia: revisitando conceitos ..	127
4. A QUESTÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL	135
5. A PROVA NO PROCESSO PENAL	147
5.1 A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal: garantia absoluta?	150
5.2 Prova e coerção direta	152

PARTE III

A PONDERAÇÃO DE INTERESSES EM MATÉRIA DE PROVA NO PROCESSO PENAL

1. COLOCAÇÃO DO TEMA	157
2. LIBERDADE INDIVIDUAL X SEGURANÇA SOCIAL: UM FALSO CONFLITO	159
3. A PONDERAÇÃO DE BENS	167
4. O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	171

5. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO JURÍDICO PARA A PONDERAÇÃO DE BENS ..	177
5.1 A fundamentação constitucional do princípio da proporcionalidade	180
5.2 O conteúdo do princípio da proporcionalidade.....	192
6. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	195
6.1 A aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de prova no processo penal	202
6.2 Os efeitos civis da sentença penal condenatória.....	214
6.3 As interceptações telefônicas na Constituição Federal de 1988	216
CONSIDERAÇÕES FINAIS	229
BIBLIOGRAFIA	233
RELAÇÃO DAS MONOGRAFIAS PUBLICADAS	239

APRESENTAÇÃO ■

Em *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*, Fabiana Lemes Zamalloa do Prado elabora uma análise doutrinária que não apenas é extremamente relevante para a prática dos profissionais do direito, mas também toca num ponto essencial para a efetividade dos direitos fundamentais no processo penal. A autora rejeita o argumento, que se tornou de uso comum na prática judiciária, de que o princípio constitucional da proporcionalidade legitimaria o uso de provas ilegais no processo penal. Segundo esse argumento, o princípio da proporcionalidade legitimaria o “balanço de interesses” constitucionalmente legítimos na utilização das provas ilegais, permitindo a ponderação entre, de um lado, os direitos individuais e, de outro lado, os interesses da acusação, que exerce o direito estatal de punir em nome da sociedade.

Ora, argumenta a autora, o poder punitivo não é um direito do Estado legitimado pela Constituição, mas uma realidade social, um fato de poder, que é tão-somente tolerado por ela. O conceito de Estado democrático de direito, em que se constitui a nossa República, tem como seu fundamento a dignidade da pessoa humana e, com isso, o processo penal é um instrumento de racionalização do poder de punir orientado por aquele valor fundamental que informa nossa ordem constitucional. Conseqüentemente, a legitimação constitucional do poder de punir não pode ser colocada no mesmo plano que aquele valor fundamental e, com isso, não pode haver balanço de interesses entre um valor que tem caráter fundante da ordem constitucional e um interesse sem outro

fundamento que a admissão da existência factual de um poder efetivo.

A monografia parte da teoria agnóstica e negativa da pena, formulada originalmente por Eugenio R. Zaffaroni. Essa teoria fundamenta-se no fato de que as sociedades capitalistas contemporâneas são marcadas por uma estruturação desigual e verticalizada das relações sociais e políticas. O poder punitivo é uma forma verticalizante de exercício do poder, que, em suas manifestações concretas, tende a reproduzir e a reforçar as desigualdades sociais, dadas as características dos sistemas penais concretos, como a seletividade estrutural e a irracionalidade intrínseca, pois é inapto para solucionar os conflitos sociais e suas decisões se realizam enquanto exercício da coerção direta sobre os sujeitos. Assim, o poder punitivo estatal constitui um importante empecilho ao projeto emancipatório presente, principalmente, na Constituição. As teorias penais agregam-se a essa estrutura enquanto discurso legitimador do poder punitivo, ungindo-o de atributos como a verdade e a segurança jurídica.

A autora discute diversas teorias penais a fim de mostrar suas inconsistências e insuficiências em face do Estado democrático de direito, adotado pela Constituição de 1988. Nesse tipo de Estado, é o garantismo que fornece uma teoria adequada, na medida em que estabelece parâmetros para limitar o exercício da violência estatal. Mas a tese de Zaffaroni esposada pela autora vai além e parte da noção de que, por constituir a forma mais violenta de exercício do poder, verticalizante das relações sociais, o poder punitivo não encontra justificção racional no Estado Democrático de Direito. Ela considera que é preciso partir do poder punitivo como uma realidade social que tem duplo aspecto: por um lado, as formas pelas quais se manifesta nas relações sociais desiguais; e, por outro lado, as formas toleradas e admitidas constitucionalmente, que limitam os objetivos, os procedimentos e as formas de seu exercício, subordinando-os aos princípios e formas organizacionais do Estado democrático de direito, cujo valor fundamental é a dignidade da pessoa humana. O discurso jurídico-penal deve ser legitimado não no poder punitivo mas na contenção desse poder. Assim, estão assentadas as bases para a teoria agnóstica e negativa da pena, segundo a qual "a pena é uma coerção, que impõe

uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes (...). A pena é um exercício do poder (...)", ao qual a teoria não atribui nenhuma função positiva (afirma mesmo ser incapaz de conhecê-la) ou característica que defina sua especificidade.* Essa teoria redefine os problemas tais quais são postos pela doutrina penal e, assim, formula novas abordagens e soluções.

Assentada a fundamentação da teoria negativa e agnóstica da pena, a autora desenvolve, na segunda parte do seu trabalho, os desdobramentos dessa teoria para a teoria do processo penal. Este é definido em termos de instrumentalidade garantista, ou seja, é concebido como um instrumento para a contenção do poder punitivo estatal, o que traz conseqüências teóricas para o tratamento de temas como a verdade e a prova. Na parte final, a autora trata do tema que é objeto de sua monografia, a ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal e da tese a já fizemos referência anteriormente. A autora faz, ainda, algumas aplicações da teoria, tratando da matéria de prova no processo penal, dos efeitos civis da sentença penal condenatória e das interceptações telefônicas. O trabalho conclui colocando-se de forma francamente contrária à utilização do princípio da proporcionalidade como um falso conceito de segurança, como um recurso ideológico que permita a restrição dos direitos e garantias fundamentais em situações nas quais não se caracteriza a colisão entre direitos ou bens constitucionalmente protegidos. Nessas situações, não se dá esse confronto, pois o que se tem, vale repetir, é a confrontação entre, por um lado, os direitos e garantias fundamentais e, por outro lado, o poder de punir estatal, deslegitimado e apenas tolerado pelo Estado democrático de direito. A utilização inadequada do princípio da proporcionalidade seria parte de um processo de corrosão dos direitos e garantias fundamentais, o que é particularmente problemático num Estado recém-democratizado e da semiperiferia do capitalismo mundializado.

O trabalho apresenta tese corajosa, ousada e profundamente engajada com a efetiva realização dos princípios do Estado de-

* ZAFFARONI *et alii*. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan. v. 1, p. 99, citado pela autora.

mocrático de direito, como o são as teorias e a ação de Eugenio R. Zaffaroni, que foram seu fundamento. Naturalmente despertará objeções e reservas por parte de profissionais preocupados com a eficácia da persecução penal, e que enfrentam, cotidianamente, obstáculos – como a falta de recursos materiais e humanos, deficiências legais e a cultura organizacional – e incertezas que muitas vezes frustram seu trabalho.

Mas a tese tem a virtude de apresentar um forte argumento contra o uso do princípio da proporcionalidade no caso da produção de provas ilícitas, ao colocar objeções, indicar os riscos que essa prática implica, e também ao apontar alternativas para uma persecução conforme aos direitos fundamentais. A tese também suscita questões teóricas, a serem tratadas num debate acadêmico, a respeito do exato significado da definição do poder punitivo enquanto fato de poder, e de seus possíveis efeitos políticos não esperados, em função de uma perspectiva sociológica do direito e do Estado ou da pertinência de sua interpretação das relações entre poder punitivo e a Constituição de 1988.

Porém – e este é um sinal da relevância da monografia – será, com toda certeza, rejeitada por aqueles outros que propugnam o direito penal repressivo, pois consideram que a restrição dos direitos individuais e o endurecimento da atuação do aparato punitivo representam a única alternativa política para enfrentar a violência e a criminalidade, nas suas diversas formas. Aqueles que adotam uma orientação desse tipo têm as mais variadas motivações para isso, desde concepções conservadoras ou autoritárias da ordem social até inconfessáveis interesses privados. Porém, ao adotarem a lógica da “guerra contra o crime”, que supõe o fortalecimento de um aparato militarizado e que restringe os direitos e garantias fundamentais, não prometem mais do que a suspensão imediata do Estado democrático de direito. Embora proponham que essa suspensão seja parcial, pois voltada contra os “inimigos da ordem pública” e os alvos habituais do controle repressivo – ou seja, a população pobre e marginalizada –, esse tipo de restrição tem, forçosamente, limites pouco definidos e tende a se espalhar para toda a sociedade, tornando-se durável e onipresente.

O trabalho vencedor do 10.º Concurso de Monografias Jurídicas do IBCCRIM tem, assim, diversas qualidades: num texto de

fácil leitura e entendimento, realiza uma abordagem pluridisciplinar, que mobiliza teorias filosóficas, políticas e sociológicas, para afirmar teses engajadas com a efetivação do valor da dignidade humana em nosso sistema penal, as quais terão, certamente, utilidade prática imediata para os profissionais que enfrentam cotidianamente as falsas teorias da proporcionalidade que esse trabalho examina, critica e rebate.

Andrei Koerner

Presidente da Comissão Julgadora do 10.º Concurso
de Monografias

INTRODUÇÃO ■

O exercício do poder punitivo pelo Estado, cujo marco inicial foi o confisco do conflito, com a exclusão da vítima da relação conflituosa, ocorrido por volta do século XIII, sempre foi condicionado por aspectos políticos, econômicos e sociais. O próprio confisco do conflito, colocando o Estado como parte lesada na relação conflituosa, embora justificado por uma ideologia ainda hoje invocada para a justificação do poder punitivo pelo Estado – a defesa social –, foi determinado por fenômenos econômicos, políticos e sociais.

As ideologias de justificação do poder punitivo estatal desenvolvidas ao longo da história, as quais constituíram o saber jurídico-penal de cada época, refletiram as relações de poder subjacentes, numa demonstração de como as condições políticas e econômicas condicionam o saber, em especial o saber jurídico-penal.

Particularmente no Brasil, a assunção dessas ideologias pelo discurso jurídico-penal, em cada momento histórico, foi reflexo da posição marginal do país no contexto mundial. Com especial destaque, na atualidade.

A posição atual de dependência do país em relação aos países centrais, retirando do Estado a capacidade de solução dos conflitos, intensificados pelas desigualdades sociais e concentração das riquezas, oportuniza a proliferação de um discurso bélico de “guerra contra a criminalidade”, baseado na velha ideologia da defesa social, agora sob o enfoque da “segurança cidadã”.

Direitos e garantias individuais conquistados ao longo de uma história de lutas são, agora, vistos como empecilhos para o efetivo combate à criminalidade, cada dia mais violenta e sofisticada, em razão dos avanços tecnológicos da era da globalização.

E isso se reflete, de modo particularmente grave, no processo penal. Erigido a instrumento de garantia de liberdade da pessoa no Estado democrático de direito, o processo penal, mesmo decorridos mais de quinze anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, permanece, na prática, como instrumento de dominação e perpetração da violência punitiva, exatamente como nos períodos autoritários, sempre presentes na história constitucional brasileira.

A atividade probatória que, em um processo penal garantista, constitui garantia do acusado diante da onipotência do poder punitivo estatal, passa a ser o *locus* em que as maiores violações aos direitos fundamentais são perpetradas, em nome de uma “verdade”, indispensável à realização de uma falsa segurança social.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, desenvolvido como princípio constitucional, após a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha, vinculado à idéia de eficácia dos direitos e garantias fundamentais da pessoa e incorporado a praticamente todas as constituições democráticas do segundo pós-guerra, inclusive pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é invocado ideologicamente vinculado a um falso conceito de segurança, como forma de conferir legitimidade constitucional às flagrantes violações aos direitos e garantias fundamentais, verificadas na prática do processo penal brasileiro, com graves conseqüências à realização do fim maior do Estado democrático de direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.

O problema da presente pesquisa reside, assim, em saber quais os limites, em um Estado democrático de direito, para a produção e admissão de prova no processo penal, com restrição aos direitos e garantias fundamentais da pessoa, a partir de uma ponderação de interesses fundamentada no princípio da proporcionalidade.

Eis o objetivo da presente investigação: analisar até que ponto a invocação do princípio constitucional da proporcionalidade é legítima para autorizar, a partir de uma ponderação de interesses, a produção de prova no processo penal com violação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa.

O desenvolvimento da pesquisa divide-se em três partes.

Adotando-se como referencial teórico a teoria agnóstica e negativa da pena de Eugenio Raúl Zaffaroni, pretende-se demonstrar, na primeira parte, com base nos estudos realizados pelo referido autor, a deslegitimação do poder punitivo em um Estado democrático de direito, como ponto de partida para o desenvolvimento do objeto da pesquisa.

Isso é feito a partir da análise dos discursos de justificação do poder punitivo, elaborados com base na ideologia da defesa social, em contraste com a operatividade real do sistema penal, como manifestação que é do poder punitivo, condicionante e condicionado por outras formas de exercício de poder social.

Tendo em vista que esses discursos são, ainda hoje, invocados no Brasil para a justificação do poder punitivo, especial destaque é dado à análise da ideologia da defesa social, traduzida, atualmente, no Brasil, como ideologia da segurança.

Na segunda parte, com base na constatação da deslegitimação do poder punitivo no sistema constitucional brasileiro, o qual erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, analisa-se o processo penal como instrumento para a contenção desse poder, como garantia de liberdade do acusado. A partir da constatação da deslegitimação do poder punitivo, a desvelar o principal conflito de interesses subjacente ao processo penal, qual seja o conflito entre o interesse de punir estatal e os direitos fundamentais da pessoa, propõe-se uma revisitação das categorias próprias do processo penal.

Verdade e prova são analisadas do ponto de vista de um processo penal garantístico, como garantia de liberdade da pessoa contra a violência do poder punitivo estatal. Nesse contexto, a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas é considerada garantia absoluta em face do poder punitivo estatal.

Na terceira parte, adentrando-se o objeto da pesquisa, procede-se à análise do princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional para a ponderação de interesses no sistema constitucional brasileiro. Na análise do conteúdo do princípio, segue-se a linha de desenvolvimento adotada pela doutrina e jurisprudência alemãs.

A pesquisa constata que o princípio da proporcionalidade, acolhido pela Constituição Federal de 1988, encontra seu fundamento constitucional na natureza principiológica das normas constitucionais, conforme proposto por Robert Alexy. A aplicação do princípio da proporcionalidade, por constituir este um mandamento de otimização dos direitos e bens constitucionalmente protegidos, pressupõe uma colisão real entre bens ou direitos efetivamente protegidos pela Constituição Federal de 1988, estando, pois, excluída a sua invocação em matéria de prova no processo penal, quando em conflito estiverem, exclusivamente, os direitos e garantias fundamentais da pessoa e o poder de punir estatal, deslegitimado em um Estado democrático de direito e meramente tolerado, dentro de determinados limites, pela Constituição Federal de 1988.

Em seguida, procede-se à análise da possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em algumas situações de conflito verificadas no processo penal, oportunidade em que se estabelecem alguns critérios para a sua solução, sem a pretensão de exaurir o tema, tendo em vista a complexidade e variedade das situações de conflito que podem surgir no processo penal, quando se fala em produção e admissão de prova.

Em razão da aparente antinomia do disposto no artigo 5.º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988 com as propostas desenvolvidas ao longo do trabalho, destina-se um item específico para a sua análise.

O método utilizado no desenvolvimento da investigação é o método dialético-dedutivo. Partindo-se da constatação que o poder punitivo é uma realidade social e o sistema penal uma manifestação do poder punitivo em interação com outras formas de poder social, analisa-se o processo penal como instrumento de exercício do poder, em que se contrapõem, de forma dialética, o poder de punir e o poder de contenção do poder punitivo, para extraírem-se, analisando-se o princípio constitucional da proporcionalidade, os limites para a produção e admissão da prova no processo penal, em um Estado democrático de direito.

A técnica de coleta de informações utilizada no presente trabalho é predominantemente bibliográfica, por meio de obras nacionais e estrangeiras, artigos científicos e legislação nacional.

Espera-se que as opiniões e propostas apresentadas neste trabalho possam, de alguma forma, contribuir para a consolidação do processo penal como instrumento de garantia de liberdade da pessoa, indispensável, embora não exclusivamente, à realização de um Estado efetivamente democrático.

Parte I

Fundamentos para uma teoria dos limites da
prova no processo penal

O PODER PUNITIVO COMO FATO DE PODER

A compreensão das questões que envolvem o exercício do poder punitivo somente pode ser alcançada a partir da compreensão do que é o poder e extravasaria os estreitos limites deste trabalho. Entretanto, alguns pontos devem ser enfocados, para o fim específico de e como ele se manifesta na sociedade.

É bem verdade que uma análise dessa questão revela-se extremamente complexa introduzir a discussão sobre a deslegitimação do poder punitivo e a consequência dessa constatação para o sistema penal, em especial, para o processo penal.

Inicialmente, é preciso assentar que o exercício do poder, de uma forma geral, e em especial nas sociedades capitalistas contemporâneas, não é um atributo exclusivo do Estado. Outras formas de poder são exercidas paralelamente e se encontram disseminadas na sociedade, interagindo. Como bem observa Foucault,

o poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação [...] (FOUCAULT, 2004, p. 183).

Essas relações de poder são encontradas não somente nas relações Estado/cidadão, mas também nas relações entre cidadãos e entre Estados soberanos.

As diversas formas de poder que se interpenetram e se articulam na sociedade têm por característica o fato de constituírem uma troca desigual. Observa Sousa Santos que:

A um nível muito geral, o poder é qualquer relação social regulada por uma troca desigual. É uma relação social porque a sua persistência reside na capacidade que ela tem de reproduzir desigualdade mais através da troca interna do que por determinação externa. As trocas podem abranger virtualmente todas as condições que determinam a acção e a vida, os projectos e as trajectórias pessoais e sociais, tais como bens, serviços, meios, recursos, símbolos, valores, identidades, capacidades, oportunidades, aptidões e interesses. No relativo às relações de poder, o que é mais característico de nossas sociedades é o facto de a desigualdade material estar profundamente entrelaçada com a desigualdade não material, sobretudo com a educação desigual, a desigualdade das capacidades representacionais/comunicativas e expressivas e ainda a desigualdade de oportunidades e de capacidades para organizar interesses e para participar autonomamente em processos de tomada de decisões significativas (SOUSA SANTOS, 2002, p. 266-267).

Quanto mais intensas forem as trocas desiguais em uma sociedade, maiores serão as desigualdades produzidas, com o favorecimento da verticalização¹ das relações sociais. O exercício do poder nas diversas esferas sociais, por constituir fator de verticalização das relações sociais, impede a democratização e emancipação da sociedade.

Nesse contexto, o poder punitivo inscreve-se como uma forma de exercício do poder extremamente verticalizante das relações

¹ Essa expressão é utilizada por Zaffaroni *et al* (2003, v. 1), referindo-se às relações sociais caracterizadas pela autoridade e disciplina, em contraposição à horizontalidade, que expressa relações sociais caracterizadas pela solidariedade e simpatia. As relações de verticalidade caracterizam os Estados autoritários e as relações de horizontalidade, os Estados democráticos.

sociais, produtor e reproduzidor de desigualdades, constituindo, nas sociedades democráticas, um dos maiores empecilhos ao projeto emancipatório das constituições contemporâneas. Primordialmente exercido pelo Estado,² encontra-se dentro de uma rede, interagindo com outras formas de poder que se condicionam.

É importante salientar que a forma como o poder punitivo foi exercido desde que foi assumido pelos detentores do poder político, por volta do século XIII, com a exclusão da vítima da relação conflituosa, esteve condicionada e condicionou outras formas de poder e correspondeu às necessidades sociais, políticas e econômicas de cada época.

É, portanto, reducionista qualquer análise que se restrinja ao aspecto exclusivamente econômico. Entretanto, impõe-se ressaltar que, embora o exercício do poder punitivo não tenha sido condicionado, exclusivamente, por fatores econômicos, indubitavelmente revelou-se e ainda se revela extremamente vantajoso e útil à dominação econômica e política.

Nesse contexto, importante foi o papel dos discursos legitimantes do poder punitivo estatal. Não se sustenta aqui que os diversos discursos legitimantes do poder punitivo desenvolvidos em cada época tiveram como objetivo a dominação política ou econômica. Mas, com certeza, foram utilizados pelos setores hegemônicos para a dominação. Nesse sentido, razão assiste a Foucault (2004, p. 138) ao afirmar que “o discurso criminológico é inteiramente utilitário”.

É importante assinalar, entretanto, que foi a partir dos estudos criminológicos sobre o funcionamento dos sistemas penais que, atualmente, já se elabora um discurso jurídico com base na deslegitimação do poder punitivo no Estado democrático de direito, conforme se verá adiante, o que, sem dúvida, representa um grande passo para a melhor compreensão dos problemas que envolvem o sistema penal.

O poder punitivo é uma realidade social. Uma manifestação de poder não circunscrita ao poder punitivo exercido formalmente

² Como se verá ao longo do trabalho, sustenta-se que o poder punitivo é exercido de forma difusa na sociedade, não sendo um poder exercido exclusivamente pelo Estado.

pelo Estado. Ao lado do poder punitivo formal, tolerado e limitado constitucionalmente, está uma rede de poder punitivo exercido à margem de qualquer limite, paralelamente àquele. Isso ocorre, por exemplo, com o poder de institucionalização manicomial exercido pelos médicos, sem um objetivo medicinal imediato; com o poder de institucionalização exercido por autoridades assistenciais sobre pobres urbanos ou pessoas idosas; o poder de institucionalização das famílias sobre pessoas idosas e crianças, em estabelecimentos particulares etc. Essa rede de poder completa-se com o poder exercido informalmente por agências³ policiais, também à margem da legalidade, bem como pelo poder de grupos não oficiais, organizados. É o que Zaffaroni *et al* (2003, v. 1, p. 69-70) denominam sistemas penais paralelos e subterrâneos.

O reconhecimento da existência desse poder punitivo exercido paralelamente ao poder punitivo formal reforça a idéia de que, como manifestação de poder, o poder punitivo é um fato, um fato de poder, com extrema potencialidade verticalizante das relações sociais.

Dessa forma, como fato de poder que é, o poder punitivo estatal não pode ser analisado do ponto de vista jurídico, como se instituído fosse por uma decisão coletiva e, por esta, pudesse ser suprimido.

Zaffaroni *et al* tiveram percepção desse fenômeno ao apontarem o vínculo material existente entre a guerra e o poder punitivo. Segundo os citados autores, invocando Tobias Barreto,

A idéia de que a pena é extrajurídica e se assemelha à guerra não é nova. No Brasil do século XIX, ela foi defendida por um dos mais criativos e intuitivos penalistas latino-americanos, ao afirmar com toda clareza que ‘o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político’, acrescentando: ‘quem procurar o fundamento jurídico da pena deve procurar também, se é que

³ A expressão “agência” é utilizada por Zaffaroni *et al* (2003, v. 1, p. 43) para denominar os entes gestores da criminalização, a fim de evitar o uso de outros substantivos equívocos ou pejorativos como corporações, burocracias, instituições etc. Com esse mesmo sentido foi utilizada ao longo do trabalho.

já não o encontrou, o fundamento jurídico da guerra'. [...] a pena (e todo o poder punitivo) é um fato de poder que o poder dos juristas pode limitar e conter mas não eliminar (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 109-110).

Como fato de poder, o poder punitivo existe na sociedade independentemente de qualquer regulação, mesmo nas sociedades formalmente democráticas.

Embora pareça paradoxal, a Constituição Federal de 1988, substancialmente democrática, reconheceu, como lícito, dentro dos limites por ela impostos, o exercício do poder punitivo pelo Estado, em essência, verticalizante e, portanto, antidemocrático.

A compreensão desse aparente paradoxo é proporcionada por Zaffaroni *et al* (2003, v. 1, p. 93-95) ao afirmarem que “em qualquer tipo de poder político institucionalizado em forma de estado, o estado de direito e o estado de polícia coexistem e lutam, como ingredientes que se combinam através de medidas diversas e de modo instável e dinâmico”.⁴

Por se tratar de um modelo ideal, o Estado democrático de direito, mesmo nas sociedades formalmente democráticas, está sempre em construção, alcançando progressos, bem como sofrendo retrocessos, pela ingerência de ingredientes autoritários, decorrentes das relações de poder existentes, caracterizadas, como já enfatizado, por trocas desiguais.

Nos Estados constitucionais, a Constituição, embora tenha uma função ordenadora da vida do Estado, para que tenha eficácia, encontra suas possibilidades e limites na realidade social:

Se não quiser permanecer ‘eternamente estéril’, a Constituição – entendida aqui como ‘Constituição jurídica’ – não

⁴ É importante observar que, pela análise da obra de Zaffaroni *et al* (2003, v. 1), constata-se que a expressão Estado de Direito não é utilizada de acordo com uma concepção liberal de Estado legal, mas no sentido mais amplo de Estado submetido ao direito, constituído com base nas normas, nos princípios e nos valores estabelecidos na Constituição, promovedor de uma democracia política, social e econômica (COSTA, 1999, p. 51; SILVA, 1996, p. 113-146).

deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar 'forma e modificação' à realidade; onde inexistente força a ser despertada – força essa que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se (HESSE, 1991, p. 18).

A Constituição, assim, para gozar de força normativa, não pode desconsiderar as forças políticas e econômicas existentes na realidade social, que a determinam e sobre as quais ela irá intervir.

Em uma sociedade complexa como a brasileira, com alto grau de conflituosidade, o poder punitivo, assim como o meio pelo qual se manifesta – a pena –, é uma realidade social, um fato de poder. Como bem observa Zaffaroni (2001, p. 199), “a verticalização do poder social, no centro e em nossa região marginal, valendo-se do sistema penal, também é um dado da realidade, um fato de poder [...]”.

O poder punitivo, como dado da realidade social sobre a qual as decisões constituintes devem incidir para proporcionarem a emancipação programada, é reconhecido pela Constituição como fato social e por ela limitado. Daí falar-se em um poder punitivo lícito ou constitucional, tolerável, se exercido dentro dos limites propostos. Isso não significa dizer, entretanto, que tal poder seja legítimo, como se verá adiante.

O programa de realização dos direitos humanos que permeia a Constituição Federal de 1988, de fato, revela-se incompatível com o exercício de um poder punitivo verticalizante, haja vista que “enquanto os direitos humanos assinalam um programa realizador da igualdade de direitos de longo alcance, os sistemas penais são instrumentos de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em todas as sociedades” (ZAFFARONI, 2001, p. 149).

Entretanto, a eficácia do programa de direitos humanos não pode ser alcançada se este ficar, apenas, no plano teórico, ignorando a realidade social. É a partir do reconhecimento dessa realidade que a programação humanitária pode, ainda que com limitações a serem paulatinamente superadas, realizar-se.

A partir da concepção do poder punitivo como fato de poder, é possível vislumbrar, de forma mais clara, a irracionalidade de seu exercício, bem como o porquê do fracasso das tentativas de sua legitimação.

Essas tentativas de legitimação do poder punitivo estatal potencializaram a violência inerente a essa forma de exercício do poder.

SISTEMA PENAL

SUMÁRIO: 2.1 A seletividade estrutural do sistema penal
– 2.2 A pena como expressão da irracionalidade do sistema penal. A coerção direta.

De acordo com a asserção de Zaffaroni (2001, p. 16), “o sistema penal é uma complexa manifestação do poder social”, de um poder que, como já salientado, é exercido em rede, ou seja, interagindo com outras formas de poder social.

Embora o sistema penal constitua a manifestação de um poder exercido em rede, pela interação das diversas formas de poder exercidas difusamente na sociedade, seguindo a linha de pensamento de Zaffaroni *et al* (2003, v. 1, p. 60), por sistema penal não se compreende uma estrutura semelhante a uma estrutura biológica, que opera ordenadamente, com uma finalidade comum, expressa nos interesses de um determinado grupo, aos quais atenderia o funcionamento do referido sistema.

Se é certo que o funcionamento do sistema beneficia alguns setores sociais, isso não significa que esses setores organizem e manipulem o sistema, com o fim específico de atender aos seus interesses. Como bem observam Zaffaroni *et al*, esse raciocínio levaria à conclusão de que, “suprimindo os beneficiários, o aparato se desmonta, o que a história demonstra ser absolutamente falso: o poder punitivo continua funcionando do mesmo modo, às vezes, mais violenta e seletivamente ainda” (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 48-49).

Acrescentam, ainda, referidos autores, que tal concepção do sistema penal, a qual denominam “conspiratória”,

[...] é falaciosa e tranqüilizadora, porque identifica sempre um falso inimigo e desemboca na criação de um novo 'bode expiatório' (classe, setor hegemônico, partido oficial, grupo econômico, quando não grupos religiosos ou étnicos). Identificar um falso inimigo é sempre útil para atenuar a ansiedade provocada pela complexidade fenomênica e desviar do caminho certo os esforços para remediar os males (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 48).

O sistema penal, assim, deve ser compreendido como "o conjunto de entes, de suas relações recíprocas e de suas relações com o exterior" (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 60). Uma forma de manifestação do poder, condicionante e condicionada por outras formas de poder, as quais não operam coordenadamente para o alcance de um fim comum, mas de forma compartimentalizada, atendendo a interesses setoriais.

Sousa Santos (2002, p. 277) assevera que "a interação social nas sociedades capitalistas desenvolve-se à volta de seis modos de produção de prática social: os seis espaços estruturais". Esses espaços estruturais, nos quais se manifesta o poder de um modo geral, são: a) o espaço doméstico; b) o espaço da produção; c) o espaço do mercado; d) o espaço da comunidade; e) o espaço da cidadania; f) o espaço mundial.

O espaço doméstico é "o conjunto de relações de produção e reprodução da domesticidade e do parentesco, entre marido e mulher (ou quaisquer parceiros em relações de conjugalidade), entre cada um deles e os filhos e entre uns e outros e os parentes" (SOUSA SANTOS, 2002, p. 278).

O espaço da produção é

[...] o conjunto de relações desenvolvidas em torno da produção de valores de troca económicos e de processos de trabalho, de relações de produção em sentido amplo (entre os produtores directos e os que se apropriam da mais-valia, e entre ambos e a natureza) e de relações na produção (entre trabalhadores e gestores, e entre os próprios trabalhadores) (SOUSA SANTOS, 2002, p. 278).

O espaço do mercado é o “conjunto de relações sociais de distribuição e consumo de valores de troca por meio das quais se produz e reproduz a mercadorização das necessidades e dos meios de as satisfazer” (SOUSA SANTOS, 2002, p. 278).

O espaço da comunidade “é constituído pelas relações sociais desenvolvidas em torno da produção e da reprodução de territórios físicos e simbólicos e de identidades e identificações com referência a origens ou destinos comuns” (SOUSA SANTOS, 2002, p. 278).

O espaço da cidadania “é o conjunto de relações sociais que constituem a ‘esfera pública’ e, em particular, as relações de produção da obrigação política vertical entre os cidadãos e o Estado” (SOUSA SANTOS, 2002, p. 278).

Por fim, o espaço mundial

[...] é a soma total dos efeitos pertinentes internos das relações sociais por meio das quais se produz e reproduz uma divisão global do trabalho. A conceptualização do espaço mundial como estrutura interna de uma dada sociedade (nacional ou local) pretende compatibilizar teoricamente as interações entre as dinâmicas globais do sistema mundial, por um lado, e as condições, extremamente diversas e específicas, das sociedades nacionais ou subnacionais que o integram, por outro. O espaço mundial é, por conseguinte, a matriz organizadora dos efeitos pertinentes das condições e das hierarquias mundiais sobre os espaços doméstico, da produção, do mercado, da comunidade e da cidadania de uma determinada sociedade (SOUSA SANTOS, 2002, p. 278).

O exercício do poder em cada um desses espaços é condicionado e condicionante do exercício do poder nos demais. Ainda segundo Sousa Santos (2002, p. 278), “em cada campo social concreto, os espaços estruturais operam sempre em constelações, cada dimensão de cada um dos espaços estruturais está presente em qualquer outra das dimensões correspondentes de qualquer um dos outros espaços estruturais”.

O sistema penal formal, como manifestação do poder punitivo formal do Estado, inserido no espaço da cidadania, sofre, inquestionavelmente, condicionamentos do poder exercido nos demais espaços, em especial, no espaço do mercado e no espaço mundial.

O crescimento dos mercados mundiais, a emergência de sistemas mundiais de produção e a revolução tecnológica, a qual propiciou, principalmente, o aprimoramento da informação e da comunicação, levaram à erosão dos Estados nacionais, com a redução sensível de sua capacidade interventiva. Dos centros de decisão, localizados nos Estados nacionais mais fortes e nas empresas e corporações transnacionais, irradiam as regras necessárias à manutenção do sistema mundial, as quais são acatadas pelos Estados, principalmente os periféricos¹ como o Brasil, em razão de sua vulnerabilidade econômica.

Anota Beck que

A disseminação das regras de livre mercado e especialmente do livre movimento do capital e das finanças faz com que a economia seja progressivamente afastada do controle político. Em verdade, a única tarefa econômica que parece ser permitida no Estado é a manutenção de um orçamento equilibrado, a fim de controlar (policiar) as pressões locais por intervenções econômicas estatais mais vigorosas em defesa da população frente às consequências mais sinistras do modelo econômico imposto (BECK, 2004, p. 33-34).

Os condicionamentos impostos pelo sistema mundial praticamente aniquilam a capacidade interventiva do Estado na esfera social, pela implementação de políticas sociais para a redução dos conflitos internos, intensificados pelo fenômeno da globalização.²

¹ A expressão é utilizada por Zaffaroni e Pierangeli (1997) ao se referirem aos países mais afastados dos centros de decisão em uma estrutura de poder global, em contraposição à expressão países centrais, indicativa dos países mais próximos desses centros de decisão.

² Globalização é um conceito poroso, e tem sido utilizado para definir um fenômeno complexo, multifacetado, com várias dimensões, podendo-se destacar a econômica, política, jurídica, social e cultural. Dis-

A perda de protagonismo do Estado traz consequências diversas para os países centrais e para os países periféricos, como é o caso do Brasil. Conforme bem observa Sousa Santos,

cute-se, em doutrina, se a globalização é um processo real ou simplesmente ideológico. Como processo real, Zaffaroni concebe a globalização como uma realidade de poder, é dizer, como um programa de exercício do poder mundial, apontando alguns traços de caracterização do fenômeno: a) o domínio por meio de medidas e imposições econômicas; b) a redução da violência bélica entre as potências líderes e o fomento de conflitos entre Estados subalternos; c) perda de poder por parte dos Estados nacionais (perda do primado das políticas nacionais); d) a concentração do poder planetário em poucas corporações transnacionais; e) produção de abandono estrutural; f) população marginalizada; g) produção de sérios riscos de catástrofes ecológicas, revoltas sociais violentas e crises financeiras (ZAFFARONI, 1997, p. 17-18, tradução nossa). Nesse sentido, o fenômeno a que se refere o termo globalização não constitui um processo homogêneo e consensual, como pode indicar a expressão, mas constitui “processos de mudança altamente contraditórios, variáveis e desiguais”, sendo mais adequado falar-se em “globalizações” e não em “globalização” (BECK, 2004, p. 26). Dix Silva salienta que globalização não é um fenômeno simplificado, reduzido a uma dimensão econômica, pois “a globalização não ocorre apenas em razão das transformações na economia, mas abrange perspectivas sociais, culturais e políticas, ou seja, alcança diversos ‘conjuntos de relações sociais’ [...]. Nessa angulação, não é possível existir somente uma entidade única denominada ‘globalização’, ou mais precisamente ‘globalização econômica’: o que há são globalizações, uma pluralidade de conjuntos sociais que estão em transformação, fenômenos que acontecem simultaneamente e intimamente interligados entre si, como a globalização da tecnologia, globalização dos mercados, globalização da cultura etc.” (DIX SILVA, 1998, p. 82). Como ideologia, sustenta Zaffaroni que a globalização é o sistema de idéias de explicação do mercado mundial, mas que, diante da globalização como realidade, assume caráter ideológico no sentido negativo (ou marxista) do termo (ZAFFARONI, 1997, p. 17, tradução nossa). Segundo Freitas, para aqueles que concebem a globalização como ideologia, a globalização não é um “conceito significativo no sentido de possibilitar uma explicação da realidade contemporânea”, mas implica um falseamento da realidade, com a função meramente ideológica de convencer a sociedade de que se trata de um fenômeno inevitável e positivo para a sociedade (FREITAS, 2003, p. 167-168).

A relativa perda de protagonismo do Estado, sendo embora um fenómeno generalizado, tem implicações muito diferentes conforme se trate de Estados do centro, da semiperiferia ou da periferia do sistema mundial. Num contexto de crescente desigualdade entre o Norte e o Sul, os Estados periféricos e semiperiféricos estão a ficar cada vez mais limitados – como vítimas ou como parceiros – ao cumprimento das determinações do capital financeiro e industrial transnacional, determinações, por sua vez, estabelecidas pelas organizações internacionais controladas pelos Estados centrais (SOUSA SANTOS, 2002, p. 155).

A relação de dependência econômica do Brasil com os centros de decisão do sistema capitalista globalizado tem representado um grande empecilho à efetivação do projeto democrático proposto pela Constituição Federal de 1988, haja vista que a democratização das relações no âmbito interno, em especial aquela estabelecida entre Estado/cidadão, pela sua interdependência, está condicionada à democratização das relações globais, o que, além de não ser possível por decisão unilateral, pelos interesses que encerra, está um pouco distante de ser alcançada.

E isso se reflete, de forma direta, no controle social punitivo. O Estado, diante da impossibilidade de solução dos conflitos internos, aumentados, a cada dia, pelas desigualdades sociais, com apelo à mídia sensacionalista, utiliza o discurso “da lei e da ordem”³ para, encobrindo a sua incapacidade interventiva e solucio-

³ O “movimento da lei e da ordem”, surgido na década de 70, nos Estados Unidos e na Inglaterra, segundo Franco (2000a, p. 82-83), “compreende o crime como o ‘lado patológico’ do convívio social, a criminalidade como uma ‘doença infecciosa’ e o criminoso como um ser ‘daninho’”. Na esteira desse discurso, “estruturam-se tipos penais novos, exacerbam-se cominações de tipos já existentes, apesar de que todos tenham ciência da ineficácia desse agravamento punitivo; produzem-se leis especiais atinentes a determinadas tipologias; alarga-se a esfera de atuação policial; aumentam-se as medidas de cautela; suprimem-se garantias processuais conquistadas a duras penas; reforça-se, em resumo, a máquina repressiva a dano da liberdade do cidadão e a serviço de posturas políticas autoritárias. Pou-

nadora dos conflitos, propor falsas soluções, as quais apenas geram um efeito tranquilizador na sociedade.

Essas falsas soluções consistem, geralmente, em propostas normativas, caracterizadas pela maior gravidade dos instrumentos jurídicos colocados à disposição do Estado para o “combate” à criminalidade, bem como pelas restrições aos direitos fundamentais.

Embora essas restrições afetem todos os cidadãos e representem um fator de insegurança diante do poder punitivo estatal, são aprovadas pela sociedade e, em alguns casos, até mesmo exigidas por ela, inconsciente de seus efeitos deletérios, tanto no âmbito interno quanto no âmbito internacional.

Salienta Zaffaroni:

O sistema penal apresenta-se como um poder local funcional a uma imensa rede de poder planetário que, ao apoiá-lo – por sua funcionalidade –, também o transnacionaliza com a formidável contribuição do poder de comunicação de massa transnacional. [...] Quanto maiores e mais graves forem nossos antagonismos internos, maior será o condicionamento verticalizante transnacionalizado e menores serão, portanto, os *loci* de poder capazes de oferecer alguma resistência ao projeto tecnocolonialista. Uma sociedade verticalizada constitui, obviamente, uma sociedade ideal para ser mantida sempre dependente, impedindo-se qualquer tentativa de aceleração histórica, enquanto uma sociedade que equilibre relações de verticalidade (autoridade) com relações de horizontalidade (de simpatia ou comunitária) apresenta-se mais resistente à dominação neo e tecnocolonial (ZAFFARONI, 2001, p. 145-146).

Se é certo que a verticalidade das relações no âmbito mundial representa hoje, para os países periféricos como o Brasil, uma

co importa se as leis formuladas na linha do Movimento da Lei e da Ordem possam ser, de antemão, descartadas como eficazes para a tutela de bens jurídicos. Suas finalidades latentes são diversas: é dar tranquilidade, ainda que aparente, ao cidadão, apaziguar a opinião pública exaltada, exercer uma função puramente simbólica”.

barreira quase que intransponível à efetivação do projeto democrático, não se pode negar, também, que a intensificação da verticalidade das relações de poder internas em muito tem contribuído para a maior dominação exercida pelos países centrais, eis que se revelam funcionalmente úteis a essa dominação.

O sistema penal, constituindo a expressão de um poder verticalizante das relações internas de uma sociedade, constitui a forma mais selvagem de dominação e representa, na atualidade, um dos maiores obstáculos à emancipação proposta pela decisão constituinte.

2.1 A SELETIVIDADE ESTRUTURAL DO SISTEMA PENAL

O sistema penal, como manifestação do poder punitivo exercido de forma difusa na sociedade, vai muito mais além do estrito conceito de sistema penal formal, operante quando um fato definido como crime é praticado, apurado pelas agências policiais, julgado pelas agências judiciais e, aplicada uma pena, é esta executada pelas agências penitenciárias.

Ele abrange uma gama de outros poderes que são exercidos paralelamente, à margem da legalidade, os quais compõem, conforme já apontado, os sistemas penais paralelos e subterrâneos (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 69-70).

A compreensão desse fenômeno é importante. Entretanto, para os fins deste trabalho, a análise circunscrever-se-á ao sistema penal formal.

Segundo a definição proposta por Zaffaroni *et al* (2003, v. 1, p. 60), por sistema penal entende-se “o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção”, as quais podem ser subdivididas em: a) agências políticas, que abrangem os parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos e partidos políticos; b) agências judiciais, que incluem juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública e organizações profissionais; c) agências policiais, que englobam a polícia de segurança, a polícia

judiciária, a polícia alfandegária e fiscal, de investigação particular, de inteligência do Estado e, em geral, toda a agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância; d) agências penitenciárias, que se constituem do pessoal encarregado da execução penal, nas prisões ou em liberdade; e) agências de comunicação social, compostas pela radiofonia, televisão e imprensa escrita; f) agências de reprodução ideológica, que abarcam as universidades, academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica; g) agências internacionais, formadas pelos organismos especializados da Organização das Nações Unidas (ONU), da Organização dos Estados Americanos (OEA), cooperação de países centrais, fundações, candidatos a bolsas de estudo e subsídios.

Como já enfatizado, essas agências não operam de forma coordenada para o alcance de um fim comum. Elas operam, em regra, de acordo com seus próprios interesses, objetivando a manutenção do poder que exercem, apesar de isso beneficiar setores específicos. Diz-se *em regra* porque, conforme apontam Zaffaroni *et al* (2003, v. 1), as agências judiciais, ao exercerem o seu reduzido poder de criminalização secundária, utilizam discursos redutores do próprio poder e ampliativos do poder das demais agências. Essa questão será melhor analisada adiante.

Quando se fala em criminalização primária e secundária está a referir-se ao processo de seleção e submissão de determinadas pessoas ao poder punitivo formal do Estado.⁴

⁴ Os conceitos de criminalização primária e secundária foram utilizados, nos anos 50, por Edwin Lemert (SHECAIRA, 2004, p. 289), e foi em torno deles que se desenvolveu, nos anos 60, a teoria da rotulação social, também denominada teoria da reação social, interacionismo simbólico ou *labeling approach*. A teoria criminológica da reação social constituiu o marco da mudança de paradigma em criminologia, pois deslocou o “foco de análise do fenômeno criminal, do sujeito criminalizado para o sistema penal e processos de criminalização que dele fazem parte e, mais em geral, para todo o sistema da reação social ao desvio” (BARATTA, 2002, p. 49). Parte da idéia segundo a qual as relações sociais em que as pessoas estão inseridas as condicionam reciprocamente (SHECAIRA, 2004, p. 289). Entretanto, observa Shecaira (2004, p. 209) que o germe das idéias por ela desenvolvidas já se encontrava na teoria da

Por criminalização primária entende-se o ato realizado pelas agências políticas de selecionar determinados comportamentos e defini-los como crimes. A criminalização primária, manifestação do poder exercido pelas agências políticas, como todo exercício de poder, é realizada a partir da interação com outras formas de poder, revelando-se condicionante e condicionada. No contexto sociopolítico atual, sofre importantes condicionamentos do poder exercido no espaço mundial, em razão do modelo político-econômico imposto aos Estados nacionais pela globalização.

A redução da capacidade dos Estados, principalmente dos Estados periféricos, como o Brasil, de solucionar seus conflitos internos, por meio da implementação de políticas sociais, exige uma resposta emergencial, a qual é oferecida por meio do endurecimento do sistema penal. O movimento “da lei e da ordem” e a inflação legislativa dele decorrente são expressões do condicionamento que o exercício do poder no espaço mundial impõe ao âmbito interno, notadamente ao sistema penal brasileiro.

De grande relevo, nesse processo de interação, do qual resulta a criminalização primária e secundária, é a atuação dos meios de comunicação de massa.

É inquestionável que os meios de comunicação de massa assumiram um papel de destaque na sociedade globalizada e se apresentam, hoje, como o principal meio de comunicação social. Isso representa, na sociedade, uma relação de poder. Um poder que interage com as demais formas de poder, em especial, com o punitivo. Observa Shecaira que

Os meios de comunicação são elementos indispensáveis para o exercício do poder de todo o sistema penal, pois permitem criar a ilusão, difundir os discursos justificadores,

associação diferencial, desenvolvida por Sutherland, nos anos 20. Segundo a teoria da associação diferencial, “o crime não pode ser definido simplesmente como disfunção ou inadaptção de pessoas de classes menos favorecidas, não sendo ele exclusividade destas”, mas é um comportamento “aprendido mediante a interação com outras pessoas, resultante de um ‘processo de comunicação’” (SHECAIRA, 2004, p. 193-195).

induzir os medos no sentido que se deseja e, o que é pior, reproduzir os fatos conflitivos que servem para cada conjuntura (SHECAIRA, 2004, p. 207).

A divulgação sensacionalista de determinados fatos definidos como crimes pelos meios de comunicação atende, ainda, aos interesses econômicos das empresas de comunicação, as quais, numa sociedade capitalista, objetivam, primordialmente, senão exclusivamente, o lucro. Essa publicidade sensacionalista gera audiência e capta, cada dia mais, um público maior, atendendo, assim, aos interesses comerciais daquelas empresas.

Por outro lado, também atende a outros interesses setoriais. Conforme observa Cervini,

[...] o temor, além de aparecer como consequência social do delito, converte-se em um precipitador coletivo facilmente manipulável e em um importante fator econômico que gera gastos de prevenção e segurança em pessoas, empresas, instituições e no próprio Estado, que também é atingido pelos efeitos desse medo (CERVINI, 2002, p. 96).

A difusão do medo, pela escolha seletiva dos fatos divulgados, por outro lado, é utilizada como uma estratégia política, haja vista que proporciona o ambiente para a adoção de medidas simbólicas de “combate à criminalidade”, geralmente de caráter normativo, as quais, além de terem um custo reduzido, dão a sensação à sociedade de que providências efetivas foram adotadas para a solução do problema, atendendo, dessa forma, aos interesses eleitoreiros da classe política.

Essa estratégia, entretanto, tem um horizonte de projeção muito maior, pois

O medo faz com que a sociedade barganhe direitos tão duramente conquistados como a liberdade e a dignidade humana. É mais um paradoxo democrático no qual a insensatez coletiva abre espaço para novas formas de dominação, exclusão e até mesmo aniquilação (PASTANA, 2003, p. 117).

A criminalização primária de condutas, condicionada por todos os fatores já apontados, é apresentada, assim, como a solução emergencial e necessária, provocando uma inflação legislativa que torna o programa de criminalização irrealizável, diante da insuficiência da capacidade operacional do sistema penal para o seu atendimento.

Por criminalização secundária entende-se “a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”, a partir da prática de um fato criminalizado primariamente (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 43).

Embora a criminalização primária, como manifestação do poder das agências políticas, tenha certo grau de seletividade pela sua interação com outras formas de exercício de poder, é a criminalização secundária que torna o sistema penal estruturalmente seletivo.

A seletividade estrutural dos sistemas penais já havia sido apontada por Foucault:

[...] um sistema penal deve ser concebido como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las a todas. [...] Não há uma justiça penal destinada a punir todas as práticas ilegais e que, para isso, utilizasse a polícia como auxiliar, e a prisão como instrumento punitivo, podendo deixar no rastro de sua ação o resíduo inassimilável da delinquência. Deve-se ver nessa justiça um instrumento para o controle diferencial das ilegalidades (FOUCAULT, 2002, p. 75 e 234).

Em um sistema penal com uma programação legislativa inflacionada, como ocorre no Brasil, decorrente, como já visto, da interação de vários espaços estruturais de poder, incompatível com sua capacidade operacional, “considera-se natural que o sistema penal leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário” (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 44).

O sistema penal, dessa forma, funciona selecionando arbitrariamente pessoas mais vulneráveis ao poder punitivo, com flagrante violação ao princípio da legalidade e da igualdade, pilares do Estado Democrático de Direito.

A maior ou menor vulnerabilidade está relacionada a diversos fatores. O primeiro deles é o estereótipo criminal, ou seja, “a imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos” (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 46), formada a partir da divulgação, pelos meios de comunicação social, dos atos mais grosseiros cometidos, denominados pelos referidos autores “obras toscas da criminalidade” (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 47).

As “obras toscas”, pelo seu menor refinamento, são mais facilmente detectadas pelas agências policiais e, em regra, são praticadas pelos estratos sociais que, pela sua educação primitiva, não dispõem de habilidades mais refinadas para a prática dos delitos.

A divulgação desses delitos, de forma sensacionalista pelos meios de comunicação de massa, como se fossem os únicos, “leva à conclusão pública de que a delinquência se restringe aos segmentos subalternos da sociedade”, gerando, assim, o estereótipo (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 48). Conforme salienta Shecaira (1996, p. 16), “são os meios de comunicação de massas que desencadeiam campanhas seletivas com a fabricação de estereótipos de fatos e de crimes”.

As pessoas estereotipadas, assim, não precisam despende muitos esforços para se colocarem em situação de vulnerabilidade ao sistema penal.

Mas a situação de vulnerabilidade não se verifica somente quanto às pessoas estereotipadas. Pode ocorrer, também, naquelas situações em que a pessoa, pela violência de sua atuação, coloca-se em situação de ser criminalizada, ou naquelas hipóteses em que, embora não corresponda ao estereótipo e não tenha atuado de forma a se colocar em situação de vulnerabilidade, a pessoa, inicialmente em situação de invulnerabilidade, fica vulnerável pela falta de cobertura do poder hegemônico (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 49).

A seletividade estrutural do sistema penal, vinculada à extensão da programação legislativa, à falta de capacidade operacional do sistema e à situação de vulnerabilidade do criminalizado, constitui, conforme observa Zaffaroni (2001, p. 27), “a mais elementar

demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal”, pois

O princípio da legalidade processual (ou legalidade da ação processual) exige que os órgãos do sistema penal exerçam seu poder para tentar criminalizar todos os autores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis e que o façam de acordo com certas pautas detalhadamente explicitadas. Isto significa não apenas que o sistema penal somente exerceria seu poder na medida estrita da planificação legal, como também que o sistema penal sempre – em todos os casos – deveria exercer esse poder (ZAFFARONI, 2001, p. 21).

Essa seleção é feita, prioritariamente, pelas agências policiais, com um alto grau de arbitrariedade, em razão, principalmente, da forma como as agências políticas elaboram as leis penais, conferindo àquelas um amplo poder de definição.

A elaboração de tipos penais com amplos espaços de decisão para as agências policiais e judiciais, em razão da ausência de taxatividade e da imprecisão dos seus conteúdos, além de violar o princípio da legalidade, enseja a maior seletividade da criminalização secundária.

Ferrajoli, ao discorrer sobre o princípio da legalidade estrita, como primeira e fundamental garantia de um sistema penal cognitivo,⁵ afirma que tal princípio pode ser caracterizado:

[...] como uma regra semântica metalegal de formação da linguagem legal, que prescreve ao legislador penal:

⁵ Para Ferrajoli (2002, p. 30-32), o sistema penal cognitivo caracteriza-se pelo convencionalismo penal, ou seja, pelo “caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas”, e pelo cognitivismo processual, que caracteriza um modelo de processo em que a “determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, afirmações ou negações – de fato ou de direito – das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual”.

a) que os termos usados na lei para designar as figuras de delito sejam dotados de extensão determinada, por onde seja possível seu uso como predicados verdadeiros dos fatos empíricos por eles denotados; b) que com tal fim seja conotada sua intenção com palavras que não sejam vagas nem valorativas, mas o mais claras e precisas possível; c) que enfim sejam excluídas da linguagem legal as antinomias semânticas ou, pelo menos, que sejam predispostas normas para sua solução (FERRAJOLI, 2002, p. 99).

É importante assinalar que, nesse processo de seleção, reduzido é o papel das agências judiciais, as quais se limitam a criminalizar aquelas condutas que, de forma bastante arbitrária, já foram amplamente selecionadas pelas agências políticas e policiais.

Não obstante seu reduzido campo de atuação na seleção criminalizante, é inafastável a importância da atuação das agências judiciais no processo de criminalização, à medida que deixam de exercer o poder de contenção da criminalização seletiva e da violência do exercício do poder contra os selecionados. É o que ocorre, por exemplo, quando o Poder Judiciário determina a realização de prova no processo penal, com violação dos direitos e garantias fundamentais.

O sistema penal, pela sua seletividade estrutural, não encontra legitimação no Estado Democrático de Direito, pois viola os princípios elementares nos quais se funda esse modelo de Estado.

2.2 A PENA COMO EXPRESSÃO DA IRRACIONALIDADE DO SISTEMA PENAL. A COERÇÃO DIRETA

As sociedades contemporâneas são caracterizadas, primordialmente, pela sua complexidade e conflituosidade, não havendo sociedade na qual todos os conflitos possam ser solucionados. Existem, sem dúvida, conflitos em que não se apresenta possível uma solução racional, embora, pela sua gravidade, exijam uma resposta estatal. Nessas hipóteses, pode revelar-se menos irracional

uma intervenção que não solucione o conflito, mas que apenas o “suspenda”, até que, naturalmente, seja dissolvido.

O sistema penal caracteriza-se por ser um sistema de “decisão” ou “suspensão” de conflitos, e não de “solução”. Asseveram Zaffaroni *et al* que

[...] o modelo punitivo é pouco apto a solucionar o conflito: quando prisiona alguém não resolve o conflito, mas sim o ‘suspende’, ou seja, deixa-o pendente no tempo, de vez que, por definição, ‘exclui a vítima’ (ao contrário dos modelos reparador ou conciliador). É a dinâmica social que, no modelo punitivo, dissolve o conflito lançado ao tempo para que se apague (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 87).

A pena é, assim, o meio do qual se vale o Estado para “suspender” um conflito. Segundo a definição de Zaffaroni (2001, p. 204), pena “é qualquer sofrimento ou privação de algum bem ou direito que não resulte racionalmente adequado a algum dos modelos de solução dos conflitos dos demais ramos do direito”.

Por essa razão, é correta a afirmação de que a intervenção punitiva deve ser limitada àqueles conflitos aos quais os demais ramos do direito não oferecem uma solução adequada. Não porque consista numa “solução” mais eficaz, mas porque, diante da ausência de solução, em razão da gravidade do conflito, revela-se inevitável.

Dessa forma, quanto mais possibilidade tiver um conflito de ser solucionado por um modelo de solução, como a reparação ou a conciliação, assim entendido um modelo não excludente da vítima,⁶ mais irracional será a intervenção punitiva.

Isso não quer dizer que, em não havendo possibilidade de “solução” do conflito, a intervenção punitiva torne-se racional. Ela será, como manifestação de poder que é, apenas inevitável, mas continuará sendo irracional. Como bem observa Zaffaroni,

⁶ O instituto da transação penal previsto pela Lei 9.099/1995 não constitui um modelo de solução conciliatória, por ser um modelo excludente da vítima, mas de verdadeira intervenção punitiva, com mitigação de garantias.

Se o sistema penal é um mero fato de poder, a pena não pode pretender nenhuma racionalidade, ou seja, não pode ser explicada a não ser como manifestação de poder. [...] A falta de racionalidade da pena deriva de não ser um instrumento idôneo para a solução de conflitos. Logo, toda sanção jurídica ou imposição de dor a título de decisão de autoridade, que não se encaixe nos modelos abstratos de solução de conflitos dos outros ramos do direito, é uma pena (ZAFFARONI, 2001, p. 202-203).

De tudo o que já foi exposto, é possível concluir que a irracionalidade do poder punitivo e, em consequência, da pena está no fato de constituir uma intervenção seletiva que suspende o conflito social, sem resolvê-lo, por não possuir idoneidade para esse fim.

Essa irracionalidade torna-se mais evidente diante da constatação da violência em que, desde as épocas mais remotas até os dias atuais, consistiu o exercício do poder punitivo nos sistemas penais, como muito bem foi analisado por Foucault (2002).

A pena, na concepção de Zaffaroni *et al* (2003, v. 1, p. 101), é um conceito que se obtém por exclusão e se diferencia de outras formas de coerção estatal, quais sejam a coerção reparadora ou restitutiva e a coerção direta ou policial.

Segundo os citados autores, a coerção reparadora ou restitutiva, modelo dominante no direito privado, é um modelo de solução de conflitos e, por essa razão, melhora a coexistência, diferentemente da coerção penal que “estende a margem de puros atos unilaterais do poder, resolve menos conflitos e deteriora a coexistência” (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 101).

Por outro lado, distingue-se a pena da coerção direta por constituir esta “uma ingerência na pessoa ou nos bens para neutralizar um perigo iminente ou interromper uma atividade lesiva em curso” (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 104). Embora seja uma forma de exercício de poder, a coerção direta tem uma explicação racional, visto que, exercida dentro daqueles limites, melhora a coexistência.

A coerção direta pode ser instantânea ou imediata, ou de execução diferida. Esclarecem Zaffaroni *et al* que

A coerção direta instantânea ou imediata não é outra coisa senão o estado de necessidade ou legítima defesa convertidos em dever jurídico para o funcionário público. A autoridade administrativa competente tem o dever de intervir e sua coerção está legitimada dentro dos limites assinalados (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 104).

A coerção direta de execução diferida é aquela que se realiza de forma prolongada, geralmente para fazer cessar uma atividade ilícita praticada em forma grupal e contínua, e estará legitimada enquanto a atividade lesiva perdurar. Ressaltam os autores citados, entretanto, que, “a partir, porém, do momento em que cesse o perigo, a coerção passa a ser punitiva, a menos que seja ela mantida para impedir o retorno imediato da situação perigosa” (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 104).

É importante observar que os limites entre o exercício do poder punitivo e do poder de coerção direta, principalmente em se tratando de coerção direta diferida, são tênues, podendo a coerção direta, de forma imperceptível, assumir o caráter de punição. Por essa razão, ponderam Zaffaroni

[...] se torna indispensável que ela seja sempre matéria integrada ao direito penal, bem como seja sempre exercida dentro dos limites e garantias deste. De modo inverso, esta coerção direta é o agente ideológico perfeito para reduzir a função limitadora do direito penal e dar entrada aos componentes mais autoritários do estado de polícia. Figuras como o agente provocador, o funcionário delinquente (agente infiltrado), o participante delator (arrependido), e até a tortura têm espaço na legislação penal e processual através de argumentos próprios da coerção direta (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 105).

Por constituir a coerção direta, na maioria das vezes, uma grave intervenção na esfera individual, deve ser submetida ao controle judicial prévio ou, em caso de urgência da medida, diante da iminência e irreversibilidade do dano a um bem jurídico, ao

controle judicial posterior. Por outro lado, em razão da possibilidade de sua utilização como pena, deve ser submetida ao controle judicial penal, com todas as garantias penais.

Isso não descaracteriza o direito penal. Antes, reduz o âmbito do poder das agências policiais, ampliando a possibilidade de controle, pelas agências judiciais, do poder punitivo em que o exercício do poder de coerção direta pode se converter.

Dessa forma, toda intervenção estatal na esfera de liberdade individual que não tenha uma justificação racional, qual seja a coexistência digna dos indivíduos, é expressão do poder punitivo, isto é, uma pena, e, por não encontrar legitimação no Estado Democrático de Direito, deve ser contida pelas agências judiciais, em especial pelo Poder Judiciário e Ministério Público.

OS DISCURSOS (DES)LEGITIMANTES DO PODER PUNITIVO

SUMÁRIO: 3.1 A ideologia da defesa social – 3.2 A falácia do discurso de proteção aos bens jurídicos – 3.3 A pena como retribuição – 3.4 O utilitarismo penal – a prevenção geral negativa – 3.5 A ideologia da prevenção especial – 3.6 A prevenção geral positiva – 3.7 A contribuição de Luigi Ferrajoli.

Desde que os detentores do poder político, afastando a vítima da relação conflituosa, assumiram o poder punitivo, por volta do século XIII, várias foram as tentativas discursivas para a legitimação dessa exclusão e do exercício, por parte daqueles, do poder de punir.

Isso decorreu de necessidades tanto políticas como econômicas. O próprio confisco do conflito decorreu dessas necessidades. Ao abordar a questão, observa Foucault que

A infração é uma das grandes invenções do pensamento medieval. Vemos, assim, como o poder estatal vai confiscando todo o procedimento judiciário, todo o mecanismo de liquidação interindividual dos litígios da Alta Idade Média. [...] Há ainda uma última descoberta, uma última invenção tão diabólica quanto a do procurador e da infração: o Estado, ou melhor, o soberano (já que não se pode falar de Estado nessa época) é não somente a parte lesada, mas a que exige a reparação. Quando um indivíduo perde o processo é declarado culpado e deve ainda uma reparação a sua vítima. Mas essa reparação não é absolutamente a do antigo Direito Feudal ou

do antigo Direito Germânico. Não se trata mais de resgatar sua paz, dando satisfação a seu adversário. Vai-se exigir do culpado não só a reparação do dano feito a um outro indivíduo, mas também a reparação da ofensa que cometeu contra o soberano, o Estado, a lei. É assim que aparece, com o mecanismo das multas, o grande mecanismo das confiscações. Confiscações dos bens que são, para as monarquias nascentes, um dos grandes meios de enriquecer e alargar suas propriedades. As monarquias ocidentais foram fundadas sobre a apropriação da justiça, que lhes permitia a aplicação desses mecanismos de confiscação. Eis o pano de fundo político desta transformação (FOUCAULT, 1996, p. 66-67).

Como se verá adiante, as condições sociais, políticas e econômicas sempre condicionaram os discursos jurídico-penais que se desenvolveram em cada época, evidenciando a íntima relação existente entre o saber e o poder e, mais especificamente, como o poder condiciona o saber. Assevera Foucault:

Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, aprendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar não dos filósofos, mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder. E é somente nessas relações de luta e de poder – na maneira como as coisas entre si, os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros, querem exercer, uns sobre os outros, relações de poder – que compreendemos em que consiste o conhecimento (FOUCAULT, 1996, p. 23).

Os discursos jurídico-penais que se encontram na base do sistema penal brasileiro foram desenvolvidos em um contexto social bastante diferenciado da realidade social brasileira. Vale lembrar que quando os países centrais viviam o momento da “Revolução Industrial”,¹ os países periféricos desenvolviam uma

¹ Conforme esclarecem Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 258), “embora a chamada ‘revolução industrial’, que marca a passagem da forma de produção feudal – servil – à capitalista, tenha se desenvolvido ao longo de três séculos, desembocou no fenômeno de mesmo nome (em sentido estrito), que teve lugar na segunda metade do século XVIII”.

economia primária, complemento das economias centrais, em sistema de escravidão. Mas, sem dúvida, esses discursos foram para cá transplantados e aqui reproduzidos porque isso, de certa forma, atendeu e ainda atende aos interesses dos países centrais em manter a dependência econômica da qual o Brasil, desde a sua independência política, em 1822, não se livrou.²

É importante frisar que quanto mais verticalizada for uma sociedade e quanto maiores forem as desigualdades sociais, maior será a sua sujeição ao domínio no âmbito internacional. Dessa forma, o exercício do poder punitivo, no âmbito interno, pela sua potencialidade verticalizante, apresenta-se como um importante instrumento para o exercício do poder, também verticalizante, no âmbito internacional.

Esses discursos, na atualidade, atendendo à lógica do exercício do poder em rede, são reproduzidos a partir da combinação de seus elementos, por vezes contraditórios, ou de forma alternativa, com sérios prejuízos ao projeto democrático da Constituição Federal de 1988, pois, conforme pontuam Zaffaroni *et al* (2003, v. 1, p. 141), “as combinações teóricas incoerentes, em matéria de pena, são muito mais autoritárias do que qualquer uma das teorias puras, pois somam as objeções de todas as que pretendem combinar e permitem escolher a pior decisão em cada caso”. Não obstante, encontram-se incorporados aos códigos. É o exemplo do Código Penal Brasileiro, do Código de Processo Penal Brasileiro e da Lei de Execuções Penais.³

² Observa Zaffaroni (2001, p. 77) que o modelo ideológico de justificação do poder punitivo, fundado nas idéias de Cesare Lombroso, “partia da premissa da inferioridade biológica tanto dos delinquentes centrais como da totalidade das populações colonizadas, considerando, de modo análogo, biologicamente inferiores tanto os moradores das instituições de seqüestro centrais (cárceres, manicômios), como os habitantes originários das imensas instituições de seqüestro coloniais”. Eis a razão para a grande influência da ideologia lombrosiana no sistema penal brasileiro.

³ Vale transcrever o disposto na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, item 13: “contém o art. 1.º duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a *reprimir e a prevenir os delitos*, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os subme-

Embora essas proclamações discursivas expressas sejam anteriores à Constituição de 1988, a verdade é que, ainda hoje, quase dezoito anos após a promulgação daquela carta política, tais discursos são invocados para a justificação do poder punitivo, em total descompasso com os fins do Estado Democrático de Direito.

3.1 A IDEOLOGIA⁴ DA DEFESA SOCIAL

Segundo Zaffaroni *et al* (2003, v. 1, p. 510), o discurso legitimador do poder punitivo como confisco do direito das vítimas expressou-se pela primeira vez de forma sistemática, em uma obra datada de 1484, escrita pelos inquisidores Heinrich Kraemer e James Sprenger, nominada *Malleus Maleficarum*, traduzida como *O Martelo das Feiticeiras*, a qual recolhia a experiência punitiva dos séculos anteriores, já compilada em obra anterior, escrita no

tidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na sociedade” (grifo nosso).

Dispõe, ainda, o artigo 59 do Código Penal Brasileiro: “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a *reprovação e prevenção do crime* [...]” (grifos nossos).

⁴ Segundo Baratta (2002, p. 240), “o termo ‘ideologia’ em um significado positivo (conforme o uso de Karl Mannheim) se refere aos ideais ou programas de ação; em um significado negativo (conforme o uso de Marx), se refere à ‘falsa consciência’, que legitima instituições sociais atribuindo-lhes funções ideais diversas das realmente exercidas”. Chauí (2003) define a ideologia como um sistema ordenado de idéias ou representações desvinculadas das condições materiais, as quais, ocultando a realidade social, tornam-se “universais abstratos”, assim entendidos “a transformação das idéias particulares da classe dominante em idéias universais de todos e para todos os membros da sociedade”, independentes da realidade social, dos quais, num processo de inversão, a realidade concreta é considerada como realização. Nesse sentido negativo a expressão ideologia é utilizada ao longo do trabalho.

ano de 1376, por Nicolau Eymerich, intitulada *Directorium Inquisitorum*, traduzida como *Manual dos Inquisidores*.⁵

O *Malleus Maleficarum*, como discurso legitimador do poder inquisitório, baseava-se na existência das bruxas, na gravidade dos crimes por elas praticados, no perigo que representavam e na necessidade de detê-lo, para evitar que a humanidade sucumbisse em decorrência do extermínio da fé (KRAMER; SPRENGER, 2005).

Foi um discurso baseado na idéia de periculosidade, o qual se desenvolveu com muita intensidade no século XIX, e já trazia consigo a ideologia da defesa social.

A defesa social que se encontrava na base ideológica do *Malleus Maleficarum* era uma defesa social ilimitada e, segundo Zaffaroni *et al* (2003, v. 1, p. 518), “correspondia a uma concepção da sociedade como ‘organismo’. Não se discutia o exercício do poder porque se supunha ser ele ‘natural’, ou seja, ‘naturalizava-se’ a superioridade dos inquisidores e sua imunidade ao mal”.

Com a Revolução Industrial, uma profunda transformação social, econômica e cultural ocorreu. Toda a ideologia de justificação da sociedade passou a ser elaborada a partir da idéia de contrato social, com importantes reflexos no discurso penal. Foi nesse momento que o discurso da defesa social foi retomado, em base diversa, qual seja o contrato social: o direito de defesa, a partir do momento em que cada homem o transfere para a sociedade pelo contrato, torna-se irrenunciável por esta. O dano causado pelo infrator gera uma obrigação não só para com a vítima, mas para com a sociedade, que tem o dever de castigá-lo.

Foi com o discurso liberal, fundado na idéia do contrato, que a defesa social assumiu o predomínio ideológico no setor penal.

⁵ A idéia de defesa social já se encontrava na obra escrita no ano de 1376, intitulada *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH, 1993). Substanciava-se na defesa da verdade absoluta, revelada pela Igreja Católica e negada pelos hereges, como condição necessária para a salvação dos homens e constituía a justificação de toda a prática inquisitorial descrita na obra. Entretanto, foi com a obra *O martelo das feiticeiras* que a idéia da defesa social foi mais detalhadamente desenvolvida como justificação do exercício do poder inquisitorial.

Entretanto, foi ele utilizado, posteriormente, como premissa para a justificação do poder penal em bases organicistas.

Observa Baratta (2002, p. 47) que “o conceito de defesa social corresponde a uma ideologia caracterizada por uma concepção abstrata e aistórica da sociedade, entendida como uma totalidade de valores e interesses”, totalmente incompatível com a realidade de uma sociedade complexa, conflituosa e imersa em contradições, como são as sociedades contemporâneas, em especial, a sociedade brasileira.

Esse discurso permanece na atualidade, sob o enfoque da “segurança pública”, “segurança cidadã” ou “segurança urbana”.

O aumento das desigualdades, dos conflitos sociais e da complexidade das relações sociais, próprios da era da globalização, colocou em evidência duas formas de criminalidade: aquela que Hassemer (1994, p. 55) denomina “criminalidade de massa”, também chamada por Ferrajoli (2003, p. 84) “criminalità di strada”, e a criminalidade organizada.

A criminalidade de massa,⁶ segundo Hassemer, é aquela que se manifesta cotidianamente na sociedade como consequência do aumento das desigualdades sociais, do arrefecimento dos vínculos sociais e da perda de objetivos comuns, e que, divulgada de forma sensacionalista, produz o sentimento de insegurança social, assim entendido “a sensação de desproteção e de debilidade diante de

⁶ Afirma Arendt (2004, p. 365) que uma psicologia do homem de massa desenvolveu-se na Europa, após a Primeira Guerra Mundial, quando a inflação e o desemprego agravaram as consequências desastrosas da derrota militar, aumentando a “massa” de homens insatisfeitos e desesperados na Alemanha e na Áustria. Segundo a autora, “as massas não se unem pela consciência de um interesse comum e faltava-lhes aquela específica articulação de classes que se expressa em objetivos determinados, limitados e atingíveis. O termo massa só se aplica quando lidamos com pessoas que, simplesmente devido ao seu número, ou à sua indiferença, ou a uma mistura de ambos, não se podem integrar numa organização baseada no interesse comum [...]” (ARENDR, 2004, p. 361). Acrescenta, ainda, a autora que “a principal característica do homem de massa não é a brutalidade nem a rudeza, mas seu isolamento e a sua falta de relações sociais normais” (ARENDR, 2004, p. 367).

ameaças e perigos desconhecidos que nos levam a duvidar da força do Direito” (HASSEMER, 1994, p. 57).

A criminalidade organizada, embora não seja um fenômeno novo, ganhou características peculiares com a era da globalização.

Observa Franco que

[...] o modelo globalizador produziu novas formas de criminalidade que se caracterizam, fundamentalmente, por ser uma criminalidade supranacional, sem fronteiras limitadoras, por ser uma criminalidade organizada no sentido de que possui uma estrutura hierarquizada, quer em forma de empresas lícitas, quer em forma de organização criminosa, e por ser uma criminalidade que permite a separação tempo-espço entre a ação das pessoas que atuam no plano criminoso e a danosidade social provocada. Tal criminalidade, desvinculada do espaço geográfico fechado de um Estado, espraia-se por vários outros e se distancia nitidamente dos padrões de criminalidade que tinham sido até então objeto de consideração penal (FRANCO, 2000b, p. 121).

Ferrajoli (2003, p. 81) caracteriza a criminalidade organizada da era da globalização como uma “criminalità del potere: un fenomeno non più marginale né eccezionale come la criminalità tradizionale bensì inserito nel funzionamento normale della società”.⁷

Refere-se o citado autor a três formas de criminalidade organizada, que se combinam e interagem: a criminalidade de poder abertamente criminal, a qual ganha, com a globalização, uma característica transnacional; a criminalidade de poder econômico, também com características transnacionais, a qual, segundo Ferrajoli (2003, p. 82), manifesta-se nas várias formas de corrupção, de apropriação de recursos e de devastação do meio ambiente; a criminalidade dos poderes públicos, a qual, segundo o citado autor, é uma manifestação não somente de desvio social, mas também de desvio institucional, sinal de patologia do ordenamento e

⁷ Tradução livre: “criminalidade do poder: um fenômeno não mais marginal e excepcional como a criminalidade tradicional, ao contrário, inserido no funcionamento normal da sociedade”.

expressão de uma crise do Estado de Direito e da democracia (FERRAJOLI, 2003, p. 82).

Conclui o autor que não se trata de fenômenos distintos, mas que se entrelaçam pela cumplicidade e recíproca instrumentalização entre o “poder criminal”, o “poder econômico” e o “poder institucional” (FERRAJOLI, 2003, p. 81).

Beck (2004, p. 42) não se afasta dessa idéia ao afirmar constituir a criminalidade organizada, na atualidade, “uma criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos – normalmente econômicos, mas também políticos e sociais – com capacidade de desestabilização geral dos mercados e corrupção de funcionários e governantes”.

É importante salientar que a “criminalidade organizada” também interage com a “criminalidade de massa” ou “criminalidade de rua”, instrumentalizando-a e dela se utilizando para o desenvolvimento de suas atividades. Apenas para exemplificar, basta lembrar os fabulosos lucros obtidos pelo mercado clandestino de drogas, desenvolvido pelo recrutamento massivo de “pequenos traficantes”, os quais não aderem à atividade pelos objetivos comuns do grupo organizado, porquanto dos resultados obtidos não desfrutam, mas pelo seu isolamento e falta de oportunidade de exercício de outras atividades lícitas.

A “criminalidade de massa” e a “criminalidade organizada” são, portanto, fenômenos diversos, a exigirem do Estado respostas, também, diversas. Essas respostas, em se tratando da “criminalidade de massa”, ficam debilitadas em razão das limitações impostas ao Estado, pelo modelo econômico mundial, à implementação das políticas sociais necessárias à sua prevenção. Tratando-se da “criminalidade organizada”, pela complexidade das operações realizadas em vários pontos do globo, bem como por se tratar de uma “criminalidade dos poderosos”, incluindo agentes estatais, essas respostas ficam, a cada dia, mais distantes de serem alcançadas, porque devem ser dadas por aqueles que, de alguma forma, beneficiam-se do crime.

Nesse contexto, a resposta penal torna-se “a solução para todos os males”. Embora existam conflitos, os quais, pela sua gravidade e complexidade, não apresentam uma solução viável, sendo o

exercício do poder punitivo inevitável, o certo é que as respostas normativas penais não são adequadas à solução de conflitos sociais. Se isso já era evidente quanto à criminalidade individual, mais ainda o é quanto àquelas formas de manifestação da criminalidade, as quais, embora não possam ser consideradas novas, adquiriram características peculiares com a era da globalização.

A emergência das respostas e a necessidade da obtenção do consenso social sobre sua adequação ensejam o discurso bélico, de “guerra contra a criminalidade”, o qual traz em sua base uma ideologia de segurança.

Fala-se em ideologia de segurança porque, em um Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana, o conceito de segurança é um conceito humanista, não podendo ser reduzido à noção de ordem e defesa de interesses dominantes.

A segurança, como um conceito humanista e democrático, é

[...] un derecho básico de las personas. Un derecho humano que integra el catálogo de aquellos que deberían extenderse a todas las otras personas. Este conjunto, en realidad, no debería ser un catálogo sino que un programa sin límites, inacabado. Siempre aparecerán nuevas demandas por necesidades que deberán ser calmadas, reconstruyéndose de esa manera un sentido de integralidad reforzador de lazos de solidaridad horizontales [...] Y la seguridad, por tanto, tiene íntima relación con todos los otros derechos humanos, pues estar seguros es estarlo en relación al uso y al disfrute de esos derechos básicos, de esos derechos humanos básicos. Ese es, básicamente, el concepto de seguridad (opuesto al manipulado en la actualidad) que pretendía defender al hablar de seguridad desde un punto de vista jurídico. Otra seguridad, que claramente no se opone al derecho a la libertad individual sino que la complementa, permitiendo barrer aquellos obstáculos políticos o sociales para su efectivo cumplimiento (ANITUA, 2004, p. 309-310).

Essa idéia de segurança como algo não excludente, mas complementar à idéia de liberdade, não passou despercebida por Choukr, ao observar que

Da segurança individual advinda do respeito pelo Estado dos direitos individuais e coletivos nasce a segurança social que com a primeira interagirá num processo dialético, sendo que o sistema penal num Estado democrático de direito pauta-se pela tutela de ambos os pólos em questão (CHOUKR, 2002, p. 12).

O conceito de segurança, no Estado democrático de direito, somente pode ser compreendido nesse sentido. E para tanto não se faz necessário o acréscimo de nenhum adjetivo. Conforme bem observa Anitua,

[...] cuando se pretende vulnerar un concepto democrático y humanista de seguridad, reemplazándolo por aquel ligado a la noción de orden y a la defensa de los intereses dominantes, se le suele agregar un adjetivo. Creo que es justamente el adjetivo calificativo de ‘ciudadana’ el que pervierte el concepto del derecho y de los seres humanos que podría tener la idea de seguridad. En efecto, la idea de seguridad se encuentra afectada por todos los adjetivos calificativos que se le han puesto históricamente. Pocas veces se habla de ‘seguridad’ a secas, cuando se justifican políticas represivas. Por el contrario, se habla de seguridad ciudadana, o seguridad urbana, o seguridad pública, o seguridad nacional (ANITUA, 2004, p. 305).

A “criminalidade de massa” e a “criminalidade organizada” representam, hoje, a porta de entrada para o discurso bélico de “guerra contra a criminalidade”, baseado na ideologia da “segurança pública”, “segurança cidadã” ou “segurança urbana” e para as “soluções” normativas agravadoras da resposta penal, geralmente restritivas dos direitos fundamentais.

O sentimento de insegurança da sociedade, indispensável à obtenção do consenso sobre a legitimidade das “soluções” propostas, decorre, assim, menos da percepção direta sobre a realidade social do que da transmissão discursiva de uma realidade deturpada.

Pontua Cervini (2002, p. 96) que “o temor nem sempre se funda em fatos concretos, mas antes em uma percepção subjetiva de uma possível ameaça, que se vê fomentada, muitas vezes, através (*sic*) de campanhas orquestradas pelos meios de comunicação”.

Nesse sentido, também se pronuncia Franco:

A percepção subjetiva dos riscos e perigos é nitidamente superior à dos riscos e perigos reais e, desse modo, é mais comunicacional do que existencial. A posição privilegiada ocupada pelos meios de comunicação social, no contexto de um mundo considerado como uma aldeia global, permite a construção de imagens dramatizadas e distorcidas da realidade, capazes de difundir um sentimento generalizado de intranquilidade e impunidade (FRANCO, 2000c, p. 4).

A instigação e a manipulação do medo e do sentimento de insegurança social não são casuais e atendem aos interesses de vários setores na rede de interação social, principalmente à dominação política, pois esse fenômeno é

[...] uma forma de dominação política que se concretiza na medida em que o medo social ligado ao crime é colocado como problema social emergente. A insegurança cultivada no âmbito da sociedade afasta o olhar da multidão para seus reais problemas. Por outro lado, ainda que a segurança seja um problema, algumas propostas políticas apresentadas estão longe da solução, apenas alimentam ainda mais o pânico. Essa é a lógica de se produzir um mecanismo que desvie a atenção do cidadão indefinidamente, ou seja, sempre afirmar o problema e nunca resolvê-lo (PASTANA, 2003, p. 19).

Acrescenta Hassemer:

A manipulação do medo coletivo difuso resultante da criminalidade de massas, praticada com o escopo de obter meios e instrumentos de combate à criminalidade violenta mediante a restrição das liberdades, constitui uma conhecida tática de política criminal populista, que não traz resposta aos problemas diários das pessoas frente à criminalidade de massas (HASSEMER, 1994, p. 58).

O discurso bélico entoado pelo “movimento da lei e da ordem”, baseado na velha ideologia da defesa social, agora sob o enfoque da “segurança pública”, “segurança cidadã” ou “segurança urbana”, além de enfraquecer os laços de solidariedade social, indispensáveis à democratização das relações sociais, tem se revelado

uma grande ameaça aos direitos e garantias conquistados durante uma longa história de lutas contra a violência e onipotência do poder estatal.

Verberam Zaffaroni *et al* que

[...] esta imagem bélica, legitimante do exercício do poder punitivo por via da absolutização do valor segurança, implica aprofundar sem limite algum o que o poder punitivo provoca inexoravelmente, que é a debilitação dos vínculos sociais horizontais (solidariedade, simpatia) e o reforço dos verticais (autoridade, disciplina). O modelo de organização social comunitária perde terreno perante o de organização corporativa. As pessoas se acham mais indefesas diante do Estado, devido à redução dos vínculos sociais e do desaparecimento progressivo de outros *loci* de poder na sociedade. A própria sociedade – entendida como conjunto de interações – reduz-se e torna-se presa fácil da única relação forte, que é vertical e autoritária. A imagem que se projeta verticalmente tende a ser a única, porque a redução dos vínculos horizontais impede sua confrontação com vivências alheias. O modelo de estado que corresponde a uma organização social corporativa é o do estado de polícia (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 59).

3.2 A FALÁCIA DO DISCURSO DE PROTEÇÃO AOS BENS JURÍDICOS

Os discursos elaborados a partir da assunção, pelo poder político, do poder de punir, excluindo a vítima da relação conflituosa, notadamente após a Revolução Industrial, tiveram por objetivo legitimar essa exclusão e, em consequência, legitimar o poder de punir estatal.

A defesa social constituiu, assim, a base ideológica dos discursos legitimantes e, como já enfatizado, fulcrava-se na idéia de proteção de valores ético-fundamentais da sociedade.

A partir dessa ideologia, o discurso jurídico-penal voltou-se à justificação do poder punitivo estatal como um poder tutelar dos

bens jurídicos lesionados pelo crime. Assim, “a proteção dos bens jurídicos se operaria mediante a proteção destes mesmos valores ético-sociais elementares e, portanto, maior deveria ser a pena quanto mais fundamental fosse o valor social desrespeitado” (ZAFFARONI, 2001, p. 209).

Essa idéia de proteção, pelo exercício do poder punitivo, aos bens jurídicos das vítimas atuais e potenciais ainda se encontra na base dos discursos jurídico-penais.

Roxin, ao explicar o que denomina “teoria unificadora dialética”,⁸ assim se posiciona:

[...] em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação ou a propriedade, as quais todo o mundo conhece; numa palavra os chamados bens jurídicos; e o direito penal tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições (ROXIN, 1986, p. 27-28).

Ferrajoli, igualmente, não se afasta do discurso tutelar:

Uma doutrina sobre a justificação externa das proibições penais é, pois, uma doutrina não jurídica, senão política, modelada em torno de critérios de política criminal. E, à medida que postula a correspondência entre prevenção de delitos e tutela de bens jurídicos, é, também, o complemento necessário da doutrina sobre a justificação externa da pena (FERRAJOLI, 2002, p. 377-378).

Esse discurso encontra-se, também, difundido no Brasil.

Ao se pronunciar sobre o sistema penal e o direito penal no Estado Democrático de Direito, citando Hassemer e Romano, Gomes sintetiza:

⁸ Em síntese, a teoria unificadora dialética de Roxin encerra a idéia de que “o direito penal moderno consiste na realização de uma síntese entre o Estado de Direito e uma prevenção especial ressocializante, por um lado, e as exigências imprescindíveis da prevenção geral, por outro” (ROXIN, 1986, p. 13).

[...] um sistema penal concebido nos termos expostos, por outra parte, 'representa o modelo no qual deveria inspirar-se o direito penal de um ordenamento liberal e democrático moderno: orientado a suas conseqüências práticas, é um direito penal que procura a eficácia, que não abandona a retribuição, mas é essencialmente (equilibradamente) preventivo, que cumpre quanto promete e se inclina portanto à autolimitação, reservando-se exclusivamente para fatos externos, suscetíveis de uma atividade probatória em sede processual, social e relevantemente danosos; um direito penal não elaborado segundo o arbítrio do legislador, senão orientado à tutela de bens autênticos, presentes na sociedade e preexistentes à decisão criminalizadora do legislador' (GOMES, 2002, p. 17).

Prado, seguindo o mesmo pensamento, explana:

[...] a função político-criminal do bem jurídico constitui um dos critérios principais de individualização e de delimitação da matéria destinada a ser objeto da tutela penal. [...] uma orientação preventiva, dirigida a evitar a prática de ilícitos penais, pode circunscrever o campo do punível de modo mais restrito e seletivo, pois, sendo seu objetivo manter a convivência, unicamente aqueles valores necessários à sua manutenção deveriam ser objeto de tutela e sanção penal (PRADO, 2003, p. 22-23).

O discurso tutelar, manifestação da ideologia da defesa social, encontra-se, assim, na base de todos os discursos legitimantes que predominam no cenário jurídico brasileiro, aos quais as agências de reprodução ideológica ainda não ousaram renunciar.

Atualmente, com a intensificação dos conflitos sociais e da violência urbana, esse discurso tutelar assume a perspectiva de proteção à segurança individual e coletiva.

Sem dúvida, a idéia de proteção aos bens jurídicos das vítimas, como forma de justificação do poder punitivo estatal, constitui a maior falácia dos discursos legitimantes elaborados desde que o Estado confiscou da vítima a sua posição na relação conflituosa.

Assinalam Zaffaroni *et al* que

[...] o poder punitivo não tutela os bens das vítimas dos delitos, pois, em essência, ele é um modelo que não se dedica a isso, mas que, ao contrário, confisca o direito da vítima [...]. As teorias manifestas da pena legitimam, junto ao poder punitivo, a orfandade da vítima e o conseqüente direito do Estado a desprotegê-la. A invocação da vítima é discursiva, mas o modelo a abandona sem solução (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 110).

Em verdade, não se pode falar em bem jurídico tutelado pelo exercício do poder punitivo, mas tão-somente em bem jurídico lesionado ou exposto a perigo, pelo conflito de interesses, não abstrato, mas real, manifestado na sociedade.

Essa distinção é muito importante. Quando se diz que um bem jurídico é tutelado pelo poder punitivo ou pelo direito penal, como preferem alguns, em verdade, está-se diante de um discurso legitimador. A mesma coisa não significa falar que um bem jurídico foi lesionado e que essa lesão é critério limitativo para a intervenção penal estatal.

Zaffaroni *et al* acrescentam:

[...] essa distinção é tão necessária quão perigosa é sua equiparação, porque a idéia de bem jurídico tutelado digere e neutraliza o efeito limitador da idéia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo; devido a essa alquimia, o princípio de que todo delito pressupõe lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico deságua no princípio de que todo bem jurídico demanda uma tutela, o que instiga à criminalização sem lacunas (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 227).

Gomes teve percepção dessa distinção, ao analisar o que denominou princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e princípio da ofensividade, embora com o objetivo de demonstrar que o exercício do poder punitivo tem como “missão” a proteção de bens jurídicos. Pontua o citado autor que

[...] a função principal do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é a de delimitar uma forma de direito penal, o direito penal do bem jurídico, daí que não seja tarefa sua proteger a ética, a moral, os costumes, uma

ideologia, uma determinada religião, estratégias sociais, valores culturais como tais, programas de governo, a norma penal em si etc. O direito penal, em outras palavras, pode e deve ser conceituado como um conjunto normativo destinado à tutela de bens jurídicos, isto é, de relações sociais conflitivas valoradas positivamente na sociedade democrática. O princípio da ofensividade, por sua vez, nada diz diretamente sobre a missão ou forma do direito penal, senão que expressa uma forma de compreender ou de conceber o delito: o delito como ofensa a um bem jurídico (GOMES, 2002, p. 42-43).

A exigência de lesão ao bem jurídico, como forma de limitar o exercício do poder punitivo, não se confunde e tampouco pressupõe a admissão de um discurso tutelar, legitimante desse poder. Eis a importância de uma teoria do bem jurídico no Estado democrático de direito: estabelecer pautas para a contenção do poder punitivo estatal.

Não obstante, a invocação do bem jurídico ofendido pelo crime constitui, ainda, o argumento discursivo racionalizante do exercício de um poder deslegitimado pela sua violência e irracionalidade.

Esse discurso, diante da evidência da falácia que encerra, atualmente, tem sido reelaborado. A verificação, diante do aumento da violência urbana, de que o exercício do poder punitivo não efetiva a proteção proclamada aos bens jurídicos já afetados e aos que possam vir a ser, por sua incapacidade reparatória ou preventiva, tem conferido uma outra perspectiva ao discurso de proteção: o bem jurídico protegido é, agora, a segurança “pública”, “cidadã” ou “urbana”.

Quando se invoca a necessidade da preservação da segurança, com quaisquer dos adjetivos apontados ou outros que se lhe venham acrescer, está-se, mais uma vez, legitimando o exercício do poder punitivo, agora a partir de um perigoso conceito de segurança, que não condiz com o seu significado humanista, extraído da Constituição Federal de 1988, mas que expressa a idéia de “ordem” própria dos Estados autoritários.

O discurso, mais uma vez, é falacioso. A segurança, no Estado democrático de direito, é um conceito que não se limita à idéia

de ordem e tampouco contrapõe-se à idéia de liberdade individual, mas que, antes, a completa. É um direito fundamental que somente se realiza na medida em que o Estado possibilita a realização dos demais direitos fundamentais a todos os membros da sociedade. Isso é segurança.

O exercício do poder punitivo, com certeza, não possibilita a segurança, em seu verdadeiro sentido democrático, pois esta não pode ser alcançada simplesmente com a restrição da liberdade de alguns.

O discurso de proteção à segurança, seja ela “pública”, “cidadã” ou “urbana”, ocultando as deficiências do Estado para a garantia do direito fundamental à segurança, conforme assegurado pela Constituição Federal de 1988, constitui o argumento ideológico para conferir legitimidade a uma atitude de “neutralização”, como suficiente a assegurar o direito fundamental à segurança.

A ideologia da segurança “pública”, “cidadã” ou “urbana” nada mais é, assim, que o retorno ao discurso da prevenção especial negativa,⁹ decorrente do fracasso da ressocialização.

O discurso de proteção de bens jurídicos, sendo expressão da ideologia da defesa social, constitui a brecha por onde têm penetrado as tendências autoritárias, com graves consequências para o aperfeiçoamento do Estado democrático de direito inaugurado, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988.

3.3 A PENA COMO RETRIBUIÇÃO

A idéia de pena como retribuição por um mal causado remonta às próprias origens do direito penal e se funda na concepção de que é justo pagar o mal com o mal. Segundo Ferrajoli (2002, p. 205), tal concepção gira em torno de três idéias fundamentais de caráter religioso, quais sejam “a vingança” (*ex parte agentis*), “a expiação” (*ex parte patientis*) e “o reequilíbrio” entre pena e delito, as quais sempre exerceram grande fascínio no pensamento

⁹ Os discursos legitimantes, inclusive o da prevenção especial negativa, serão analisados adiante.

político reacionário, não tendo sido totalmente abandonadas pela cultura penalística.

A idéia de pena como retribuição marcou o direito penal absolutista, fundado, em boa parte, em motivações de cunho religioso. O crime, relata Foucault (2002, p. 41), além da vítima imediata, atacava fisicamente o soberano, pois a força da lei era a força do príncipe. A intervenção penal, assim, era a resposta do soberano àquele que o ofendeu.

As penas, caracterizadas pelo suplício do corpo, em ritual público, contrastando com a idéia de "reequilíbrio", como acentua Foucault (2002, p. 42), constituíam o espetáculo do desequilíbrio e do excesso e cumpriam, assim, uma função jurídico-política: a reconstituição da soberania lesada pelo crime.

Mas essa função não se desvinculava do aspecto econômico. As penas corporais que caracterizaram esse período tinham uma íntima relação com o sistema de produção vigente, em que o corpo humano, não tinha a utilidade e o valor de mercado que lhe foram conferidos na sociedade industrial.

A Revolução Industrial ocorrida no século XVIII, marcando a passagem da forma de produção feudal para a forma de produção industrial, acarretou uma profunda transformação social, econômica e cultural que se refletiu, de forma bastante acentuada, no direito penal.

O sistema de produção manufatureira, que substituiu o sistema de produção agrícola, até então dominante, deu azo a uma concentração populacional nas cidades, sem a correspondente absorção da força de trabalho pelo novo sistema de produção, ainda incipiente.

Essa concentração de pessoas nas cidades, sem capacitação para a nova atividade desenvolvida, ao lado do novo ideal de acumulação de capital, gerou exploração, miséria e criminalidade, a exigir uma forma de controle social de contenção dessas massas carentes.

Mas a segurança das relações comerciais não se compatibilizava com um controle penal ilimitado como o exercido no Antigo Regime. Foi da necessidade de limitar o poder da nobreza e, ao

mesmo tempo, de se subtraírem os capitalistas ao controle social por ela exercido, que emergiu um direito penal fundado na idéia do contrato e de direitos humanos universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis. Pontua Freitas (2001, p. 64) que, “ao elaborarem a sua teoria do direito natural, os iluministas propiciaram a justificação de natureza jurídico-política para a reação empreendida pela burguesia contra o poder absoluto”.

A ideologia contratualista¹⁰ possibilitou, assim, o exercício do controle social penal sobre as bases do capitalismo.

Foi nesse momento histórico que a pena privativa de liberdade, até então utilizada com caráter meramente acautelatório, substituindo as penas corporais, transmudou-se na sanção penal por excelência e se desenvolveu vinculada ao significado que a liberdade e a força de trabalho representavam para o novo sistema de produção.

Sob o influxo das idéias liberais, a concepção de pena como retribuição foi reconstruída, ainda no século XVIII, em bases laicas, pelo pensamento de Kant e, no século XIX, pelo pensamento de Hegel.

Aplicando ao direito penal a sua formulação do imperativo categórico,¹¹ substanciada na proibição de mediatização do ho-

¹⁰ Fala-se aqui em ideologia contratualista porque “a realização de relações econômicas, sociais e políticas baseadas na idéia de contrato leva à universalização abstrata das idéias de igualdade e de liberdade”, desvinculadas da realidade social, pois “a definição da liberdade como igual direito à escolha é a idéia burguesa da liberdade e não a realidade histórico-social da liberdade”. Isso, como já visto, é o que Chauí denomina ideologia (CHAUÍ, 2003, p. 89 e 82).

¹¹ Segundo Kant (2002, p. 45), “os imperativos não são mais do que fórmulas para exprimir a relação entre as leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva da vontade desse ou daquele ser racional – da vontade humana, por exemplo”. Acrescenta, ainda, que “todos os imperativos ordenam, seja hipotética, seja categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de conseguir qualquer outra coisa que se queira (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria o que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim”.

mem, Kant concebe que a pena nunca pode ser um meio, pois, se assim for, mediatiza o homem:

A punição imposta por um tribunal (*poena forensis*) – distinta da punição natural (*poena naturalis*) na qual o vício pune a si mesmo e que o legislador não considera – jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil (KANT, 2003, p. 174-175).

Observa Ferrajoli (2002, p. 205) que a pena, em Kant, “é uma retribuição ética que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que conseqüentemente lhe é imposto”.

Sendo um fim em si mesma, a pena não tem outra medida senão o mal infligido à vítima. Segundo Kant,

[...] somente a lei de talião (*ius talionis*) – entendida, é claro, como aplicada por um tribunal (não por teu julgamento particular) – é capaz de especificar definitivamente a qualidade e a quantidade de punição; todos os demais princípios são flutuantes e inadequados a uma sentença de pura e estrita justiça, pois neles estão combinadas considerações estranhas (KANT, 2003, p. 175).

É a partir da idéia jusnaturalista de que a pena deve igualar-se ao delito e consistir num mal da mesma natureza e intensidade que se desenvolve a primeira limitação ao descomedimento punitivo. Essa reformulação da concepção retribucionista da pena atendeu aos reclamos da ideologia liberal, especialmente da necessidade, para os capitalistas, de limitação do poder estatal.

Na concepção hegeliana, o crime é uma violência exercida pelo ser livre contra a existência da liberdade e constitui a violação do direito. Essa violação do direito, ou seja, o crime, contém em si uma negação, a negação do direito. A supressão do crime é

alcançada pela pena, a qual consiste em uma violência contra outra violência (HEGEL, 1997, p. 102-106).

Observa Ferrajoli (2002, p. 205) que, para Hegel, “a pena é uma retribuição jurídica, justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que restabeleça o ordenamento legal violado”.

Roxin (1986, p. 16) não se afasta dessa interpretação ao afirmar que a fórmula dialética de Hegel sobre “a essência da pena como negação da negação do direito” significa, assim, a aniquilação, a negação do crime pelo sofrimento da pena que, desse modo, restabelece o direito lesado.

Para Hegel, tendo o crime uma existência qualitativa e quantitativa determinada, também sua negação, ou seja, a pena, deveria ser determinada. Embora para Hegel o Estado não tenha natureza contratual,¹² a pena já se encontra implicada na vontade do criminoso, no seu ato, e é a natureza do ato criminoso que determina o conceito e a extensão da pena (HEGEL, 1997, p. 105-106).

O discurso da pena como retribuição ressurgiu na atualidade em razão do fracasso da prevenção especial positiva e dos apelos emocionais e demagógicos decorrentes do aumento da conflituosidade social.

Sustenta-se que a pena, por não ressocializar, não tem outra função senão a retribuição.

Zaffaroni *et al* contestam essa afirmação:

Não se pode compreender uma função retributiva fora do marco de uma reparação, porque a retribuição não é um fim em si mesma – nem sequer para Kant –, mas sim um meio que encontra sentido quando associado a uma finalidade diferente, tal como a reparação ou a vingança.

¹² É importante observar que, para Hegel, “a natureza do Estado não consiste em relações de contrato, quer de um contrato de todos com todos, quer de todos com o príncipe ou o governo. A inserção destas relações contratuais teve por resultado as mais graves confusões no direito público e na realidade” (HEGEL, 1997, p. 93). Para Hegel (1997, p. 105), o Estado é uma “realidade superior” cuja existência reivindica o sacrifício individual.

Nenhuma dessas finalidades, porém, corresponde a um ente distinto do próprio ofendido, como acontece com a pena (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 142).

De fato, com o confisco do conflito pelo Estado, não se explica como uma pessoa sofra um mal e o Estado imponha a retribuição. Ao fim de reparação, a pena é irracional por não reparar o mal causado com o delito. Como ato de mera vingança, a irracionalidade fica mais evidente, pois não se concebe, no Estado Democrático de Direito, a legitimidade da atuação estatal quando não voltada à coexistência digna dos cidadãos e à emancipação social.

Ademais, a ideologia contratualista, fulcrada nos princípios da igualdade e liberdade,¹³ geralmente invocada para emprestar legitimidade à retribuição estatal, não consegue proporcionar essa legitimação em razão da seletividade estrutural do sistema penal, que não permite a aplicação da pena a todos os infratores do direito. Principalmente no Brasil, isso não se revela possível, ainda, porque as desigualdades sociais, ao retirarem dos indivíduos a possibilidade de ocupação dos mesmos espaços sociais, subtraem-lhes a possibilidade de decisão, em igualdade de condições.

3.4 O UTILITARISMO PENAL – A PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA

As idéias liberais trouxeram consigo uma mudança estrutural no direito penal. As penas, até então corporais e caracterizadas pelo suplício do corpo, foram substituídas pelas penas privativas de liberdade, caracterizando-se pelo suplício da alma (FOUCAULT, 2002). Como bem acentuam Zaffaroni e Pierangeli (1997,

¹³ Segundo Zaffaroni (2001, p. 81), no retribucionismo, “o princípio da igualdade significa que, quando alguém vive em sociedade sem violar o direito, encontra-se em uma situação diferente daquele que o faz violando o direito, depreendendo-se, portanto, a necessidade de retribuir ao violador do direito o mal que causou. O ‘princípio da liberdade’, por seu lado, pressupõe que o violador do direito já calcula a pena de modo que, na opção pela violação do direito, já se encontra a opção pelo castigo”.

p. 277), essa mudança de concepção não decorreu de uma generosa humanização do sistema penal, mas antes do processo de modificação da estrutura econômica, política e social.

Se a ideologia contratualista ofereceu justificativa para a limitação do poder da nobreza, indispensável ao desenvolvimento do processo de acumulação do capital, não se revelou suficiente à contenção do perigo que as massas despossuídas significavam para esse processo. A pena privativa de liberdade, como reparação pela violação do contrato, não representava uma privação relevante para quem era desprovido da capacidade laboral exigida pelo novo sistema. O contratualismo retributivo, embora não abandonado, foi cedendo lugar, assim, a uma nova concepção: a concepção utilitarista da pena.

Foi nesse contexto político-econômico, portanto, que se desenvolveu a idéia utilitarista da pena, a qual representou uma das idéias centrais do Iluminismo.

A formulação iluminista do utilitarismo penal teve em Beccaria um de seus maiores expoentes. O conceito de utilidade em Beccaria tem um sentido preciso. Útil não é tudo o que se mostra necessário a um determinado fim, pois, nesse sentido, a concepção retribucionista da pena, desenvolvida na fase pré-liberal, também teria uma dimensão utilitarista. Útil é, para Beccaria, somente aquilo que proporciona a máxima felicidade para o maior número (BEC-CARIA, 2000, p. 40).

Essa idéia de utilidade, segundo Freitas (2001, p. 76), conferiu ao conceito “uma dimensão adequada às perspectivas jurídicas liberais-burguesas da época” (FREITAS, 2001, p. 76).

Acrescenta, ainda, Baratta (2002, p. 33) que a idéia de utilidade comum, em Beccaria, emerge da necessidade de manter unidos os interesses particulares, ou seja, o contrato social, superando a colisão entre aqueles, que caracteriza o hipotético estado de natureza.

É a partir dessa idéia de utilidade, como “a máxima felicidade compartilhada pela maioria”, que Beccaria desenvolveu o seu utilitarismo penal, conferindo à pena, primordialmente, uma finalidade de prevenção, pela intimidação dissuasória, alcançada por meio do exemplo da condenação:

O fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido. É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixão, é o moderador tranqüilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo.

É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e menos penosa ao corpo do réu (BECCARIA, 2000, p. 62).

Embora em Beccaria a prevenção seja, sobretudo, direcionada aos demais associados, como contramotivação à prática delituosa, por meio do exemplo da condenação, é dizer, uma prevenção geral negativa, verifica-se em sua obra o gérmen da idéia de prevenção especial que se desenvolveu, mais acentuadamente, com a Escola Positiva, no século XIX.

O utilitarismo de Beccaria, refletindo-se no processo penal, fundou um modelo que se mostrou afinado com os fins utilitaristas assumidos pelo direito penal. Os princípios processuais tais como a igualdade processual, a vedação da tortura como meio de prova, a publicidade e a celeridade do processo instrumentalizaram o alcance dos fins utilitários propostos, compatíveis, como já acentuado, com as perspectivas liberais-burguesas da época.

O princípio da utilidade contido na célebre fórmula “a máxima felicidade para a maioria” constituiu a expressão de uma ideologia que nascia contemporaneamente com a revolução burguesa e, assumindo o predomínio ideológico dentro do setor penal, seguiu ao longo da história do direito penal, influenciando o pensamento penal ainda na atualidade (BARATTA, 2002, p. 41).

Foi Jeremy Bentham, filósofo inglês, quem, entretanto, segundo Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 278-280), melhores argumentos proporcionou ao desenvolvimento de um controle social institucionalizado das massas miseráveis que se reproduziam de forma

acelerada, proporcionalmente inversa ao processo de acumulação de capital.

Embora tenha sofrido grande influência do pensamento penal iluminista, Bentham desenvolveu suas idéias dentro do contexto político inglês, particularmente diverso dos demais países continentais. Conforme salienta Freitas (2001, p. 111), na Inglaterra, a burguesia já havia superado os principais desafios políticos com a submissão do poder monárquico e precisava conferir maior racionalidade ao sistema penal, para o atendimento de seus interesses.

Nesse contexto, não se fazia necessário recorrer à idéia de direitos naturais, universais, anteriores e superiores ao Estado, invocada para a limitação do poder da nobreza, pelos iluministas, pois a burguesia já havia, na Inglaterra, se consolidado no poder e o processo de acumulação de capital já se encontrava em um grau mais avançado do que nos demais países europeus (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 280).

De forma bastante pragmática, Bentham recolhe do pensamento penal iluminista a concepção de utilitarismo e a desenvolve no interior da tradição jurídica inglesa. Para Bentham, o critério de utilidade é o grau de felicidade do maior número, assim concebida a felicidade dos setores capitalistas de seu tempo. À idéia preventiva da pena assomou a idéia de disciplina, a qual, generalizada durante os séculos XVII e XVIII, em todos os setores sociais, formava aquilo que Foucault (2002, p. 173) denominou “sociedade disciplinar”.

Sob a influência dessas idéias, a pena privativa de liberdade assumia, assim, um caráter moralizante e era orientada pela ideologia do treinamento, à semelhança do trabalho industrial desenvolvido na época. Vigilância, controle permanente, indisponibilidade do tempo eram postulados da disciplina de fábrica. A necessidade de força de trabalho para as atividades industriais transformou o cárcere em local de treinamento dos desordeiros para as fábricas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 280).

A partir dessa ideologia da pena como treinamento, desenvolveram-se os regimes progressivos, os quais, ainda hoje, orientam a execução das penas privativas de liberdade no sistema penal brasileiro.

A mais importante objeção às teorias da prevenção geral negativa, notadamente àquelas que buscam a prevenção de delitos pelo exemplo da condenação, reside na objeção kantiana de que o homem, existindo como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade, não pode ser utilizado para o alcance de fins outros que não os seus (KANT, 2002, p. 58). Ao postularem à pena aplicada a determinadas pessoas o fim de impedir que outros se abstenham de praticar um delito, as teorias da prevenção geral negativa transformam o homem em um objeto à mercê do Estado, constituindo o exercício do poder uma violação à dignidade da pessoa humana.

Ademais, se é certo que a ameaça da pena não é capaz de, por si só, evitar a prática de delitos, certo é, também, que a prática do delito, evidenciando a insuficiência da pena cominada à finalidade proposta, ensejará sempre maior severidade nas cominações, não contendo a tendência do exercício do poder punitivo de forma ilimitada.

Por outro lado, considerando a realidade social brasileira, em que o aumento dos conflitos sociais está diretamente vinculado à maior dependência econômica do país, em relação aos países centrais, a lógica dissuasória atua de forma flagrantemente deslegitimante: quanto menor a atuação do Estado para a efetiva promoção de medidas necessárias ao alcance dos fins emancipatórios propostos pela Constituição Federal de 1988, maior a incidência dos conflitos e, em consequência, maior a violência do poder punitivo.

Outra objeção reside na seletividade estrutural do sistema penal: ao proporcionar a punição de apenas algumas violações, geralmente praticadas pelos menos hábeis, a criminalização não tem efeito dissuasório, mas, ao contrário, incentiva a maior elaboração delituosa (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 117).

3.5 A IDEOLOGIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL

A ideologia do contrato, que se encontrava na base da Revolução Industrial, foi invocada em oposição ao poder da nobreza, em um momento em que o processo de acumulação do capital, por incipiente, exigia a limitação daquele poder.

Com a consolidação, no poder, dos detentores do capital, não mais fazia sentido uma ideologia contratualista para a limitação do poder que, naquele momento, já pertencia à burguesia. Observam Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 283) que “se o paradigma do contrato já não servia como ideologia para o grupo hegemônico que devia justificar sua posição de poder e privilégio sobre uma maioria carente, era necessário mostrar sua hegemonia como algo ‘natural’”.

Por outro lado, era necessária uma forma de controle social que neutralizasse aqueles que não participavam do sistema de produção industrial e, assim, colocavam em risco a acumulação do capital por parte do grupo hegemônico.

A idéia da sociedade contratual foi cedendo lugar, assim, à idéia de sociedade organicista, com grandes reflexos na esfera penal.

Foi Hegel quem, embora em bases idealistas, relevantes contribuições ofereceu para o desenvolvimento da ideologia positivista que marcou o século XIX e início do século XX e que, na atualidade, ainda recolhe adeptos.

A pena, para Hegel, conforme já analisado anteriormente, constituía uma violência contra outra violência e, nesse sentido, era a negação do crime, o qual, por sua vez, era a negação do direito. Sendo a negação da negação uma afirmação, a pena seria a afirmação do direito. A negação do crime, ou seja, a pena, deveria ter a mesma extensão qualitativa e quantitativa daquele.

Por essa razão, afirmam Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 285) que a pena, para Hegel, tinha um caráter retributivo talional. Entretanto, observam referidos autores que a pena retributiva era a pena a ser imposta aos “homens livres”, assim entendidos aqueles que ultrapassaram o estágio “subjetivo”, ou seja, aquele em que o homem alcança a consciência de si mesmo e se relaciona com outros homens. Aqueles que não ultrapassaram tal estágio subjetivo não atuam com relevância jurídica, sendo adequada a eles a aplicação de “medidas” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 285-286).

Essa concepção possibilitou, além de uma justificação do poder do grupo hegemônico, o argumento necessário para a neutralização daqueles que recalcitravam em participar do perverso sistema de acumulação de capital.

Tal foi a importância de Hegel para o pensamento penal que, quase dois séculos depois, ainda se vê a sua influência nos sistemas penais contemporâneos: o sistema vicariante, adotado pelo Código Penal Brasileiro, é um claro exemplo disso.

O organicismo idealista de Hegel apresentou-se útil e necessário à explicação da hegemonia dos detentores do capital sobre a nobreza, pela pertinência àqueles das “idéias superiores” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 296). À medida que os detentores do capital foram se consolidando no poder, essa explicação idealista foi substituída por uma explicação biológica: a superioridade do grupo hegemônico não decorria mais da superioridade das idéias, mas de uma superioridade biológica.

Essa concepção organicista da sociedade desenvolveu-se concomitantemente ao avanço, no campo científico, das técnicas de domínio da natureza, e era mais do que propícia à explicação da também “natural” posição, no poder, do grupo hegemônico.

A expansão capitalista e o aumento das desigualdades sociais intensificavam, a cada dia, a conflituosidade social e, em consequência, a “delinqüência”.

Cumprida a sua missão histórica, a “Escola Clássica”¹⁴ entrou em declínio, pois não se revelava capaz de explicar a criminalidade crescente e apontar a forma de combatê-la, o que contrastava com sua própria ideologia de defesa social.

Foi nesse contexto político, econômico e social que se desenvolveu o estudo do crime como fenômeno natural e social, é dizer, como expressão anti-social de uma personalidade delinqüente.

Cesare Lombroso propiciou relevantes argumentos à ideologia penal positivista que se desenvolveu na segunda metade do século

¹⁴ Contestam Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 300) a existência de uma “Escola Clássica”, fundada por Beccaria, com a afirmação de que tal expressão foi uma invenção de Enrico Ferri para englobar todos os penalistas não positivistas. Aduzem os autores não poder ser chamada “escola” ou, sequer, corrente de pensamento algo integrado por pensamento revolucionário de cunho francês, idealista alemão, aristotélico-tomista, iluminista, kantiano etc. [...]. Entretanto, a expressão foi aqui utilizada para designar a corrente de pensamento inaugurada por Beccaria, no século XVIII, em razão do seu difundido uso.

XIX e no século XX, a qual refletiu “as vocações autoritárias do novo e então consolidado Estado liberal e aquelas totalitárias dos regimes que emergirão da crise deste” (FERRAJOLI, 2002, p. 213).

A partir de estudos realizados em prisioneiros dos cárceres e dos manicômios, Lombroso (1983), seguindo a linha dos estudos antropológicos desenvolvidos na época, relacionou as causas da delinquência ao retardamento do desenvolvimento embrionário, quando, segundo se sustentava, o homem passava por todas as etapas de evolução da espécie. A antropologia lombrosiana direcionou-se a identificar, nos delinquentes, caracteres animais, como, por exemplo, orelhas em asa, testa inclinada, baixa sensibilidade à dor etc.

Acentuando o enfoque sociológico do delito, Enrico Ferri, que grandes contribuições ofereceu à ideologia penal positivista, identificou as causas da criminalidade na sociedade e propôs a sua eliminação ou atenuação por meio de providências que refugiam à alçada do Código Penal, as quais denominou “substitutivos penais” (FERRI, 2003, p. 53).

Ferri (2003, p. 54) sustentava, ainda, que o crime era, sobretudo, “o sintoma revelador de uma personalidade mais ou menos perigosa, para a qual se deve dirigir uma adequada defesa social” e que o Estado, quando proíbe e pune condutas perigosas, realiza uma obra de educação social e moral do delinquente, tão-somente para “organizar a defesa social repressiva contra a delinquência”.

Para o alcance desse objetivo, sustentava, também, que

[...] a pena, como *ultima ratio* de defesa social repressiva, não se deve proporcionar, e em medida fixa, somente à gravidade objetiva e jurídica do crime, mas deve adaptar-se também e sobretudo à personalidade, mais ou menos perigosa, do delinquente, com o seqüestro por tempo indeterminado, quer dizer, enquanto o condenado não estiver readaptado à vida livre e honesta, da mesma maneira que o doente entra no hospital não por um lapso prefixo de tempo, o que seria absurdo, mas durante o tempo necessário a readaptar-se à vida ordinária (FERRI, 2003, p. 55).

Sobre essas bases, desenvolveu-se “o projeto de uma sociedade orgânica e integrada, submetida mais ao controle científico do que àquele moralista do Estado e feita objeto deste, em seus elementos

desviantes, por meio de práticas medicinais de tipo terapêutico e cirúrgico” (FERRAJOLI, 2002, p. 216).

Essas idéias possibilitaram a classificação dos “delinquentes” em tipos e o desenvolvimento de uma concepção da pena como tratamento adequado ao tipo de “delinquentes” e ao objetivo de defesa social, a ser alcançado pela ressocialização, quando se tratasse de “delinquentes adaptáveis”, neutralização, para os “inadaptáveis”, e intimidação, para os “ocasionais”.

Foi dentro de uma orientação orgânica, teleológica e correíonista da pena que Franz von Liszt desenvolveu, na segunda metade do século XIX, a idéia de individualização da pena (apud FERRAJOLI, 2002, p. 216). Nessa perspectiva, a pena, direcionada a fins corretivos, tinha a medida necessária à transformação ou neutralização do condenado, em cada caso concreto, sendo incompatível com a idéia de determinação.

Roxin (1986, p. 71) verbera que, para Liszt, “a medida da pena devia fixar-se recorrendo somente a considerações de natureza preventiva e nenhum tipo de considerações sobre a culpa podia influir no limite superior ou no limite inferior”.

A doutrina da finalidade de Franz von Liszt exerceu grande influência na cultura penalista do final do século XIX e início do século XX e, embora marcada por um certo ecletismo, uma vez que formalmente observadora das garantias clássicas da tradição iluminista a que o próprio Liszt afirmava pertencer (apud ROXIN, 1986, p. 77), preparou terreno na Europa “para aquele processo de dissolução irracional e subjetivista do direito penal e da razão jurídica que celebrou a sua opulência nos regimes totalitários ocorridos entre as duas guerras” (FERRAJOLI, 2002, p. 219).

A idéia do delito como patologia e da pena como tratamento, que está na base das doutrinas desenvolvidas na segunda metade do século XIX e início do século XX, ainda hoje integrantes da cultura penalista, contradiz o elementar valor da civilização e fundamento do Estado democrático de direito em que se constitui a República Federativa do Brasil – a dignidade da pessoa humana – e, se levada às últimas conseqüências, abre espaço para doutrinas desumanas de eliminação eugênica (FERRAJOLI, 2002, p. 217).

Os objetivos de transformação da personalidade do ser humano “inadaptado” aos valores dominantes, os quais, nas sociedades

contemporâneas, estão condicionados pelo sistema capitalista, ou sua neutralização, por não comungar desses valores dominantes, constituem violação ao princípio da liberdade e autonomia do ser humano e se mostram incompatíveis com o Estado democrático de direito que

[...] traduz-se no igual respeito das diversidades e na tolerância de qualquer subjetividade humana, até mesmo da mais perversa e inimiga, ainda mais se reclusa ou sujeita ao poder punitivo. Na medida em que seja realizável, a finalidade da correição coativa da pessoa constitui, portanto, uma finalidade moralmente inaceitável como justificação externa da pena, além de violar o primeiro direito de todo e qualquer homem, que é a liberdade de ser ele próprio e de permanecer como é (FERRAJOLI, 2002, p. 220).

Em um sistema penal fundado no fim correicionalista da pena, o processo penal constitui instrumento para o alcance dessa finalidade e se traduz no meio utilizado pelo Estado para, “tutelando” a pessoa, sanar a sua inferioridade ou, diante da impossibilidade de transformação do indivíduo, neutralizá-lo.

A influência dessa concepção da pena direcionada a fins corretivos é verificada, ainda, em boa parte das legislações penais do século XX, a exemplo do Código Penal brasileiro de 1940, com as alterações introduzidas em 1984, da Lei de Execuções Penais e de outras leis esparsas. Os critérios de individualização da pena, previstos no artigo 59 do Código Penal, o sistema vicariante, o sistema progressivo e os institutos premiais, previstos na Lei de Execuções Penais e, ainda, o regime disciplinar diferenciado regulamentado, recentemente, pela Lei 10.792/2003, são expressivos exemplos dessa influência na cultura penalista brasileira.

3.6 A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

Nas últimas décadas, já sob o influxo de teorias sociológicas do sistema,¹⁵ bem como diante dos novos problemas da

¹⁵ Segundo Zaffaroni (2001, p. 85), “o núcleo do pensamento sistêmico em ‘ciências sociais’ consiste num deslocamento do centro de atenção que, do homem, passa para o ‘sistema’”.

sociedade, gerados pela “revolução tecnológica”, desenvolveram-se novas teorias para a justificação da intervenção penal.

É interessante ressaltar que o declínio do discurso ressocializador decorreu não só do fracasso das prisões, mas, também, do novo contexto político-econômico, em que o avanço da tecnologia, reduzindo a importância da força do trabalho, deixou de exigir uma justificação para a pena útil ao disciplinamento dessa mão-de-obra.

A pena, então, passa a encontrar a sua justificação na prevenção geral de delitos, que deixa de ser buscada não apenas pela intimidação ao grupo social, mas pelo reforço da sua consciência jurídico-moral, por meio da desaprovação social do comportamento (CAMARGO, 2002, p. 51).

Para as doutrinas da prevenção geral positiva, a pena tem a função “de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado”, conscientizando os integrantes da sociedade a observarem as leis (FERRAJOLI, 2002, p. 221).

A pena constitui, assim, parte de um processo comunicativo, em que a perturbação da vigência da norma, produzida pelo aspecto comunicativo do fato delituoso, é superada pela pena que, pela comunicação, restabelece a vigência da norma violada e a confiança no sistema.

Observam Zaffaroni *et al* (2003, v. 1, p. 122) que “a prevenção geral positiva constitui uma versão renovada da primária aplicação da psicanálise¹⁶ à explicação da justiça penal, levada a cabo nos anos vinte: derivaria o consenso da satisfação pelo castigo por parte de quem conteve suas pulsões”.

¹⁶ As teorias psicanalíticas da criminalidade, desenvolvidas nos anos 20 e 30, segundo Baratta (2002, p. 50), “têm suas raízes na doutrina freudiana da neurose e na aplicação dela que o próprio Freud fez para explicar certas formas de comportamento delituoso”. Esclarece o autor que a teoria psicanalítica da finalidade da pena, desenvolvida por Franz Alexander e Hugo Staub, “põe em relevo o mecanismo sociopsicológico através do qual a pena infligida a quem delinque vem contrabalançar a pressão dos impulsos reprimidos, que o exemplo de sua liberação no delinqüente torna mais fortes” (BARATTA, 2002, p. 52).

Essas teorias não resistem à objeção kantiana, pois, ao atribuírem à pena a finalidade de prevenir delitos futuros pelo efeito dissuasório que a confiança no sistema proporciona, utiliza o homem para fins outros que não os seus.

Assevera Ferrajoli que a teoria da prevenção geral positiva,

[...] ao reduzir o indivíduo à condição de ‘subsistema físico-psíquico’, funcionalmente subordinado às exigências do sistema social geral, é inevitavelmente solidária com modelos de direito penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferentes à tutela dos direitos da pessoa (FERRAJOLI, 2002, p. 222).

É importante, ainda, observar que

A medida da pena para esse direito penal seria aquela adequada para ‘renormatizar’ o sistema, criando consenso, embora o grau de desequilíbrio nele considerado não dependa da conduta do apenado, nem de seu respectivo conteúdo injusto e culpável, mas sim da credulidade dos outros (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 123).

Ademais, essas teorias desconsideram toda a realidade seletiva do sistema penal, notadamente que a criminalização secundária incide, geralmente, sobre o mais inábil. O processo comunicativo em que se insere a pena presta-se, assim, não ao fortalecimento da vigência da norma, conducente à dissuasão, mas à confiança de que o sistema continuará operando de forma seletiva, preservando, assim, a invulnerabilidade dos mais hábeis. Cai por terra, portanto, o êxito do objetivo de prevenção geral.

3.7 A CONTRIBUIÇÃO DE LUIGI FERRAJOLI

Luigi Ferrajoli é um dos mais expressivos expoentes de uma corrente de pensamento denominada “minimalismo penal”. Segundo essa corrente de pensamento, “a intervenção penal caberia somente em conflitos muito graves, que comprometessem interesses gerais, e naqueles em que, sem tal intervenção, surgiria o risco de uma vingança privada ilimitada” (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 128).

A justificação do exercício do poder punitivo, para os minimalistas, está na redução da violência.

Sem renunciar à função utilitarista da pena, considerada pressuposto necessário de toda doutrina penal sobre os limites do poder punitivo do Estado, Ferrajoli propõe um utilitarismo penal reformado, tendo como parâmetro não somente o padrão beccariano da “máxima felicidade compartilhada pela maioria” (BECCARIA, 2000, p. 39), mas também um segundo parâmetro, igualmente utilitário, consistente no “mínimo mal-estar necessário dos desviantes” (FERRAJOLI, 2002, p. 267-268). Esse segundo parâmetro, entretanto, para cumprir o papel de objetivo justificante do direito penal, não pode se referir ao objetivo da prevenção dos delitos, mas a um outro objetivo, qual seja a prevenção de punições arbitrárias, em razão da reação social informal.

A pena, para Ferrajoli (2002, p. 269), deve ter como finalidade uma dupla função preventiva, consubstanciada na prevenção geral de delitos e na prevenção geral de penas arbitrárias e desmedidas. A primeira função indica o limite mínimo das penas, abaixo do qual o objetivo preventivo não seria alcançado, e a segunda, seu limite máximo, indispensável à tutela dos direitos fundamentais do acusado.

Impõe-se observar que o modelo de justificação da pena proposto por Ferrajoli não renuncia à finalidade de prevenção dos delitos, embora considere que a finalidade de prevenção de punições arbitrárias seja “necessária e suficiente para fundar um modelo de direito penal mínimo e garantista” (FERRAJOLI, 2002, p. 270). Apesar de reconhecer a duvidosa idoneidade da intervenção penal para a satisfação do objetivo de prevenção dos delitos, tendo em vista as razões sociais, psicológicas e culturais dos delitos, salienta que o objetivo de prevenção geral não se revela menos essencial, sendo, ao contrário, “[...] a razão de ser primeira, senão diretamente das penas, das proibições penais, as quais são dirigidas para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra agressões de outros associados” (FERRAJOLI, 2002, p. 269).

Com base nessa “justificação ético-política do poder punitivo”, Ferrajoli desenvolve um “esquema ‘epistemológico’ de identificação do desvio penal, orientado a assegurar [...] o máximo grau de

racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”, composto dos seguintes elementos: o convencionalismo penal e o cognitivismo processual (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

O convencionalismo penal, segundo Ferrajoli (2002, p. 30), impõe “o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas”. Significa dizer que somente o fato objetivamente comprovável, expressamente previsto em lei, pode ser admitido como pressuposto para a aplicação da pena.

Ao lado do convencionalismo penal, situa-se o segundo elemento da epistemologia garantista, o cognitivismo processual, o qual exige “a ‘verificabilidade’ ou ‘refutabilidade das hipóteses acusatórias’, em virtude de seu caráter assertivo, e sua ‘comprovação empírica’, por meio de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação” (FERRAJOLI, 2002, p. 32).

O atendimento das condições impostas pelos dois elementos da epistemologia garantista descritos, ao possibilitar o conhecimento dos fatos puníveis, empiricamente comprováveis, mediante procedimentos que permitem a verificação e a refutação, reduzem a esfera de valorações discricionárias do poder de criminalização primária e secundária e, em consequência, o arbítrio. Conforme afirma Ferrajoli, desses dois elementos

[...] deriva um modelo teórico e normativo do processo penal como processo de cognição ou de comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui valorações e admite só, ou predominantemente, afirmações ou negações – de fato ou de direito – das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual [...] (FERRAJOLI, 2002, p. 32).

É importante observar que Ferrajoli busca a legitimação do poder punitivo na sua finalidade redutora da violência. Entretanto, a história demonstra que essa finalidade jamais foi alcançada, ao contrário, foi o poder punitivo, desde o confisco do conflito, um poder exercido com alto grau de seletividade e violência.

É inegável que, em alguns casos, pela ausência de solução para o conflito, o exercício do poder punitivo possa cumprir a função de evitar a violência privada, salvaguardando os direitos fundamentais do infrator, da mesma forma que, também, é inegável que, em casos esparsos, durante toda a história, a pena efetivamente cumpriu uma função preventiva geral ou especial. Entretanto, o fato de a pena cumprir a função declarada em um ou outro caso não autoriza dizer que possa cumpri-la em todos os casos e disso extrair a sua justificação.

Não obstante, é irrecusável a importância da teoria garantista de Ferrajoli para um discurso de contenção do poder punitivo, pois

[...] ‘garantismo’ designa um modelo normativo de direitos: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’, SG¹⁷ próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos [...] (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

¹⁷ Os dez axiomas do sistema garantista SG de Ferrajoli são os seguintes:

A1 – *nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito); A2 – *nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade em sentido lato e estrito); A3 – *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia do direito penal); A4 – *nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento); A5 – *nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação); A6 – *nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); A7 – *nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdicionariedade, em sentido lato e estrito); A8 – *nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação); A9 – *nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova ou da verificação); A10 – *nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade) (FERRAJOLI, 2002, p. 74-75).

O DIREITO PENAL COMO DISCURSO JURÍDICO FUNDADO NA DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

SUMÁRIO: 4.1 A teoria agnóstica e negativa da pena de Eugenio Raúl Zaffaroni.

Inicialmente, é importante ressaltar que o direito penal,¹ como discurso jurídico, é um saber. Alguns se referem a ele como ciência. Sem adentrar a questão do caráter científico do direito penal, faz-se necessário ressaltar que o uso da expressão direito penal, pela multiplicidade de significações, não raro, gera algumas confusões.

Geralmente a expressão é utilizada para designar a lei penal, ato das agências políticas. Essa utilização do termo confunde o direito penal, como discurso jurídico-penal, com a legislação penal, que é, em síntese, uma forma de manifestação de poder pelas agências políticas.

O direito penal como discurso jurídico é um saber. E como todo saber, não está imune às influências do poder. Ao contrário, sendo um saber que tem em seu horizonte de projeção o exercício do poder punitivo, mais sujeito está às influências do poder.

¹ Quando se fala, ao longo da pesquisa, em direito penal está-se referindo a um discurso jurídico-penal sistematizado, orientador das decisões judiciais, possibilitador, no campo penal, da realização dos direitos fundamentais nos limites máximos de suas possibilidades, como condição essencial para a legitimidade da atuação das agências judiciais, em especial do Poder Judiciário.

Entretanto, o direito penal, embora seja um saber, é uma forma de manifestação de poder: do poder exercido pelas agências judiciais. É por meio do direito penal que as agências judiciais exercem sua parcela de poder no sistema penal.

Conforme se viu nos itens anteriores, as agências judiciais, durante a história, reproduziram os discursos elaborados pelas agências políticas e de reprodução ideológica para a justificação do poder punitivo, ampliando os espaços de poder das demais agências de criminalização, com a redução do seu próprio espaço. Zaffaroni *et al* assim explicam esse fenômeno:

O paradoxo que implica construir um discurso legitimador de um enorme poder alheio e redutor do próprio é explicável porque os segmentos jurídicos privilegiaram o exercício de seu poder através do discurso em detrimento do exercício direto do mesmo. [...] Assim sendo, o direito penal preferiu exercer o poder com o próprio discurso, em lugar de exercê-lo através de decisões adequadas à realidade por parte das agências jurídicas, sacrificando sua orientação racional em favor da conservação do poder discursivo. Isso foi aprofundando a fenda que separa o direito penal das ciências sociais e do discurso *jus* humanista e constitucional (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 72-73).

Esses discursos legitimantes são, ainda hoje, invocados para a legitimação do poder punitivo, em total contradição com o Estado democrático de direito, adotado, ao menos em tese, pela Constituição Federal de 1988.

O poder punitivo, por constituir a forma mais violenta de exercício do poder, verticalizante das relações sociais, não encontra justificação racional no Estado democrático de direito, uma vez que

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação do Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores,

agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como a igualdade, justiça social e as garantias dos direitos humanos fundamentais (STRECK, 2004, p. 147-148).

A atuação das agências judiciais, em especial do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Pública, no Estado democrático de direito, somente se fará legítima se tiver como objetivo e limites a realização da democracia material, a ser alcançada pela promoção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, um discurso jurídico-penal legítimo no Estado Democrático de Direito, como forma de exercício do poder pelas agências judiciais, não pode buscar a legitimação do poder punitivo. Deve ser um discurso de contenção desse poder. Somente com esse conteúdo, qual seja limitador do poder punitivo, o discurso jurídico-penal pode se apresentar compatível com aquele modelo de Estado.

O direito penal constitui, assim, o instrumento, por excelência, para a contenção do poder punitivo pelas agências judiciais, e pode ser definido, invocando-se a lição de Zaffaroni *et al* (2003, v. 1, p. 40), como “o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito”.

É bem verdade que as agências judiciais não são assépticas ao exercício do poder por outras agências e exercem seu poder em interação com as demais formas de poder sociais, principalmente com o poder exercido pelas agências políticas. E mais sujeitas estarão a essa influência quanto mais restritas forem as suas garantias institucionais e maior for o seu poder de disposição,²

² A expressão é utilizada por Ferrajoli (2002, p. 133-134) para se referir ao poder judicial exercido na presença dos espaços de insegurança redutíveis, mediante decisões necessariamente referidas a valores distintos da verdade. Ainda segundo o citado autor, o poder judicial de disposição é “gerado pela carência estrutural de garantias normativas e pelo conseqüente predomínio de modelos de direito penal autoritários e substancialistas” (FERRAJOLI, 2002, p. 136).

conferido pelas próprias agências políticas, pela inobservância, na elaboração das leis, das garantias penais decorrentes do princípio da legalidade.

O exercício, por parte das agências judiciais, em especial, pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público, desse poder de criminalização seletiva ilegitimamente conferido pelas agências políticas, pela violação, na elaboração das leis, ao princípio da legalidade, com a manutenção de espaços de insegurança redutíveis, bem como a recalcitrância por parte daquelas agências em não exercer, cada qual no âmbito de suas atribuições e competências, efetivamente, o controle de constitucionalidade das leis penais em sentido amplo (abrangidas as leis processuais), têm constituído grandes entraves à efetividade das garantias penais e processuais, limites máximos de tolerabilidade da irracionalidade que o exercício do poder punitivo encerra (ZAFFARONI, 2001, p. 234).

É certo que somente a realização das garantias penais e processuais penais não são suficientes ao alcance de uma efetiva democracia material, condicionada que está à democratização de outras relações existentes na sociedade, inclusive no âmbito internacional, mas constitui passo fundamental nesse processo.

Assumir um discurso jurídico-penal limitador, entretanto, não tem sido tarefa fácil para as agências judiciais, principalmente para o Poder Judiciário e para o Ministério Público, em razão da influência que sua atuação sofre dos meios de comunicação de massa.

A disseminação do sentimento de insegurança efetivada, principalmente, pelos meios de comunicação de massa, dentro daquilo que se denominou, ao longo do trabalho, exercício do poder em rede, faz com que qualquer discurso limitador adquira, em um contexto generalizado de “guerra contra a criminalidade”, uma conotação de “traição à sociedade” e “cumplicidade com a criminalidade”. Não é incomum ouvir-se o discurso da mídia, tantas vezes repetido pela sociedade: “a polícia prende e a justiça solta”.

Em resposta, aquelas agências judiciais aderem ao discurso “da lei e da ordem”, exercendo, mais acentuadamente, um poder de criminalização ilegítimo no Estado democrático de direito, de forma exemplarizante, abstendo-se de cumprir o seu poder de contenção constitucionalmente fundado.

Nesse contexto, a instrução processual penal passa a constituir o *locus* para o exercício do poder punitivo, de forma anômala, pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público.

Exercer, efetivamente, o poder de contenção significa fazer cumprir a decisão constituinte e fortalecer o Estado democrático de direito. Significa abrir caminhos para a emancipação social almejada, necessária para a superação dos desafios impostos pela globalização, pois, conforme observa Bonavides (2004, p. 182) “[...] Estado forte só existe com democracia, sendo pressuposto de nação livre, Estado fraco, ao contrário, é sentença de nação escrava [...]”.

4.1 A TEORIA AGNÓSTICA E NEGATIVA DA PENA DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Os estudos criminológicos sobre o funcionamento dos sistemas penais propiciaram uma verdadeira mudança de paradigma em criminologia, ao deslocar o seu foco das causas da criminalidade para as causas da criminalização.

Isso, sem dúvida, constituiu um grande avanço. Entretanto, o direito penal, ou seja, o discurso jurídico-penal, por longo tempo, manteve-se refratário a essa mudança e continuou sendo reproduzido pelas agências judiciais, com base em falsas generalizações, em total descompasso com a realidade operativa dos sistemas penais.

Baratta, em severa crítica a esse descompasso, afirma:

O encontro com a mais avançada criminologia e teoria social da criminalidade teria conduzido o pensamento penalista se não a uma superação, pelo menos a uma atitude crítica em face do conceito de defesa social. Mas esse encontro não se realizou ainda. Por isso, podemos dizer que um novo modelo de ciência penal integrada ainda não surgiu, depois da crise da Escola positiva e da *gesamte Strafrechtswissenschaft*, nem existe, ainda, em realidade, uma verdadeira interação entre expoentes da dogmática do delito e da teoria sociológica da criminalidade, ainda que

se assinalem, sempre, crescentemente, em quase todos os países europeus, esforços voltados a suscitar esta interação, a reconstruir um novo modelo de ciência penal integrada (BARATTA, 2002, p. 46).

Entretanto, esse quadro já está se modificando. Conforme se vem demonstrando ao longo desta pesquisa, a partir da operatividade concreta do sistema penal, Zaffaroni *et al* (2003, v. 1) propõem um discurso jurídico limitador, que tem como pressuposto a deslegitimação do poder punitivo: uma “teoria agnóstica e negativa da pena”.

Uma teoria agnóstica e negativa da pena, segundo Zaffaroni *et al* (2003, v. 1), tem como premissas a incapacidade de a pena cumprir qualquer função manifesta que lhe seja atribuída, bem como a incapacidade de o sistema penal solucionar os conflitos sociais que, ao contrário, são intensificados pelo exercício seletivo do poder punitivo.

Parte de um conceito negativo e agnóstico de pena obtido por exclusão:

[...] a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes [...]. A pena é um exercício de poder [...]. Trata-se de um conceito negativo de pena por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É agnóstico quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 99).

Para a teoria agnóstica e negativa da pena esta não tem nenhuma função manifesta. É mero fato de poder, caracterizado pela irracionalidade, em razão de sua violência e incapacidade de solucionar os conflitos sociais.

Ao não atribuir funções manifestas à pena, a teoria agnóstica e negativa da pena, diversamente dos discursos tradicionais, os quais oportunizaram a redução do poder das agências judiciais em favor da expansão do poder das demais agências, possibilita a expansão do poder de controle daquelas agências, em especial do Poder

Judiciário, sobre, inclusive, o poder punitivo exercido à margem da legalidade, nos sistemas penais paralelos e subterrâneos.

Por outro lado, o direito penal, ao abandonar o discurso tutelar de bens jurídicos, como manifestação da ideologia da defesa social, para o fim de legitimação do poder punitivo, e assumir o seu papel de instrumento de contenção desse poder pelas agências judiciais, em especial, pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público, confere maior legitimidade ao exercício do poder por essas agências, ao mesmo tempo que reduz a contradição que existia, e ainda existe, entre o poder por elas exercido no sistema penal e as funções que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal de 1988.

Essa contradição foi apenas o reflexo de uma contradição nascida com o Estado liberal e que permaneceu no discurso jurídico-penal ao longo da história: a tentativa de impor limites ao exercício do poder punitivo, a partir da sua legitimação, baseada na ideologia da defesa social.

Uma teoria agnóstica e negativa da pena está em total consonância com as opções do constituinte de 1988. A par da expressa opção por um Estado democrático de direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana, excludente, por incompatibilidade, de qualquer discurso legitimante da pena e do poder punitivo, o constituinte de 1988 não previu função alguma à pena que ainda justifique aquele discurso.

Conforme observa Carvalho (2005, p. 14),

A primeira alteração da concepção punitiva defensivista é a ausência de qualquer discurso legitimador da pena. Diferentemente da principiologia encontrada nas Constituições espanhola e italiana, p. ex., não há previsão na Carta da República de uma fundamentação (por quê?) da pena. Na Espanha, a Constituição pauta como função da pena a reeducação e a reinserção social, condicionando a limitação dos direitos fundamentais do condenado àquela finalidade [...]. No ordenamento constitucional brasileiro, porém, os princípios relativos à punição referem exclusivamente formas de sanção e limites punitivos, ou seja, o constituinte, abdicando da resposta ao 'por que punir?', direciona os esforços para delimitar o 'como punir?'. Reside neste ponto

a segunda relevante alteração em nosso cenário punitivo: a perspectiva absenteísta sobre discursos de justificação impõe critérios limitativos à interpretação, aplicação e execução das penas. [...] O delineamento das penas na Constituição em momento algum flerta com ‘fins, funções ou justificativas’, indicando apenas ‘meios’ para minimizar o sofrimento imposto pelo Estado ao condenado [...] (CARVALHO, 2005, p. 14).

O discurso tutelar de bens jurídicos das vítimas atuais e potenciais é substituído, assim, por um discurso tutelar da segurança jurídica:

O direito penal, como programação limitadora e redutora do poder punitivo exercido por agências não jurídicas, cumpre uma fundamental função de segurança jurídica: esta é sempre segurança dos bens jurídicos individuais e coletivos de todos os habitantes (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 110).

A segurança jurídica, no Estado democrático de direito, não significa, simplesmente, previsibilidade das decisões judiciais. Conforme observam Zaffaroni *et al* (2003, v. 1, p. 153), “segurança jurídica não é segurança de resposta”, pois “tudo dependerá de qual resposta segura se trate, pois o Estado de polícia costuma oferecer certa segurança de resposta”.

A segurança jurídica no Estado democrático de direito, assim, significa mais que mera previsibilidade das decisões, mas a previsibilidade de decisões que garantam os direitos fundamentais de todos, o que, na esfera penal, é alcançado com a efetiva contenção, nos limites máximos de suas possibilidades, da violência do poder punitivo.

Dessa concepção não diverge Lopes Júnior, para quem

A noção de ‘segurança’ no processo (e no Direito) deve ser repensada, partindo-se da premissa de que ela está na forma de instrumento jurídico e que, no processo penal, adquire contornos de limitação ao poder punitivo estatal e emancipador do débil submetido ao processo (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 32).

Embora já estivesse na base do discurso jurídico-penal liberal, a segurança jurídica não passou, até hoje, de uma ilusão. E isso decorreu, principalmente, da sua contradição com qualquer discurso legitimante do poder punitivo. A partir do momento em que o discurso jurídico-penal renunciar à pretensão de legitimar o exercício do poder punitivo, o ideal de segurança jurídica poderá transformar-se em um objetivo alcançável pelo direito penal.

Uma teoria agnóstica e negativa da pena representa, assim, um grande salto do pensamento jurídico-penal, pois possibilita, por meio do direito penal, a elaboração de um sistema direcionado à orientação das decisões judiciais, coerente com a opção constituinte, sem a grandiosa pretensão tutelar de bens jurídicos previamente selecionados, mas com a função mais modesta, mas extremamente importante para o Estado democrático de direito, de conter, o quanto possível, a irracionalidade do exercício do poder punitivo.

É a partir desse marco teórico que se pretende, na segunda e terceira partes deste trabalho, desenvolver algumas propostas para a construção de um sistema de orientação das decisões judiciais, com especial ênfase ao estabelecimento de limites à atividade probatória do Estado no processo penal, por meio de uma análise da ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal, com base no princípio da proporcionalidade.

Essas propostas, por certo, não esgotarão o tema e tampouco tem-se essa pretensão, tendo em vista a multiplicidade e complexidade das situações verificadas nos casos concretos, principalmente em decorrência dos avanços tecnológicos. Mas poderão oferecer uma direção para a solução de algumas questões.

Parte II

**O Processo penal no Estado democrático de
direito: garantia de liberdade**

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Todo o desenvolvimento realizado na primeira parte desta investigação foi direcionado à demonstração da forma como opera o sistema penal, sua irracionalidade, bem como sobre a necessidade da adoção, pelo direito penal, de um discurso deslegitimante do poder punitivo, por meio de uma “teoria agnóstica e negativa da pena”, conforme proposta por Zaffaroni *et al* (2003, v. 1).

Essa necessidade decorre, como já se pode antever, da decisão constituinte de 1988 que, ao adotar um modelo de Estado Democrático de Direito, fundamentou-o, dentre outros, na dignidade da pessoa humana.

Essa decisão constituinte reveste-se de um significado, cuja compreensão apresenta-se indispensável à construção de um sistema de direito penal que, orientando as decisões judiciais no campo penal, possibilite a realização gradual dos fins constitucionais.

É necessário ressaltar que isso não será suficiente à realização do projeto democrático constitucional se não for acompanhado de uma democratização das relações sociais em todas as esferas, o que, como já demonstrado ao longo da investigação, depende da interação de vários setores.

Entretanto, repita-se, constituirá um grande passo, principalmente tendo em vista que o exercício do poder punitivo revela-se hoje, no Brasil, um dos principais obstáculos à emancipação social proposta pela Constituição Federal de 1988.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO ÉTICO- JURÍDICO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A dignidade da pessoa humana, com a Constituição Federal de 1988, foi erigida a fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em Estado democrático de direito.

Dizer que a dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado é dizer que a pessoa é a razão de sua existência, seu fundamento e seu fim. Conforme observa Martins, essa decisão política fundamental

[...] traduz a pretensão constitucional de não apenas instituir um Estado republicano que se constitui em Estado Democrático de Direito (ou ao menos tem a pretensão de sê-lo), mas de essencialmente assentá-lo em uma base antropológica, onde a pessoa humana em busca de sua concreta dignidade constitua o limite, o fundamento e a finalidade de sua existência (MARTINS, 2003, p. 78).

Anota, ainda, Sarlet que

Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de direito (art. 1.º, inc. III, da CF), o constituinte de 1987/1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário,

já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal (SARLET, 2001, p. 102-103).

A idéia de homem como fim em si mesmo e finalidade precípua do Estado aponta para uma proeminência axiológica do valor pessoa humana sobre os demais valores que fundamentam o Estado.

Reale (2002, p. 211), após asseverar que “o homem é o único ser capaz de valores”, acrescenta:

Sobre uma ordem de coisas naturalmente dadas, o homem constitui um segundo mundo, que é o mundo da cultura. [...] Só o homem é um ser que inova, e é por isso que somente ele é capaz de valorar. No fundo, chegaremos à conclusão de que o problema do valor reduz-se à própria espiritualidade humana. Há possibilidade de valores porque quem diz homem diz liberdade espiritual, possibilidade de escolha constitutiva de bens, poder nomotético de síntese com liberdade de autoconsciência. [...] a pessoa, como autoconsciência espiritual, é o valor que dá sentido a todo evoluer histórico, ou seja, o valor a cuja atualização tendem os renovados esforços do homem em sua faina civilizadora (REALE, 2002, p. 212-214).

Acolhendo a idéia de pessoa como valor-fonte, Farias, citando Antonino Scalisi, sustenta que

A pessoa humana é hoje considerada como o mais eminente de todos os valores porque constitui a fonte e a raiz de todos os demais valores. Representa ‘a fonte principal de enriquecimento e de dinamismo da sociedade’. Por conseguinte, a pessoa humana expressa a fonte e a base mesma do direito, revelando-se, assim, critério essencial de legitimidade da ordem jurídica (FARIAS, 2000, p. 56).

A concepção de pessoa humana como valor-fonte remete à tormentosa questão da hierarquia entre os valores que informam a ordem constitucional.

Embora não se afaste, neste trabalho, da idéia de que a estrutura normativa constitucional é formada por princípios e regras,¹ é

¹ Segundo Alexy (2002, p. 86-87), “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que orde-

imperioso reconhecer que referida estrutura, de fato, pressupõe um conjunto de valores, os quais, construídos historicamente, conferem legitimidade à ordem constitucional.

Para Bonavides,

[...] a Constituição, sendo como é, na mais prestigiosa doutrina constitucional, uma expressão do ‘consenso social sobre os valores básicos’, se torna, na imagem de Gordillo, o ‘alfa e omega’ da ordem jurídica, fazendo, a nosso ver, de seus princípios, estampados naqueles valores, o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema (BONAVIDES, 1999, p. 261).

Seguindo a mesma linha de pensamento, Martins (2003, p. 54) assevera que a “Constituição constitui a concreta tradução dos valores de uma comunidade em um determinado momento histórico”.

Barroso (2003a, p. 295), ao explicar o conteúdo dos princípios, refere-se a estes “como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política”.

Pode-se afirmar, portanto, que os princípios constituem posições dos valores construídos historicamente em uma comunidade. Não por outra razão Alexy (2002, p. 147) pondera que “los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente”. Acrescenta ainda o

nan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”.

autor que “el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores” (ALEXY, 2002, p. 138).

Essa constatação de constituírem os princípios positivamente dos valores, de fato, conforme observa Martins (2003, p. 60), reduz a importância da distinção entre valores e princípios, entretanto, não a suprime, pois

[...] os valores constitucionais constituem, portanto, o contexto axiológico fundamentador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade (MARTINS, 2003, p. 58).

A idéia de pessoa humana como valor-fonte, fundamento e fim do Estado, irradia-se por todo o sistema constitucional, orientando sua interpretação. A idéia de valor-fonte, assim, conduz não somente à idéia de um valor do qual derivam todos os demais, mas também, invocando, mais uma vez, a lição de Martins (2003, p. 60-61) à idéia de proeminência axiológica sobre todos os demais valores acolhidos pela Constituição.

Embora seja certo, do ponto de vista formal, não existir hierarquia entre os princípios constitucionais, e tampouco entre estes e as regras, não há como desconsiderar a existência de uma “proeminência axiológica ínsita aos valores constitucionais”, pois “a recusa à hierarquização dos valores constitui recusa ao próprio conceito de valor e já é em si mesma uma hierarquização” (MARTINS, 2003, p. 60).

A dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional, não é, do ponto de vista formal, hierarquicamente superior aos demais princípios constitucionais. Entretanto, como valor-fonte, confere uma “unidade axiológico-normativa” (MARTINS, 2003, p. 62-63) a todo o sistema constitucional, o qual tem a pessoa humana como seu fundamento e seu fim, devendo a interpretação de todos os princípios, inclusive daqueles que, junto com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamentam o Estado, previstos no artigo 1.º da Constituição Federal de 1988, ser

realizada à luz daquele valor supremo, o qual constitui o pressuposto e o fim de toda a ordem constitucional.

Ademais, convém não olvidar que

[...] o reconhecimento da condição normativa da dignidade, assumindo feição de princípio (e até mesmo de regra) constitucional fundamental, não afasta o seu papel de valor fundamental geral para toda a ordem jurídica (e não apenas para esta), mas, pelo contrário, outorga a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade (SARLET, 2004, p. 71).

Embora não se pretenda, em razão dos limites deste trabalho, fazer uma análise aprofundada sobre o conteúdo da dignidade humana e tampouco oferecer aqui um conceito fixista de dignidade humana, é importante assinalar que “a doutrina jurídica, ainda hoje, parece identificar as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant” (SARLET, 2004, p. 34).

Para Kant,

[...] o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como um fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim. [...] Os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se ‘coisas’, ao passo que os seres racionais denominam-se ‘pessoas’ porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo arbítrio (KANT, 2002, p. 58-59).

Embora existam objeções a uma concepção puramente antropológica da dignidade no atual estágio social, econômico e jurídico, fundada exclusivamente na racionalidade humana,

[...] incensurável [...] é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana,

esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano (SARLET, 2004, p. 36).

Entretanto, apesar de se considerar restritivo um conceito puramente antropológico de dignidade, como atributo exclusivo da pessoa humana como ser racional,² não se comunga de um conceito de dignidade como prestação, no sentido de ser ela não um “atributo ou valor inato e intrínseco ao ser humano, mas sim, eminentemente, uma condição conquistada pela ação concreta de cada indivíduo”, pois

[...] Tal concepção, que chegou a ser qualificada como um equívoco sociológico [...], também não corresponde às exigências do estado constitucional e de sua cultura, já que também aquele que nada ‘presta’ para si próprio ou para os outros (tal como ocorre com o nascituro, o absolutamente incapaz etc.) evidentemente não deixa de ter dignidade e, para além disso, não deixa de ter o direito de vê-la respeitada e protegida (SARLET, 2004, p. 48).

A dignidade da pessoa humana é, assim, embora se possa argumentar que não o seja exclusivamente, algo integrante da própria condição humana, não dependendo, portanto, de circunstâncias concretas.

Argumenta-se que a dignidade tem, também, um sentido histórico-cultural, constituindo um conceito construído ao longo da

² Vale mencionar aqui as controvérsias existentes sobre a atribuição de dignidade a animais ou outros seres vivos, como a fauna, a flora e outros recursos naturais. Considerando que “nem todas as medidas de proteção da natureza não humana têm como objeto assegurar aos seres humanos sua vida com dignidade (por conta de um ambiente saudável e equilibrado), mas já dizem com a preservação – por si só – da vida em geral e do patrimônio ambiental, resulta evidente que se está a reconhecer à natureza um valor em si, isto é, intrínseco. Se com isso se está a admitir uma dignidade da vida para além da humana, tal reconhecimento não necessariamente conflita (nem mesmo por um prisma teológico) com a noção de dignidade própria e diferenciada da pessoa humana que, à evidência, somente e necessariamente é da pessoa humana” (SARLET, 2004, p. 35).

história. Entretanto, isso não lhe retira a característica de ser uma condição inerente à pessoa, embora, inegavelmente, isso tenha se refletido na sua proteção jurídica ao longo da história.

Por outro lado, a dimensão social e intersubjetiva³ do homem incorpora, ao conceito de dignidade, uma qualidade social, como limite à possibilidade de garantia, ou seja, a dignidade só é garantia ilimitada se não ferir outra (NUNES, 2002, p. 50).

Dessa forma, embora se afaste a concepção de dignidade como prestação, como algo a ser conquistado pelo homem em suas relações sociais, reconhece-se que o comportamento social pode determinar uma maior ou menor proteção da dignidade.

É o que ocorre, por exemplo, no âmbito penal, quando, diante de um conflito entre dignidades, a intervenção estatal restritiva do direito fundamental do autor de um fato definido como crime decorrer, em razão da existência de uma colisão real entre direitos fundamentais,⁴ de uma ponderação de interesses, resolvida em prejuízo do agressor. Embora se reconheça que também o maior dos criminosos possui dignidade, a maior ou menor proteção da sua dignidade, em casos tais, será influenciada pela sua conduta social.

Também será possível verificar uma hipótese de menor proteção jurídica naqueles casos em que, mesmo não havendo um verdadeiro conflito de dignidades, a proteção jurídica aos direitos fundamentais do autor de um fato definido como crime, em face do poder punitivo estatal, não puder ser efetivada de forma satisfatória em razão da colocação voluntária, por parte da pessoa, em situação de vulnerabilidade. Essas questões serão retomadas mais adiante.

Essa idéia de maior ou menor proteção jurídica de acordo com o comportamento do homem em suas relações sociais tem suas

³ A dimensão intersubjetiva da dignidade humana é apontada por Habermas (2004, p. 47) ao afirmar que a dignidade humana marca “aquela ‘intangibilidade’ que só pode ter um significado nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas”.

⁴ A colisão real entre direitos fundamentais, como pressuposto para uma ponderação de interesses, será analisada na terceira parte deste trabalho.

raízes, segundo Sarlet (2004, p. 36), no pensamento de Hegel. Destaca Sarlet, invocando ensinamento de Kurt Seelmann, que

[...] o mais apropriado seria falar que, no pensamento de Hegel (e não estritamente na sua Filosofia do Direito), encontra-se subjacente uma teoria da dignidade como viabilização de determinadas prestações, tal teoria, além de não ser incompatível com uma concepção ontológica da dignidade (vinculada a certas qualidades inerentes à condição humana), significa que uma proteção jurídica da dignidade reside no dever de reconhecimento de determinadas possibilidades de prestação, nomeadamente a prestação de respeito aos direitos, do desenvolvimento de uma individualidade e do reconhecimento de um auto-enquadramento no processo de interação social. Como, ainda, bem refere o autor, tal conceito de dignidade não implica a desconsideração da dignidade (e de sua proteção) no caso de pessoas portadoras de deficiência mental ou gravemente enfermos (sic), já que a possibilidade de proteger determinadas prestações não significa que se esteja a condicionar a proteção da dignidade ao efetivo implemento de uma dada prestação, já que também aqui (de modo similar – como poderíamos acrescentar – ao que se verificou relativamente ao pensamento kantiano, centrado na capacidade para a autodeterminação inerente a todos os seres racionais) o que importa é a possibilidade de uma prestação (SARLET, 2004, p. 36, nota 30).

Embora não se pretenda, como já salientado, adotar conceitos fixistas e reconhecendo toda a controvérsia existente a respeito do tema, é possível definir a dignidade humana, acolhendo o conceito de Sarlet, como

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas

para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2004, p. 59-60).

O reconhecimento, pela ordem constitucional brasileira, da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil apresenta-se como requisito indispensável para a legitimidade da ordem jurídico-constitucional (SARLET, 2004, p. 78). Disso decorre que toda a atuação estatal, para ser considerada legítima, deve estar voltada

[...] à realização das exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades (FARIAS, 2000, p. 63).

É importante lembrar que a dignidade da pessoa humana, além de ser um valor constitucional, com proeminência sobre os demais valores, é um princípio constitucional, com força normativa e orientador da interpretação de toda a ordem constitucional, constituindo um programa a ser realizado em graus, de acordo com as possibilidades reais e jurídicas.

Esse programa, é certo, não pode ser realizado de uma forma plena. As considerações que foram feitas na primeira parte deste trabalho sobre a realidade social e os conflitos a ela subjacentes revelam que o programa constitucional, tendo a dignidade da pessoa humana como o seu fundamento maior, não pode ser realizado de uma forma plena.

Como ficou assinalado, o poder punitivo é um fato de poder, expressão da tensão social subjacente ao pacto fundante. Por essa razão, afirmou-se que a Constituição Federal de 1988 tolera o seu exercício, dentro de determinados limites. Isso não quer significar, entretanto, que o poder punitivo seja legitimado pela ordem constitucional, mas apenas que esta reconhece a existência de limites, impostos pela realidade social, para a realização plena de seu programa.

Nessa perspectiva, poder-se-ia afirmar que o Estado Democrático de Direito tem, sempre, na prática, uma parcela de deslegitimação.

A violência com que opera o sistema penal, mesmo na atualidade, em que o “suplício do corpo” foi substituído pelo “suplício da alma” (FOUCAULT, 2002), associada à sua seletividade estrutural, corrobora aquela afirmação.

Não há como negar que a pena privativa de liberdade, considerada a pena por excelência nos sistemas penais contemporâneos, principalmente no sistema penal brasileiro, caracterizado por respostas penais emergenciais, cada dia mais intensas, decorrentes de movimentos como o “da lei e da ordem”, constitui uma profunda violação à dignidade da pessoa humana.

A utilização do tempo como pena foi muito bem analisada por Messuti (2003). A pena de prisão, como ressalta a autora, constitui, além de uma ruptura com o espaço social, em que o ser humano, coexistindo, pode realizar suas potencialidades, uma ruptura no tempo de sua existência, pois

A qualidade do tempo que se vive durante a pena, por ser precisamente ‘o tempo da pena’, não pode ser a mesma daquele que vive livre da pena. Qualquer atividade que se realize durante esse tempo não será verdadeira atividade, estará impregnada do tempo e do espaço da pena. Ainda que aparentemente esteja em movimento, o sujeito da pena está imobilizado em determinado espaço, no qual transcorre um tempo diferente. E esta imobilidade poder-se-ia qualificar de espera. [...] ‘o outro’ que pode despertar-lhe a memória de si está fora dos muros da prisão. Os demais, que compartilham a sorte do condenado, não podem despertar-lhe a ‘memória de si’, do que foi antes de iniciar a pena. Só a consciência de seu estado atual. Por isso, as relações mantidas dentro da prisão não o ajudarão a recordar-se de si mesmo, do que era antes que a pena seccionasse o espaço e o tempo. Seu recordar será limitado e empobrecido, pois sua memória ficou à mercê de suas próprias forças: já não recebe o estímulo externo do mundo, que foi seu mundo e que lhe fechou as portas. A relação

de coexistência que nasce dentro dos muros da prisão não é livre, foi imposta pelas circunstâncias da pena. É uma relação entre os que foram excluídos da comunidade de pessoas. E essa exclusão poderia incluí-los em outra comunidade baseada em uma espera comum: a de sua dissolução (MESSUTI, 2003, p. 44-45).

Não por outra razão, Foucault (2002) caracteriza a pena de prisão como “suplício da alma”.

Não há, pois, como sustentar que o exercício do poder punitivo, principalmente em sistemas que têm a pena privativa de liberdade como pena por excelência, seja legítimo em um Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana.

Mas como realidade social, expressão das tensões existentes na sociedade, o poder punitivo foi reconhecido pela Constituição Federal de 1988. Esse reconhecimento, entretanto, não conduz à sua legitimação para, com isso, justificar as mais atrozes violações à dignidade da pessoa humana, sob o pretexto de “não ser vedado pela Constituição”. Não é porque a Constituição Federal de 1988 prevê a pena de morte em caso de guerra declarada (artigo 5.º, inciso XLVII) que aquele que tiver a sua vida eliminada por uma decisão estatal não vai ter a sua dignidade violada. Uma decisão nesse sentido, se não pode ser considerada inconstitucional, certamente não poderá ser considerada legítima em um Estado Democrático de Direito.

É irrecusável, todavia, que o reconhecimento, pela Constituição Federal de 1988, da existência, na realidade social, do poder punitivo apresenta-se como condição para a constante superação das tensões sociais de que é expressão. É necessário recordar que uma Constituição, para ser eficaz, não pode desconsiderar a realidade social (HESSE, 1991).

Conforme observa Canotilho (2003, p. 218), “numa sociedade plural e complexa, a constituição é sempre um produto do ‘pacto’ entre forças políticas e sociais”. Esse pacto, embora expresse um consenso em torno de determinados princípios, tem em sua base uma realidade conflituosa e permeada de antagonismos, que não é e tampouco pode ser desconsiderada pela Constituição. O poder punitivo é expressão desses antagonismos sociais.

Dessa forma, aquilo que se denominou parcela de deslegitimação no Estado democrático de direito, decorrente da incapacidade do Estado de realizar, de uma forma plena, o seu programa constitucional, em razão das tensões sociais inerentes ao pacto, poderá ser maior ou menor, dependendo da capacidade do Estado de realizar o fim proposto – a dignidade da pessoa humana –, nos limites máximos de suas possibilidades, principalmente diante de graves conflitos sociais.

O processo penal apresenta-se, assim, como um dos instrumentos para a realização desse programa constitucional – a dignidade da pessoa humana.

A INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL

SUMÁRIO: 3.1 O processo penal como garantia: revisitando conceitos.

Falar em instrumentalidade do processo penal pressupõe a rediscussão sobre os fundamentos de sua existência, os quais podem ser sintetizados, segundo Lopes Júnior (2005, p. 1), nas respostas à seguinte indagação: processo penal para que(m)?

A resposta a essa questão pressupõe, necessariamente, a compreensão de que,

[...] como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o 'microcosmos democrático' do Estado de direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade (DINAMARCO, 2003, p. 27).

Tratando-se do processo penal, a idéia de processo como instrumento para a realização da ordem constitucional está umbilicalmente ligada ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento e fim do Estado, bem como da deslegitimação do poder punitivo e da pena em um Estado que se propõe democrático de direito.

A partir do reconhecimento da deslegitimação do poder punitivo e da pena em um Estado democrático de direito, que tem a dignidade da pessoa humana como seu fundamento e seu fim,

o processo penal passa a ser concebido como um instrumento para a contenção daquele poder. Esse é o sentido da instrumentalidade do processo penal no Estado democrático de direito.

Em consequência, torna-se possível superar as contradições que, ainda hoje, fazem do processo penal um instrumento de dominação, impedindo-o de cumprir a função de “garantia de liberdade”, já apontada por Liebman (apud FERNANDES, 2002, p. 17) e, há muito, a ele atribuída, pela doutrina processual.

Não há como o processo penal cumprir, efetivamente, uma função de “garantia de liberdade” enquanto não se renunciar a um discurso legitimante do poder punitivo e da pena, que atribua a esta uma finalidade legítima, seja ela qual for: retributiva, preventiva ou qualquer outra.

À medida que a pena é justificada por uma finalidade “legítima”, o processo penal torna-se instrumento para o alcance desse “fim legítimo”, e a idéia de instrumentalidade adquire um outro sentido, pois sempre serão justificadas violações a direitos fundamentais para o alcance da finalidade eleita.

É oportuno lembrar que, desde que o Estado assumiu o poder de punir, a justificação da pena esteve ligada à idéia de defesa social. Entretanto, como visto na primeira parte dessa investigação, o poder punitivo, que se expressa por meio da pena, além de não ser apto a atingir nenhuma finalidade de defesa social, é uma das formas mais violentas de exercício do poder, seletivo, com grande potencial verticalizante das relações sociais, sendo, portanto, incompatível com o projeto emancipatório de um Estado Democrático, fundado na dignidade da pessoa humana. Por essa razão, todas as tentativas de legitimação desse poder e, em consequência, da pena constituíram as brechas por onde penetraram as tendências autoritárias do Estado, com grande violação aos direitos fundamentais da pessoa.

A ideologia da defesa social que sempre permeou os discursos legitimantes e, ainda hoje, faz-se presente no discurso jurídico-penal sempre representará o “bem maior” a que o processo penal servirá de instrumento, em detrimento de um “mal menor” ou “mal necessário”, qual seja a restrição aos direitos e garantias individuais.

O discurso de garantia, assim, fica debilitado e sem força suficiente para tornar efetivas as garantias constitucionais, as quais permanecem como letra morta no interior da Constituição.

Garantir a liberdade em face do exercício de um poder violento, seletivo, verticalizante e, ao mesmo tempo, “legítimo”: eis a contradição em que se encontra imerso o processo penal, a qual o tem impedido de cumprir, efetivamente, a função de garantia que lhe foi outorgada pela Constituição de 1988, mantendo-o como o instrumento privilegiado de dominação, próprio dos Estados autoritários.

3.1 O PROCESSO PENAL COMO GARANTIA: REVISITANDO CONCEITOS

Reconhecer a deslegitimação do poder punitivo implica, necessariamente, reconhecer, no processo penal, um instrumento para a contenção desse poder, é dizer, reconhecer que o processo penal é um instrumento de garantia de liberdade da pessoa diante da onipotência do poder punitivo estatal.

Greco Filho já se referia ao processo penal como garantia de liberdade, ativa e passiva:

O processo é garantia ativa porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para a reparação dessa ilegalidade. Nesse sentido existe a garantia do *habeas corpus*, contra a violação do direito de locomoção sem justa causa, o mandado de segurança, contra a violação do direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, a garantia geral da ação, do recurso ao Judiciário, toda vez que houver lesão a direito individual etc. O processo diz-se uma garantia passiva porque impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições da liberdade sem o competente e devido processo legal. Ainda, é o processo garantia passiva quando impede a justiça privada, isto é, garante que a submissão ao direito de outrem não se fará por atividade deste, mas por atividade

solicitada ao Judiciário, que examinará o cabimento e a legitimidade de tal pretensão (GRECO FILHO, 1991, p. 40).

Entretanto, o discurso de garantia não tem ultrapassado o âmbito do discurso, porquanto, na prática, não tem se materializado em decisões que, efetivamente, garantam o direito de liberdade da pessoa em face da violência do poder punitivo estatal.

Isso decorre da ausência de um discurso jurídico-penal (em sentido amplo) sistematizado que, tendo por ponto de partida a deslegitimação do poder punitivo, oriente as decisões judiciais no campo penal, tornando o processo penal um instrumento efetivamente garantista.

Não se tem a pretensão, nesta investigação, de rever conceitos, mas, em razão dos estreitos limites deste trabalho, apenas demonstrar, exemplificativamente, a sua insuficiência.

A primeira questão a ser levantada diz respeito ao tão difundido *jus puniendi*. O Estado, quando aplica uma pena, não exerce um *jus puniendi*, como tão difundido pela doutrina penalística, pois um direito de punir não lhe é conferido pela Constituição de 1988. O que o Estado exerce é tão-somente um poder de punir que a Constituição Federal de 1988 reconheceu e procurou limitar.

Sobre esse aspecto, Zaffaroni *et al* verberam:

O fracasso do pretensão limite material ao *jus puniendi* tem como comprovação os ingentes esforços realizados no campo do direito processual, constitucional e internacional para rodeá-lo de limitações externas e formais, o que em nada se assemelha à regulamentação de um direito subjetivo, mas sim constitui um enorme arsenal normativo destinado à contenção de um poder: longe de regular um suposto *jus puniendi*, trata de conter uma *potentia puniendi* (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 97-98).

Disso decorrem algumas consequências para uma teoria do processo penal.

É certo que, nos últimos anos, realizaram-se grandes esforços para a elaboração de uma teoria geral do processo e isso, de certa forma, em muito contribuiu para o avanço do direito processual civil e penal. Anota Greco Filho que

A aproximação do processo civil ao processo penal enriqueceu este último, obrigando à meditação sobre temas anteriormente não cogitados, como condições da ação penal, a natureza jurídica dos provimentos jurisdicionais penais, a coisa julgada penal etc. Todavia, nem sempre as conclusões foram proveitosas e adequadas. Em contrapartida, o processo civil recebeu uma nova visão publicística que o auxilia a superar a tentadora subordinação de seus princípios ao direito privado que ordinariamente aplica (GRECO FILHO, 1991, p. 2).

Entretanto, como bem ressalva o referido autor, é necessário reconhecer “que o processo penal, como tratado tradicionalmente, ainda apresenta pontos críticos de solução insatisfatória, com prejuízo do equilíbrio das partes, da correta aplicação da ordem jurídica como um todo, do direito de defesa etc.” (GRECO FILHO, 1991, p. 3).

Lopes Júnior, acentuando a insuficiência de uma “teoria geral do processo”, assim se manifesta:

Como já nos referimos em diversas oportunidades, somos contrários a uma ‘teoria geral do processo’, pois o fenômeno do processo penal é completamente diverso daquele que informa o processo civil. Assim, precisamos respeitar as peculiaridades e as categorias jurídicas próprias do processo penal, evitando ao máximo a transmissão mecânica das categorias do processo civil para o penal [...]. (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 261, nota 556).

Essa insuficiência, já reconhecida por parte da doutrina processual penal, está a impor a revisitação de determinados conceitos, aplicados ao processo penal.

O reconhecimento da deslegitimação do poder punitivo conduz à indagação sobre a existência de um verdadeiro direito de ação por parte do Estado, pelo menos nos termos até hoje propostos pela doutrina processual, para a “solução” de um conflito de interesses, por meio da imposição da sanção penal.

Segundo a concepção abstrata do direito de ação, adotada pelo sistema processual pátrio,

O direito de acionar exige apenas que o autor faça referência a um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito, ficando o Estado, tão-só por isso, levado a exercer a sua atividade jurisdicional, proferindo uma sentença, ainda que contrária. Pertence a todos os indivíduos, pelo fato de serem titulares de direitos, ou seja, constitui uma decorrência da própria personalidade e se configura como aspiração ao direito, direito à realização do direito (SANTOS, M., 1977, v. 1, p. 129).

Embora o direito de ação, para uma concepção abstrata, independa da existência efetiva do direito material invocado, é certo que ele está instrumentalmente conexo a uma pretensão material, ou seja, a “uma exigência de subordinação de outrem ao interesse próprio” (SANTOS, M., 1977, v. 1, p. 132), abstratamente protegida pelo direito.

A exigência de subordinação do interesse de liberdade da pessoa a um interesse de punir, deslegitimado em um Estado Democrático de Direito, não se pode qualificar protegida pelo direito, mas tão-somente tolerada pela ordem constitucional.

Por outro lado, o conceito de lide no processo penal como “conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida” (CARNELUTTI apud THEODORO JÚNIOR, 1996, v. 1, p. 35) é outro por ser reelaborado pela doutrina processual.

Conforme observam Cintra, Ginover e Dinamarco,

A existência da lide é uma característica constante da atividade jurisdicional, quando se trata de pretensões insatisfeitas que poderiam ter sido satisfeitas pelo obrigado. Afinal, é a existência do conflito de interesses que leva o interessado a dirigir-se ao juiz e a pedir-lhe uma solução; e é precisamente a contraposição dos interesses em conflito que exige a substituição dos sujeitos em conflito pelo Estado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 134).

A par da já apontada deslegitimação de uma pretensão punitiva, a qual, por si só, já comprometeria o conceito tradicional de lide na esfera penal, outros aspectos apontam para a insuficiência do conceito para o processo penal. Salientam Cintra, Grinover e Dinamarco que

Existe na doutrina forte tendência a negar a ocorrência de 'lide' no processo penal, o qual seria, conseqüentemente, um processo sem partes. Argumenta-se com o fato de que não haveria dois interesses em conflito, mas dois diversos modos de apreciar um único interesse, porque o interesse do Ministério Público é o de que se faça justiça, sendo a sua posição imparcial. Tal afirmação, levada a suas últimas conseqüências por aqueles que entendem inexistir processo quando não há lide, implicaria concluir que não há processo penal, mas procedimento administrativo. No tocante à exposição acima, quem afirmar a existência de lide penal dirá que a ação penal se destina à sua 'justa composição' e que aquela ora se caracteriza como lide por pretensão contestada (réu que opõe resistência à pretensão punitiva, defendendo-se) e ora como lide por pretensão meramente insatisfeita (*nulla poena sine iudicio*). Diante dessa divergência doutrinária, nesta obra fala-se em 'controvérsia penal' e não em 'lide penal' (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 257-258).

De fato, a Constituição Federal de 1988, ao disciplinar a instituição do Ministério Público, estabelece:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A defesa do regime democrático não se compatibiliza com o exercício, pelo Ministério Público, de um poder verticalizante e antidemocrático, como é o poder punitivo, mas, tão-somente, com o exercício de uma contenção desse poder. Dessa forma, o exercício da ação penal pública, conforme previsto no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, não constitui um direito, mas, antes, um poder, um poder de contenção. Como direito, ela pertence ao acusado, que a exerce por meio do processo penal, para ver resguardada a sua liberdade.

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar, também, que o artigo 5.º, inciso LIX, da Constituição Federal, ao instituir a ação penal privada subsidiária da pública, confere ao acusado uma

garantia fundamental ao direito de liberdade, substanciada no processo penal.¹

Vale transcrever, por oportuna, a lição de Suannes:

É o Estado-Administração que está questionando e pondo em perigo essa pretensão à liberdade, mesmo porque o Estado, detentor do *jus imperii*, não necessita, em princípio, do processo para impor sua vontade. Logo, há que se encarar o processo como *actum trium personarum*, porém sob a ótica de quem dele precisa, que é o titular do direito público de liberdade. Falar, pois, em processo penal acusatório será reconhecer a necessidade de um processo de partes, como exigência de uma sociedade democrática, na qual a dignidade da pessoa humana é o valor cujo respeito deve partir do próprio Estado (SUANNES, 2000, p. 80).

Lopes Júnior, por sua vez, afirma que:

É complexa a problemática doutrinária a respeito da existência de partes no processo penal. Grande parte da divergência vem – uma vez mais – do equivocado paralelismo entre o direito processual civil e o penal. É preciso

¹ Segundo Oliveira (2004), o artigo 5.º, inciso LIX, da Constituição Federal constitui um direito fundamental (de todas as pessoas) à tutela penal dos direitos fundamentais. Parte o autor da idéia de que a pena tem uma finalidade preventiva especial, voltando-se a impedir novas violações do direito, pelo “criminoso”, e preventiva geral, pela renovação da proteção dos direitos de toda a comunidade. Vê-se, pois, que a interpretação conferida pelo autor ao referido dispositivo constitucional está vinculada à concepção de legitimidade do poder punitivo, o que se contesta neste trabalho. Entretanto, a idéia por ele sustentada de que o artigo 5.º, inciso LIX, da Constituição Federal institui a ação penal pública para a proteção dos direitos fundamentais pode ser invocada, embora sob uma perspectiva diferente, no presente trabalho. Isso porque, tendo o Ministério Público, como função conferida constitucionalmente, a defesa do regime democrático, o seu poder de contenção do poder punitivo deveria ser exercido em todas as situações em que houvesse a possibilidade de manifestação desse poder, para a proteção dos direitos fundamentais por este afetados. Nessa perspectiva, torna-se questionável a constitucionalidade das ações penais exclusivamente privadas.

respeitar as peculiaridades do processo penal e suas categorias jurídicas próprias, evitando o paralelismo com o processo civil. Assim, quando falamos em partes, estamos aludindo a um processo penal de partes, e não a um processo puro de partes, porque isso configuraria uma errônea analogia com o processo civil, seu princípio dispositivo e a possibilidade de ampla disposição sobre seu objeto. Reconhecer a existência de partes no processo penal é um imperativo da própria estrutura dialética que o caracteriza, além de refletir o grau de valorização jurídica do sujeito passivo (não mais um mero objeto), que decorre da democratização do processo penal (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 42, nota 108).

Desse ponto de vista, qual seja o processo como garantia da pessoa em face do poder punitivo estatal, é possível afirmar que a finalidade do processo penal não é a aplicação da pena, sendo esta mera consequência daquele (SUANNES, 2000, p. 80). É dizer, a pena, no processo penal, é mera consequência da maior ou menor contenção do poder punitivo no caso concreto.

De outro lado, a idéia de processo como garantia possibilita, efetivamente, conceber o acusado como sujeito de direitos, e não mero objeto de investigação. Quando a aplicação da pena é considerada o fim do processo penal, ainda que se acrescente, por meio do discurso jurídico-penal, limites éticos para o alcance desse fim, o acusado permanece como objeto de investigação. A sua condição de sujeito de direitos na relação processual penal somente é, de fato, respeitada quando o processo penal é concebido como instrumento para a contenção do poder punitivo, tendo como fim garantir o direito de liberdade da pessoa.

Apesar da posição constitucional do Ministério Público e da natureza dialética de sua atuação no processo penal, não há como afastar a existência de uma “controvérsia” no processo penal, conforme proposto por Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 258). Não se pode excluir a existência de um conflito, simplesmente, em razão da posição constitucional do sujeito processual – Ministério Público –, o qual, tendo por função a defesa do regime democrático e dos direitos individuais indisponíveis, tem o dever de agir em defesa do direito de liberdade da pessoa. A relação

material subjacente ao processo penal é uma relação de poder, conflituosa, em que se encontram, em pólos opostos, o interesse de punir do Estado e o interesse de liberdade da pessoa. Esse é o conflito de interesses subjacente ao processo penal.

Não é, dessa forma, o interesse concretamente afetado pelo crime que, em regra,² encontra-se em contraposição ao interesse de liberdade do acusado, no processo penal.

Desde que o Estado assumiu o exercício do poder punitivo, com a exclusão da vítima da relação conflituosa, substituiu o interesse efetivamente violado pelo seu interesse de punir, sendo este o interesse que, no processo penal, contrapõe-se ao direito de liberdade da pessoa.

A ideologia da defesa social, invocada ao longo da história até os dias atuais, para conferir legitimidade ao poder punitivo contraposto ao direito de liberdade, possibilitou e, ainda hoje, possibilita a violação dos direitos fundamentais da pessoa, no processo penal, sob o pretexto da ponderação de interesses, com grandes prejuízos à instrumentalidade garantista do processo penal e, em consequência, à força normativa da Constituição.

Essas violações, no processo penal, verificam-se, sobretudo, no desenvolvimento da atividade probatória, na busca da verdade. Mas qual é ou qual deve ser a razão de ser dessa busca da verdade no processo penal? É o que se verá adiante.

² Fala-se em regra porque, como se verá adiante, em algumas situações é possível verificar a existência de um conflito entre os interesses da vítima e do acusado no processo penal.

A QUESTÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

A forma de estabelecimento da verdade pela investigação ou *inquisitio*, ainda hoje predominante no processo penal, teve seus primeiros desenvolvimentos na Grécia (FOUCAULT, 1996, p. 55). Aliás, foi entre os gregos que a ciência, que marcou a civilização ocidental, desenvolveu-se de modo intimamente ligado à busca da verdade, pois

O que os levou a criar a ciência foi um ímpeto singular de saber, de conhecimento, de investigação do desconhecido, do estranho e do maravilhoso; foi igualmente um ceticismo característico contra tudo que se conta e se tem como verdadeiro [...]. Este ceticismo extremado revela a aptidão especial do povo grego: transformar em ciência a imediatez de sua sede de conhecimento e de sua ânsia pela verdade (GADAMER, 2002, p. 59).

Entretanto, foi na Idade Média, por volta dos séculos XII e XIII, que a forma de estabelecimento da verdade pela *inquisitio* atingiu maior nível de desenvolvimento. Isso ocorreu concomitantemente ao momento histórico em que o soberano confiscou o conflito da vítima e o poder político assumiu os procedimentos judiciais, surgindo a figura da infração e do procurador. Salienta Foucault que

O inquérito que aparece no século XII em consequência desta transformação nas estruturas políticas e nas relações de poder reorganizou inteiramente (ou em sua volta se reorganizou) todas as práticas judiciais da Idade Média,

da época clássica e até da época moderna (FOUCAULT, 1996, p. 74).

Foi nesse momento histórico que o modelo de estabelecimento da verdade pela "luta"¹ foi substituído pelo modelo da *inquisitio*, o qual já era utilizado no seio das jurisdições eclesiásticas, para a repressão da heresia e das condutas irregulares do clero (GOMES FILHO, 1997, p. 21). Observa Foucault que o aparecimento do "inquérito" como forma de investigação da verdade

[...] é um fenômeno político complexo. É a análise das transformações políticas da sociedade medieval que explica como, por que e em que momento aparece este tipo de estabelecimento da verdade a partir de procedimentos jurídicos completamente diferentes. Nenhuma referência a um sujeito de conhecimento e a sua história daria conta desse fenômeno. Somente a análise dos jogos de força política, das relações de poder, pode explicar o surgimento do inquérito [...]. O inquérito deriva de um certo tipo de relações de poder, de uma maneira de exercer o poder (FOUCAULT, 1996, p. 73).

Essa forma de pesquisa da verdade difundiu-se por outros domínios do poder e do saber, estabelecendo-se como uma forma geral de saber (FOUCAULT, 1996, p. 75), e permanece na atualidade, especialmente no processo penal.

Salienta, ainda, Foucault (1996, p. 73) que "o inquérito é uma forma de exercer o poder". E consistiu em uma forma bastante violenta de exercício do poder na Idade Média, na época da Inquisição, posteriormente na Idade Moderna, não obstante todo o ideal Iluminista e, ainda, na contemporaneidade, nos Estados Democráticos, como é o caso do Brasil.

¹ "No direito feudal o litígio entre dois indivíduos era regulamentado pelo sistema da prova (*épreuve*). Quando um indivíduo se apresentava como portador de uma reivindicação, de uma contestação, acusando um outro de ter matado ou roubado, o litígio entre os dois era resolvido por uma série de provas aceitas por ambos e a que os dois eram submetidos. Esse sistema era uma maneira de provar não a verdade, mas a força, o peso, a importância de quem dizia" (FOUCAULT, 1996, p. 58-59).

Isso, sem dúvida, está intimamente ligado às tentativas de legitimação do poder punitivo realizadas desde que o soberano confiscou o conflito da vítima – o que, como visto, ocorreu contemporaneamente ao estabelecimento da *inquisitio* como forma de pesquisa da verdade –, bem como à conseqüente concepção do processo penal como instrumento para o alcance de “fins legítimos”.

A partir do momento em que se reconhece a deslegitimação do poder punitivo no Estado Democrático de Direito, o inquérito, como forma de exercício do poder, assume uma outra perspectiva: uma forma de pesquisa da verdade como condição necessária à contenção do poder punitivo.

Mas o que é essa verdade?

Desde logo, impõe-se esclarecer que não é o objetivo deste trabalho enfrentar as concepções filosóficas sobre a verdade. Todavia, para direcionar a investigação, impõe-se adotar uma concepção da verdade que possibilite a compreensão da pesquisa que se realiza no processo penal: a verdade como “correspondência entre o pensamento e um ser existente num universo exterior ao mesmo pensamento” (BAPTISTA, 2001, p. 33).

Dessa concepção compartilha Malatesta (1997, v. 1, p. 15), ao afirmar que “la verdad es la conformidad de la noción ideológica con la realidad [...]”.

Para Mittermaier (2004, p. 79), “a verdade é a concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito”.

Partindo dessa concepção, qual seja a da verdade como correspondência entre o pensamento e a realidade, pode-se afirmar, invocando Barros M. A. (2002, p. 18), que a verdade é una e indivisível, não admitindo, portanto, graduação.

Entretanto, em razão da relatividade do conhecimento, decorrente, principalmente, das limitações da natureza humana, uma verdade assim concebida é algo inacessível ao homem. Assevera Cappi que

Nós não conhecemos nenhuma realidade, a não ser a que os nossos sentidos percebem, da maneira como a percebem e dentro da ótica de nossa visão do universo, do nosso mundo antropológico. Não negamos a existência da nature-

za. Negamos nossa capacidade de compreendê-la adequadamente, como ela é em si, por meio de verdades absolutas, necessárias e eternas. O homem só formula conhecimentos transitórios e relativos, consistentes dentro de um determinado sistema lógico e não consistentes em outros. Trata-se de representações mentais limitadas, relativas, historicamente situadas no tempo e no espaço, que nunca terão a pretensão de esgotar a realidade, de que são simplesmente aproximações. Somos seres contingentes, imperfeitos, filhos do nosso tempo, incapazes de formular verdades eternas, imutáveis, necessárias e absolutas. Não somos Deus para saber o que é a realidade em si mesma. Somos homens, seres inteligentes, capazes de compreender e determinar o que a realidade significa para nós, doando-lhe uma intencionalidade, um valor, um sentido, uma destinação dentro de nosso universo cultural (CAPPI, 2002, p. 61-62).

Não obstante as limitações do conhecimento humano, o mito² da “verdade real” como princípio do processo penal correspondente “à regra em razão da qual o juiz vela pela conformidade da postulação das partes com a verdade real, a ele revelada pelos resultados da instrução criminal” (BARROS, M. A., 2002, p. 28), sempre informou o direito processual penal.

Nesse sentido, Florian, um dos maiores expoentes dessa concepção, afirma:

En el proceso penal se agita y se patentiza un esfuerzo que lo estimula y lo impulsa incesantemente, desde sus comiezos hasta la decisión última; es el esfuerzo dirigido a comprobar la verdad real respecto a determinado hecho, que se revela con características de delito, y en relación con determinada persona, indicada o reconocida como autor o partícipe de aquel. Es este un esfuerzo vigoroso y dominador, que somete a sí mismo toda la actividad

² Santos, P. S. (2004, p. 20-24), ao discorrer sobre o mito, define-o como a “aceitação e perenidade da explicação provisória da realidade, dada por alguns indivíduos e aceita pela maioria, sem ser submetida a critérios lógicos de veracidade e aceitação axiológica”.

procesal, pues que la comprobación de la verdad real constituye a un mismo tiempo, no solo un método para la conducción del proceso y su fin inmediato y específico, al que converge el múltiple contenido procesal, sino el medio y camino para conseguir un fin más alto y general, cual es la aplicación o la no aplicación de la ley penal al caso concreto (FLORIAN, 1998, v. 1, p. 41).

O mito da verdade real, conforme observa Lopes Júnior (2005, p. 262), constituiu “uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório” e, estando ligado à idéia de defesa social,³ oportunizou, em todas as épocas, graves violações aos direitos fundamentais da pessoa.

Anota, ainda, Lopes Júnior (2005, p. 262-263), invocando a lição de Jacinto Coutinho, que falar em processo penal é falar em atividade cognitiva do juiz, pois

Os fatos passados não são passíveis de experiência direta, senão verificados a partir de suas consequências, de seus efeitos. Trata-se de interpretar os signos do passado deixados no presente. O presente é experimentável. O passado tem que ser provado. Nessa atividade, o juiz assemelha-se ao historiador de modo que após um raciocínio indutivo chegará a uma conclusão que tem o valor de hipótese provável [...] (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 266).

A reconstrução de fatos passados que se realiza no processo penal é sempre imperfeita, pois encontra limites na situação histórica do intérprete, ou seja, naquilo que Pereira (2001, p. 27) denomina “situação hermenêutica” de todos aqueles que intervêm nessa reconstrução.

A busca da realidade histórica que se realiza, no processo penal, por meio do procedimento probatório, deve ser desenvolvi-

³ É importante recordar que a idéia de defesa social remonta ao século XIV, constituindo a base ideológica do *Malleus Maleficarum*, conforme já mencionado no item 3.1 da primeira parte deste trabalho.

da a partir do reconhecimento das limitações impostas pela própria natureza humana. A partir desse reconhecimento, a busca da verdade no processo penal ganha racionalidade, pois deixa de ser uma atividade direcionada ao alcance de algo inacessível e, assim, ilimitada, mas uma atividade condicionada por um fim, o qual, em um Estado democrático de direito, deve ser a contenção do poder punitivo.

Isso não implica dizer que existam verdades diversas, uma absoluta e outra relativa, com a qual se contenta o processo penal. A verdade, como correspondência entre o pensamento e a realidade, é uma só e é inalcançável pelo espírito humano. O conhecimento da realidade é, pelas limitações humanas, algo parcial e, nesse sentido, não pode ser considerado “verdade”, nos termos da concepção filosófica aqui adotada.

Entretanto, esse conhecimento parcial, aproximado da realidade, pode gerar no espírito humano a crença de ter alcançado a verdade. É o que Malatesta (1997, v. 1, p. 16-17) denomina certeza, ao afirmar que “la verdad es, en general, la conformidad del concepto ideológico con la realidad, del mismo modo la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza”.

Prossegue o autor:

Como ya lo dijimos, no es que se pretenda, al considerar la certeza en esa forma, separarla de modo nítido y tajante de la verdad [...]. Admitimos que la certeza surge del influjo de la verdad, no es la verdad; no es más que un estado de conciencia al cual puede que no responda, por nuestra propia imperfección, la verdad; luego presenta naturaleza subjetiva, como la probabilidad⁴ [...] (MALATESTA, 1997, v. 1, p. 63).

⁴ Malatesta (1997, v. 1, p. 59-64), contestando a afirmação de que certeza, em matéria penal, não é mais do que probabilidade, diferencia a certeza da probabilidade nos seguintes termos: “la probabilidad ve los motivos convergentes y los divergentes, y los considera a todos dignos de ser tenidos en cuenta, aunque más los primeros que los segundos. En cambio, la certeza supone que los motivos divergentes de la afirmación no merecen racionalmente ser considerados, y por lo tanto, afirma. Esta afirmación aparece ante

Ferrajoli (2002, p. 42), embora reconheça que a verdade absoluta seja “expressão de um ideal inalcançável”, fala em uma “verdade processual”

[...] como uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos (FERRAJOLI, 2002, p. 42).

A verdade como correspondência com a realidade é, para Ferrajoli, apenas um modelo ideal, o qual, embora não alcançável em plenitude, é regulador da jurisdição penal, pois

No direito penal, a única justificação aceitável das decisões é representada pela verdade de seus pressupostos jurídicos e fáticos, entendida a ‘verdade’ precisamente no sentido de ‘correspondência’ mais aproximada possível da motivação às normas aplicáveis e aos fatos julgados. Só se referidos à verdade como correspondência podem os critérios da coerência e da aceitabilidade justificada impedir, de fato, a prevaricação punitiva pelo único interesse ou vontade mais ou menos geral e vincular o juízo à estrita legalidade, ou seja, aos fatos empíricos previamente denotados pela lei como puníveis (FERRAJOLI, 2002, p. 56).

Entretanto, embora as posições dos autores citados não diverjam em substância, mais adequado seria falar, no processo penal, em certeza e não em verdade, seja ela real, material, formal, relativa, aproximada ou até mesmo processual, pois

[...] é, sem dúvida, essa certeza da razão que o legislador quis que fosse a base para o julgamento. Exigir mais seria querer o impossível; porque em todos os fatos que dependem do domínio da verdade histórica jamais se deixa atingir a verdade absoluta (MITTERMAIER, 2004, p. 88).

el espíritu humano como conforme a la verdad, y la certeza de allí surge, como cualquiera otra certeza, no es más que conciencia de la verdad”.

A certeza, como crença de ter alcançado a verdade, não sendo absoluta, mas relativa, é, sem dúvida, o máximo que o espírito humano pode alcançar.⁵

Mas mesmo a busca da certeza não é ilimitada e deve estar condicionada, em um Estado democrático de direito, ao fim do processo penal: a contenção do poder punitivo. A busca da certeza que se realiza no processo penal, em um Estado Democrático de Direito (ou ao menos que pretenda sê-lo), é o meio de que se utilizam as agências judiciais para conter, nos limites máximos, a irracionalidade do poder punitivo.

A certeza que se busca no processo penal é, assim, uma certeza garantia – garantia do acusado em face do poder punitivo estatal. Uma certeza que não pode ser alcançada a qualquer preço, mas que encontra limitações no fundamento ético do processo

⁵ Lopes Júnior (2005, p. 267, nota 569), embora se manifeste concorde com esse posicionamento, faz a seguinte observação: “contudo, hoje pensamos que é o momento de repensar a própria certeza. Entendemos que não há que se falar em verdades e tampouco em certezas, mas sim em probabilidades, em verossimilhança enquanto ‘semelhança com o vero’. O máximo que o processo pode alcançar é um alto grau de aparência, de plausibilidade, de que o fato tenha ocorrido (no passado, sempre um fato histórico) conforme o processo conseguiu apurar. O processo jamais alcançará a verdade e, pensamos, tampouco uma ‘certeza’. Por isso o máximo que podemos admitir são juízos de verossimilhança, de probabilidade. E, mais do que isso, é chegado o momento de reconhecer que a incerteza está tão arraigada nas diferentes dimensões da vida [...] que a discussão talvez devesse superar a fase da ‘probabilidade’, para atingir o nível da possibilidade, ou ainda, das propensões [...]. Esclarecemos que ao falarmos de ‘possibilidade’ não estamos reduzindo a esfera de garantias. Não se trata de diminuição do nível de exigência necessária à condenação, senão de uma readequação de categorias à luz da epistemologia da incerteza. Em outras palavras, não estamos exigindo menos ‘convencimento’ para a decisão judicial, mas sim estruturando o pensamento jurídico a partir de uma nova (?) racionalidade científica, que há muito tempo vem demonstrando a inadequação de categorias como ‘certeza’, ‘verdade absoluta’ etc. Com isso, aproximariámos o direito de categorias científicas mais atuais, rompendo com a tradição jurídica de alienar-se dos demais ramos do saber”.

penal e do Estado democrático de direito: a dignidade da pessoa humana.

Essa concepção de certeza como garantia do acusado em face do poder punitivo estatal proporciona a clarificação dos limites da atividade probatória no processo penal.

A atividade probatória realizada no processo penal, possibilitando o meio pelo qual se possibilita ao julgador o conhecimento de fatos passados e a crença da conformidade entre o conhecimento e a realidade, ou seja, a certeza, para o alcance da finalidade de contenção do poder punitivo, compatível com um Estado democrático de direito, não poderá constituir violação aos direitos fundamentais da pessoa, os quais deve o processo penal, como objetivo último, dentro de suas possibilidades, resguardar e promover.

É nesse sentido que devem ser interpretados os dispositivos existentes na legislação processual penal brasileira que conferem poderes instrutórios ao juiz, no processo penal, a exemplo do artigo 156 do Código de Processo Penal. Em um Estado democrático de direito, os poderes instrutórios do juiz penal decorrem não da necessidade de conhecimento de uma “verdade absoluta”, mas da necessidade, no caso concreto, de conter, em grau máximo, a irracionalidade do poder punitivo e, assim, resguardar os direitos fundamentais da pessoa.

Pode-se argumentar que, sob esse pretexto, a iniciativa instrutória do juiz penal poderá oportunizar a violação de direitos fundamentais, por meio de práticas inquisitoriais. Mas isso, sem dúvida, constituirá um desvio, uma anomalia, como tantas outras verificadas na atualidade, as quais têm conduzido à deslegitimação da atuação judicial no Estado democrático de direito. É importante recordar que

[...] o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 46).

Por outro lado, acrescenta Ferrajoli:

[...] o vínculo da verdade processual é também a principal fonte de legitimação externa, ético-política ou substancial do Poder Judiciário, que, diversamente de qualquer outro poder público, não admite uma legitimação do tipo representativo ou consensual, mas apenas uma legitimação do tipo racional e legal, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e recognitivo da sua qualificação jurídica, que é indispensável à motivação dos atos jurisdicionais [...]. Nenhuma maioria, ainda que esmagadora, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo do cidadão, único que seja. E nenhum consenso político – do parlamento, da imprensa, dos partidos ou da opinião pública – pode suprir a prova ausente em uma hipótese acusatória. Em um sistema penal garantista o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não acrescenta nada à legitimidade da jurisdição, uma vez que nem a vontade ou o interesse geral e tampouco nenhum outro princípio de autoridade podem tornar verdadeiro aquilo que é falso ou vice-versa (FERRAJOLI, 2002, p. 437).

A busca da certeza, entendida como certeza garantia, conforme explicitado anteriormente, relativa e limitada pelo respeito aos direitos fundamentais da pessoa, se necessária à contenção do poder punitivo, não pode ser obstaculizada pela inércia das partes, competindo ao juiz, nessa hipótese, a busca do conhecimento necessário à legitimação da jurisdição penal no Estado democrático de direito, a ser alcançada pela contenção do poder punitivo e pela proteção dos direitos fundamentais.

É bem verdade que grandes são os esforços, em doutrina, para a desconstrução do mito da “verdade real” no processo penal. Grinover, dando uma nova dimensão ao princípio, pondera que

O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do

juiz e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida (GRINOVER, 1999, p. 76).

Embora o mito da “verdade real” nunca tenha sido abandonado pelo discurso jurídico-penal, na atualidade, tem sido cultuado e invocado como forma de atender aos reclamos do discurso “da lei e da ordem”, ancorado, como visto, na ideologia da “segurança cidadã”.

A difusão do medo e do sentimento de insegurança na sociedade, provocada, dentre outros fatores, pela incapacidade do Estado de solucionar os conflitos internos, gera um estado de “paranóia”, que pacifica a “ética do vale tudo”, convalidada que é pelo senso comum, em nome de uma pseudo-segurança, com grandes prejuízos para os direitos fundamentais (COGO, 2001, p. 248).

Por outro lado, a complexidade das relações sociais na era da globalização, proporcionada, principalmente, pela “revolução tecnológica” e manifestada, com especial ênfase, na denominada “criminalidade organizada”, tem tornado cada vez mais difícil a investigação dos fatos no processo penal.

Nesse contexto, as garantias penais e processuais passam a constituir empecilhos à busca da certeza, como se responsáveis fossem pela “falência estrutural do Estado” (CHOUKR, 2002, p. 46), manifestada em todos os setores sociais, em razão da complexidade social. A certeza, assim, perde sua característica de garantia da pessoa diante da onipotência do poder punitivo estatal e passa a constituir a justificativa para a violação dos direitos fundamentais.

Todo esse contexto constitui terreno fértil para que o mito da “verdade real” atinja, no processo penal, graus intoleráveis de irracionalidade, uma vez que, “em tempos pós-modernos, é a desculpa perfeita para fazer-se tábua rasa dos direitos fundamentais”, pois “o mito da verdade real é apenas o símbolo da barbárie, da ética da irracionalidade” (COGO, 2001, p. 255).

Isso é perceptível nas opções legislativas penais e processuais penais. A título de exemplo de medidas adotadas sob o pretexto do alcance de uma “verdade real”, é válido citar a “delação premiada”, prevista pelo artigo 25, § 2.º, da Lei 7.492/1986, com

as alterações introduzidas pela Lei 9.080/1995, pelo artigo 8.º, parágrafo único, da Lei 8.072/1990, pelo artigo 16, parágrafo único, da Lei 8.137/1990, acrescentado pela Lei 9.080/1995, pelo artigo 6.º da Lei 9.034/1995, pelo artigo 159, § 4.º, do Código Penal, com a redação determinada pela Lei 9.269/1996, pelo artigo 1.º, § 5.º, da Lei 9.613/1998, pelos artigos 13, incisos I a III e parágrafo único, e 14, ambos da Lei 9.807/1999 e pelo artigo 32, §§ 2.º e 3.º, da Lei 10.409/2002, o que nada mais representa do que o retorno às práticas inquisitivas de colaboração (CHOUKR, 2002, p. 44).

Outros exemplos são ofertados pelos artigos 2.º, incisos IV e V, e 3.º da Lei 9.034/1995, ao disciplinarem as figuras da captação e interceptação ambiental, do agente infiltrado e do juiz inquisidor,⁶ respectivamente, bem como pela Lei 9.296/1996, ao disciplinar as interceptações telefônicas.

Na práxis judicial, o mito da “verdade real” tem se manifestado, primordialmente, na produção de provas com violação aos direitos fundamentais da pessoa, bem como na admissão, no processo penal, de provas obtidas ilicitamente, com base em uma ponderação de interesses, fundamentada no princípio da proporcionalidade.

⁶ O Supremo Tribunal Federal, na ADIn 1.570-2, julgada aos 12 de fevereiro de 2004, declarou a inconstitucionalidade do artigo 3.º da Lei 9.034/1995, no que se refere aos dados fiscais e eleitorais.

A PROVA NO PROCESSO PENAL

SUMÁRIO: 5.1 A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal: garantia absoluta? – 5.2 Prova e coerção direta.

Sendo a prova¹ o meio pelo qual o julgador se apodera do conhecimento sobre a realidade, razão assiste a Gomes Filho (1997, p. 42) ao afirmar que “a idéia de prova vem frequentemente associada, numa relação funcional, à de verdade [...]”.

De fato. É da concepção que se tem sobre a verdade que se extrai o conceito de prova, seu significado para o processo penal e seus limites.

Pode-se, portanto, afirmar, a partir da análise até agora realizada, que a atividade probatória, como técnica desenvolvida, no processo penal, para o estabelecimento daquilo que se denominou certeza garantia, é por esta limitada e somente pode ser compreendida, no Estado democrático de direito, como garantia da pessoa (acusada, indiciada ou suspeita), em face da onipotência do poder punitivo estatal.

A prova, como garantia da pessoa diante do poder punitivo estatal, não é somente aquela produzida *pro reo*, assim entendida

¹ Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 141-142), a expressão prova pode significar o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos, o resultado dessa atividade, bem como o meio ou instrumento para a formação da convicção do julgador. Aqui a expressão foi utilizada em seu tríplice sentido.

aquela que evidencia a inocorrência do fato ou a existência de qualquer circunstância que exclua o crime ou isente o acusado de pena, mas toda a prova produzida no processo penal.

Explica-se. A prova, ao conduzir à certeza da inocorrência de um fato definido como crime ou da existência de alguma causa que exclua o crime ou isente o acusado de pena, interrompe o exercício do poder punitivo pelo Estado. Por outro lado, ao conduzir à certeza da sua ocorrência, permite a contenção do exercício daquele poder nos limites tolerados pela Constituição Federal, impedindo-se, assim, o arbítrio estatal.

Dessa forma, não é somente a prova *pro reo* que constitui garantia do acusado, mas toda prova produzida no processo penal assume essa característica. É a prova, portanto, garantia do acusado contra a violência e o arbítrio estatal.

Essa concepção de prova como garantia decorre do texto constitucional de 1988.

Além de ser uma consequência lógica do direito à ampla defesa, previsto no inciso LV do artigo 5.º da Constituição Federal, a idéia de prova como garantia do acusado pode ser extraída do inciso LVI do referido artigo 5.º da Constituição Federal, o qual estabelece serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Esse limite constitucional, além de conferir à atividade probatória realizada no processo um conteúdo ético,² compatível com o fundamento e o fim do processo penal no Estado democrático

² Observa Hassemer (1998, p. 29) que “no existe ningún tipo de ‘igualdad de armas’ entre la criminalidad y el Estado que la combate en el sentido de una permisión a los órganos estatales para utilizar todos los medios que se encuentran al alcance de los criminales. El Estado necesita, también de cara a la población, una prevalencia moral sobre el delito, que no solo sea fundamentada normativamente sino que también actúe da manera práctico-simbólica. El Estado no debe utilizar métodos criminales ya que perdería esta prevalencia y con ello, y a largo plazo, pondría en peligro la credibilidad y la confianza de la población en el orden jurídico estatal”.

de direito, consagrou a prova, no processo penal, como verdadeira garantia³ do acusado contra o arbítrio estatal.

Vedar a admissão, no processo, de qualquer prova que viole os direitos e garantias fundamentais da pessoa é reconhecer o processo penal como um instrumento de proteção desses direitos contra a violência do poder punitivo estatal.

Nessa perspectiva, é de se indagar, seguindo a linha de desenvolvimento realizada no item 3.1 desta parte, se o Ministério Público possui um direito à prova no processo penal.

Há uma forte tendência, em doutrina, no sentido de conferir um direito à prova ao Ministério Público, nas ações penais públicas ou ao seu substituto processual, nas ações penais privadas.

Ao discorrer sobre o direito à prova, Gomes Filho assim se posiciona:

Caracteriza-se, assim, um verdadeiro direito subjetivo à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de ação e de defesa: o direito de ser ouvido em juízo não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz (GOMES FILHO, 1997, p. 84).

Entretanto, a partir das peculiaridades do processo penal, da relação de poder, repita-se, deslegitimada, que se encontra a ele subjacente, mais adequado seria falar em ônus da prova para o Ministério Público ou seu substituto processual.

³ Embora não se pretenda aqui adentrar a discussão sobre a distinção entre direitos e garantias, vale transcrever a lição de Ruy Barbosa (apud SILVA, 1996, p. 183) ao dizer que “uma coisa são os direitos, outra as garantias, pois devemos separar, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder”.

Ademais, a idéia de ônus da prova para o Ministério Público ou seu substituto processual é extraída, também, do princípio da inocência ou não-culpabilidade, como preferem alguns, previsto no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

De fato, a não-comprovação do fato definido, em lei, como crime enseja a prolação de uma sentença, baseada na ausência de provas, de improcedência da acusação, pois toda a carga probatória daquele fato incumbe ao Ministério Público ou seu substituto processual, amparado que está o acusado pela presunção constitucional de inocência ou não-culpabilidade.

Por outro lado, em razão da posição constitucional do Ministério Público, o exercício desse ônus é mais do que limitado, é informado pela finalidade última do processo penal no Estado democrático de direito, que ao Ministério Público, como defensor da ordem democrática, compete promover: a contenção do poder punitivo e a defesa dos direitos fundamentais.

Dessa forma, a atividade probatória desenvolvida no processo penal para o conhecimento dos fatos passados não pode constituir violação aos direitos fundamentais do acusado. Revela-se paradoxal violar direitos fundamentais para o fim de proteção desses mesmos direitos.

5.1 A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL: GARANTIA ABSOLUTA?

Os direitos e garantias fundamentais caracterizam-se pela sua natureza universal e heterogênea. São direitos universais porque pertencem a todos os integrantes da comunidade, em igualdade de condições, e heterogêneos, pois se traduzem em pretensões diversas, conquistadas historicamente, a partir de carecimentos do homem, por vezes incompatíveis entre si (BOBBIO, 1992). Disso decorre a relatividade dos direitos e garantias fundamentais.

A relatividade dos direitos e garantias fundamentais é extraída, também, da natureza principiológica das normas que os asseguram. Como mandados de otimização que são, as normas que asseguram

os direitos fundamentais ordenam a sua realização na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Não contêm, portanto, determinações definitivas, mas *prima facie*. O âmbito das possibilidades jurídicas, segundo Alexy (2002, p. 86), é determinado pelos princípios e regras opostos.

Os direitos fundamentais encontram-se, pois, sujeitos a restrições decorrentes do próprio sistema de direitos fundamentais, consubstanciadas no exercício de direitos fundamentais contrapostos ou outros bens constitucionalmente protegidos.

Embora a relatividade seja uma característica ínsita aos direitos fundamentais, decorrente de sua natureza universal, heterogênea e principiológica, a inadmissibilidade, no processo penal, de provas produzidas por meios ilícitos, como garantia do acusado diante da onipotência do poder punitivo estatal, deslegitimado em um Estado democrático de direito, é absoluta.

Bobbio (1992, p. 42), ao explicar o “valor absoluto” dos direitos fundamentais, afirma:

Entendo por ‘valor absoluto’ o estatuto que cabe a pouquíssimos direitos do homem, válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção. Trata-se de um estatuto privilegiado, que depende de uma situação que se verifica muito raramente; é a situação na qual existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais (BOBBIO, 1992, p. 42).

No processo penal, como salientado ao longo do trabalho, há uma relação de poder subjacente. Essa relação expressa o conflito entre o interesse de punir do Estado e o direito de liberdade da pessoa.

A prova, em um processo penal garantista, é, como visto, uma garantia do acusado. Nessa perspectiva, a proibição da admissibilidade, no processo penal, das provas ilícitas,⁴ invocando a lição de

⁴ Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 157-158) definem a prova ilícita como a prova colhida com infringência de normas e princípios colocados pela Constituição e pelas leis para a proteção dos direitos fundamentais. O projeto de lei do Poder Executivo 4.205/2001, ainda em tramitação no Congresso Nacional, propõe a seguinte redação para o artigo 157 do Código de Processo Penal:

Rui Barbosa, é uma disposição assecuratória que, em defesa dos direitos fundamentais, limita o poder (apud SILVA, 1996, p. 183).

Como garantia do acusado, em face do poder punitivo estatal, a proibição da admissibilidade, no processo penal, das provas ilícitas é uma garantia absoluta, pois, seguindo a lição de Bobbio (1992, p. 42), acima transcrita, nessa circunstância, os direitos fundamentais que visa resguardar não se encontram em concorrência com outro direito, igualmente fundamental, mas em concorrência com um poder deslegitimado no Estado Democrático de Direito, não obstante tolerado pela Constituição Federal de 1988.

É importante salientar que essa garantia constitucional impede, para o fim exclusivo de aplicar uma pena, que sejam introduzidas, no processo penal, provas obtidas por particulares ou pelos órgãos de persecução penal, com violação aos direitos fundamentais da pessoa, ou que seja determinada, pelo Poder Judiciário, também com o fim exclusivo de repressão penal, a produção de provas com violação desses direitos.

Observe-se que poderão ocorrer situações em que a proibição da admissibilidade das provas ilícitas constituirá um obstáculo à proteção dos direitos a que se destina proteger, quais sejam os direitos fundamentais da pessoa, em face do poder punitivo estatal. É o caso em que o direito de liberdade do acusado pode ser violado pela inadmissão, no processo penal, de prova da sua inocência, por ter sido obtida de forma ilícita. Nessa hipótese, a garantia constitucional, vocacionada à defesa dos direitos fundamentais da pessoa, poderá ser relativizada, por meio da ponderação, se se encontrar em conflito com outro direito fundamental, igualmente protegido pela Constituição Federal.

5.2 PROVA E COERÇÃO DIRETA

Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 141-142), prova pode significar o conjunto de atos processuais praticados

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios e normas constitucionais”.

para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos, o resultado dessa atividade ou o meio ou instrumento introduzido no processo para a formação da convicção do julgador.

Em qualquer hipótese, tem uma vinculação com a reconstrução de um fato passado, cuja ocorrência abriu as portas ao Estado para o exercício do poder punitivo.

A prova, assim, não se confunde com a coerção direta,⁵ consistente, como já analisado, em uma intervenção “na pessoa ou nos bens para neutralizar um perigo iminente ou interromper uma atividade lesiva em curso” (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 104). A coerção direta não objetiva a reconstrução de fato ocorrido no passado, mas a neutralização de um perigo iminente ou a interrupção de uma atividade lesiva.

Dessa forma, a coerção direta pressupõe um conflito entre direitos fundamentais igualmente protegidos pela ordem constitucional.

Por constituir a coerção direta uma forma de intervenção na esfera de liberdade individual, sustentou-se, em outra oportunidade, a sua submissão a controle judicial prévio, ou posterior, se a urgência da intervenção inviabilizar o controle prévio, com todas as garantias penais e processuais penais.

Por vezes, a coerção direta pode, ao mesmo tempo, interromper a atividade lesiva e, materializada no processo, propiciar a formação da convicção do julgador sobre a ocorrência de um fato passado, definido como crime. Nessa hipótese, não há que se falar simplesmente em coerção direta, mas, também, em prova.

A distinção entre prova e coerção direta tem fundamental importância, pois constitui pressuposto para a verificação da legitimidade da restrição aos direitos fundamentais, realizada no processo penal, por meio da ponderação de interesses, com fundamento no princípio da proporcionalidade.

⁵ Sobre a coerção direta, remete-se o leitor à primeira parte deste trabalho, item 2.2.

Parte III

A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal

COLOCAÇÃO DO TEMA

A atividade probatória, como técnica desenvolvida no processo penal para o estabelecimento da “verdade”, é, sem dúvida, a que mais sofre as influências de todo o complexo fenômeno em que consiste o exercício do poder punitivo, em uma sociedade como a brasileira, na era da globalização. Isso porque é a atividade probatória a “alma do processo penal”. Pode-se afirmar que a atividade probatória é o “termômetro” do processo penal, por meio do qual é possível aferir o seu grau de garantismo.

Essa influência, no Brasil, é perceptível nas respostas legislativas ao movimento “da lei e da ordem”, como manifestação que é daquilo que, ao longo do trabalho, denominou-se “exercício do poder em rede”. É crescente, na legislação brasileira, a adoção de técnicas de apuração da verdade tipicamente inquisitoriais, como é o caso da delação premiada, dos agentes infiltrados e do juiz inquisidor, conforme já mencionado.

Mas essa influência alcança, também, a atuação das agências judiciais, com especial destaque ao Poder Judiciário e ao Ministério Público. Embora em um Estado democrático de direito a atuação dessas agências encontre sua legitimação na defesa dos direitos fundamentais, o que se concretiza, no processo penal, com a contenção do poder punitivo, referidas agências, como já enfatizado em outra oportunidade, não são assépticas ao exercício do poder por outras agências. É importante salientar, ainda, que juízes e promotores não são deuses, acima do bem e do mal. São seres humanos, inseridos na sociedade, os quais convivem com os problemas sociais e sofrem as suas consequências. São atingidos

pela mesma cultura do medo e da insegurança que atinge toda a sociedade.

Sem dúvida, isso condiciona, de certa forma, a atuação dessas agências, enfraquecendo, sobremaneira, o Estado democrático de direito.

A par da tímida atuação do Poder Judiciário – no controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais editadas como resposta emergencial a problemas estruturais, com violação aos direitos e garantias consagrados na Constituição Federal de 1988 – e do Ministério Público – na provocação desse controle –, expressivos são, na atualidade, os pronunciamentos judiciais exarados no processo penal em que, a pretexto de se alcançar a “verdade” necessária à “tutela da segurança social”, admite-se a produção de provas com violação aos direitos e garantias fundamentais do acusado e até mesmo de terceiros, ou, ainda, a introdução de provas produzidas ilicitamente, invocando-se uma ponderação de interesses, com base no princípio da proporcionalidade, para conferir legitimidade a tais violações.

A questão é extremamente complexa e não tem sido suficiente e adequadamente debatida, em caráter geral, tanto no âmbito doutrinário como no âmbito jurisprudencial. O que se verifica, tanto em doutrina como em jurisprudência, são análises casuísticas, insuficientes à elaboração de um discurso jurídico sistematizado e coerente com o fundamento e o fim do Estado democrático de direito: a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, não se pretende, nesta pesquisa, apresentar respostas para todas as complexas situações que se manifestam durante a instrução probatória no processo penal, mas expor alguns critérios para a ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal.

Com certeza, as propostas apresentadas não esgotarão o tema. Mas não se tem essa pretensão. O que se pretende com esta investigação é, apenas, oferecer uma contribuição para a sistematização da matéria, possibilitando a elaboração de um discurso jurídico-penal que, materializando-se em decisões judiciais, possibilite a realização, senão plena, mas dentro das possibilidades máximas da dignidade da pessoa humana.

LIBERDADE INDIVIDUAL X SEGURANÇA SOCIAL: UM FALSO CONFLITO

A busca da “verdade absoluta” foi o interesse, durante longo tempo, colocado em contraposição aos direitos fundamentais do acusado no processo penal e justificou graves violações a esses direitos.

Desconstruída a concepção de verdade como verdade absoluta, a idéia de verdade como fim do processo ficou praticamente superada, bem como afastada foi a idéia de um conflito de interesses entre a busca da verdade e os direitos fundamentais do acusado.

Indaga-se, então: quais são os interesses em conflito no processo penal?

A resposta a essa indagação apresenta especial importância para o objeto do presente estudo, pois falar em ponderação de interesses no processo penal pressupõe, necessariamente, definir quais os interesses que, estando em conflito, precisam ser ponderados.

Por outro lado, definir quais os interesses em conflito no processo penal é condição necessária para a verificação da legitimidade das restrições aos direitos e garantias do acusado e de terceiros, com base no princípio da proporcionalidade.

Entretanto, a questão, por não ser adequadamente discutida, obscurecendo a visão dos juristas, tem dificultado a consolidação do processo penal como instrumento de garantia de liberdade da pessoa.

Com base em uma ideologia da defesa social, fala-se, em doutrina, que, no processo penal, o interesse contraposto ao interesse de liberdade do acusado é o de segurança social, segurança pública, ordem pública, interesse de punição dos culpados, direito à prova, ou, ainda, interesse de realização da “justiça penal”.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 153), ao discorrerem sobre a necessidade do estabelecimento de limites à atividade probatória, afirmam que “a dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no processo penal”, revelando, dessa forma, admitirem que o conflito de interesses existente no processo penal é entre o interesse de defesa social e os direitos de liberdade do acusado.

Aranha (2004, p. 67), ao falar da aplicação da teoria da proporcionalidade em matéria de provas ilícitas, a qual prefere denominar “teoria do interesse preponderante”, pontua que, “em certas situações, a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses fundamentais relevantes, antagônicos, e que a ela cumpre preservar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso”, ressaltando que a “solução deve consultar o interesse que prevalecer e que, como tal, deve ser preservado”.

Queijo (2003, p. 346) sustenta que, “no processo penal, a ponderação deverá operar-se entre o interesse estatal e o interesse individual”. Invocando a lição de Gonzalez-Cuellar Serrano, assevera que

[...] o interesse individual consubstancia-se na manutenção do *ius libertatis*, com pleno gozo dos direitos fundamentais [...] fundamentalmente, o interesse estatal nas medidas restritivas de direitos fundamentais é o interesse na persecução penal, objetivando-se a tutela dos bens jurídicos protegidos nas normas penais (QUEIJO, 2003, p. 346).

Ao se referir expressamente à possibilidade de restrição ao direito de não produzir prova contra si mesmo, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, afirma que

A definição dos limites ao *nemo tenetur se detegere* diz respeito à solução do conflito entre o exercício do referido direito fundamental e a necessidade de preservação de

outros bens protegidos constitucionalmente, representados pela segurança pública e a paz social, que são alcançados por meio da persecução penal (QUEIJO, 2003, p. 356).

Mendonça (2004, p. 8) fala, também, em liberdades individuais em contraposição à defesa social.

Sarmiento (2003, p. 182), de igual forma, sustenta a existência, no processo penal, de um conflito de interesses constitucionalmente protegidos, quais sejam a liberdade corporal do acusado e a segurança da sociedade.

D'Urso, ao tratar do princípio da proporcionalidade no processo penal, também cogita a existência de um conflito entre a segurança social e o interesse individual de liberdade, afirmando que

Para o processo penal, na administração do conflito entre a segurança social e o interesse individual da liberdade, a solução dessa ponderação de bens passa necessariamente por uma decisão em que, na condição restritiva de direitos, seja absolutamente preservado um mínimo essencial consistente naquele maior valor [...] – a dignidade da pessoa humana (D'URSO, 2004, p. 3).

Gomes Filho (1997, p. 107) refere-se a um interesse na punição dos delitos em confronto com os direitos e garantias fundamentais. Anota, ainda, que, em sede doutrinária, “afirma-se, em linhas gerais, que a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado de direito, que, em determinadas circunstâncias, pode justificar o sacrifício dos direitos individuais [...]” (GOMES FILHO, 1997, p. 105).

Avolio (2003, p. 22), ao discorrer sobre as provas ilícitas, sustenta a existência de um “binômio segurança social/liberdade individual”, expresso “no confronto das correlatas exigências de tutela da coletividade e da pessoa humana”. Refere-se o autor, ainda, a uma “distribuição da justiça” por meio da persecução penal (AVOLIO, 2003, p. 23).

Ao explicar a possibilidade de restrição à garantia constitucional de proibição de admissão, no processo, das provas produzidas ilicitamente, por meio do princípio da proporcionalidade, Barros, M. A. assevera que

Nessa quadra de predominância do interesse público fala-se até mesmo da existência da teoria do 'interesse predominante', segundo o qual o Estado, representando a sociedade, é chamado a tutelar dois interesses relevantes e antagônicos, como o são: a defesa de um direito constitucionalmente resguardado e a necessidade de punir o criminoso (BARROS, M. A., 2002, p. 270).

Acrescenta, ainda, o autor, invocando a tese sustentada pioneiramente pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha,¹ que "a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito, suscetível de ser levado à balança da ponderação com os direitos fundamentais" (BARROS, M. A., 2002, p. 270).

Embora reconheça Barros, M. A. que "a desconsideração do preceito constitucional garantidor de direitos fundamentais só tem cabimento quando absolutamente indispensável para a proteção de um direito superior, ou no mínimo equivalente", considera como "direito superior" o "interesse estatal de bem executar a persecução penal" (BARROS, M. A., 2002, p. 276).

Na doutrina internacional, Castrillo e Morato mencionam três classes de interesses diversos no processo penal:

a) el orden social y la seguridad pública, que precisa la sociedad para defensa y existencia; b) la dignidad y la libertad personal del 'presunto culpable' al que asiste el sagrado derecho de defensa; c) los derechos de la víctima a que se restablezcan su intergridad física, moral y demás

¹ Essa informação é do próprio autor (BARROS, M. A., 2002, p. 270). Entretanto, é confirmada por Costa Andrade, ao relatar que o Tribunal Federal da Alemanha, nos "casos do diário", pronunciou-se, abertamente, "por um princípio geral de 'ponderação' que erige a realização efectiva da justiça penal em transcendente interesse do Estado de Direito cuja promoção ou salvaguarda pode sobrepor-se aos direitos fundamentais e legitimar o seu sacrifício" (COSTA ANDRADE, 1992, p. 29). Informa, ainda, Costa Andrade que, na práxis jurisprudencial do Tribunal Federal Alemão, prevalece o entendimento assente "na ponderação entre os bens jurídicos tutelados pelas proibições de prova e os valores encabeçados na perseguição penal", principalmente no tratamento da criminalidade grave (COSTA ANDRADE, 1992, p. 198).

derechos afectados por la infracción penal (CASTRILLO; MORATO, 2000, p. 28-29).

Além de se referirem à segurança pública como direito contraposto ao direito de liberdade do acusado, os autores acima citados referem-se, também, ao interesse da vítima em restabelecer os interesses afetados pela infração penal.

Não obstante o interesse que, preponderantemente, contrapõe-se ao direito de liberdade do acusado seja, no processo penal, o poder de punir estatal, não há como excluir, no sistema brasileiro, ao estabelecer como efeito secundário da sentença penal condenatória tornar certa a obrigação de indenizar, um interesse da vítima, em contraposição ao direito de liberdade do acusado.

Entretanto, se esse interesse pode ser sobreposto ao direito de liberdade do acusado é questão que será analisada mais adiante.

Como visto, ao longo desta investigação, o Estado, ao assumir o poder de punir, substituiu o interesse da vítima pelo seu interesse de punir. Isso decorreu, dentre outros, de fatores políticos e econômicos.

Nesse contexto, a defesa social foi o recurso ideológico utilizado para conferir racionalidade e legitimidade ao poder de punir.

Entretanto, a realidade dos sistemas penais evidenciou, ao longo dos séculos, a falácia do discurso legitimante, bem como a incapacidade do poder punitivo, pela violência que encerra, de alcançar os fins que lhe foram propostos no decorrer da história, descortinando a sua irracionalidade.

A idéia de defesa social, a qual permanece no âmago dos discursos jurídico-penais e que, como consequência do movimento “da lei e da ordem”, assume, na atualidade, o enfoque da “segurança social” ou “segurança cidadã”, sustenta a ilusão da existência de um conflito de interesses legítimos no processo penal, qual seja entre a segurança social e a liberdade individual.

Entretanto, como já salientado, a idéia de segurança, no Estado democrático de direito, não é algo excludente do conceito de liberdade individual, mas complementar a este. Não há que se falar em segurança social divorciada do valor liberdade. A invocação

da segurança social em contraposição à liberdade individual é ideológica e tem um objetivo evidente: dar uma resposta emergencial, simbólica, aos conflitos sociais pela “neutralização” de algumas pessoas.

Fala-se em resposta simbólica porque não soluciona o problema, apenas confere a aparência de que alguma providência foi tomada, pois segurança, no seu sentido democrático, não pode ser alcançada com a “neutralização” de pessoas. Ressalte-se, ainda, que essa “neutralização” é a mais evidente e violenta utilização do homem para fins outros que não os seus.

Não há, pois, um conflito de interesses entre o direito fundamental à liberdade individual e o direito fundamental à segurança social, a serem colocados, no processo penal, nos pratos da balança da justiça, pois o conflito de interesses àquele subjacente é entre o poder de punir estatal, deslegitimado no Estado Democrático de Direito, e o direito de liberdade do acusado. A segurança social é apenas o argumento ideológico utilizado para encobrir a irracionalidade do poder punitivo.

Essa falsa dicotomia foi apontada por Choukr (2002, p. 10-11), ao advertir que “deve ser evitado o raciocínio simplista encontrado na dicotomia liberdade individual x segurança social, que tanto tem dificultado a construção de um sistema processual penal menos suscetível de interferências momentâneas”. Acrescenta o autor que os argumentos nascidos dessa contraposição levam a extremos indesejados, pois

A defesa de garantias individuais tende a levar seus defensores à posição de construtores de um sistema fraco, inoperante face ao caos [...]. Por seu turno, os defensores da visão da segurança social tendem a serem vistos como legitimantes do autoritarismo estatal em detrimento do indivíduo [...]. Esta visão se coaduna com a maximização (*sic*) do direito penal [...]. Trata-se, pois, de uma polarização tão inconsequente como paradoxal (CHOUKR, 2002, p. 11).

O argumento de que a realização da justiça penal constitui um valor em contraposição aos direitos e garantias fundamentais da pessoa no processo penal, que, num juízo de ponderação, pode sobrepor-se a estes direitos, revela-se, igualmente, paradoxal.

Sem adentrar a tão complexa discussão sobre as concepções de justiça,² não parece sustentável, em um Estado democrático de direito, um conceito de justiça penal desvinculado, ou pior, contraposto aos direitos e garantias fundamentais.

O sentido de justiça penal atribuído por aqueles que entendem ser esta um valor contraposto aos direitos e garantias fundamentais, no processo penal, somente pode corresponder à idéia de punição dos culpados. Com certeza, esse não pode ser o significado de justiça penal em um Estado democrático de direito, que tem como fundamento e fim a dignidade da pessoa humana.

A seletividade estrutural que caracteriza os sistemas penais, em especial o sistema penal brasileiro, bem como a irracionalidade da pena, conforme já analisado na primeira parte desta investigação, afastam uma concepção de justiça penal, no Estado democrático de direito, que corresponda à idéia de punição dos culpados.

Uma concepção de justiça penal em um Estado democrático de direito está, necessariamente, vinculada à idéia de contenção do poder punitivo e, dessa forma, não se contrapõe à idéia de realização dos direitos fundamentais.

Não há que se falar, também, em um conflito entre o direito à prova no processo penal e os direitos fundamentais do acusado.

A prova, no processo penal, deve ser compreendida em um contexto garantista, constituindo, assim, uma garantia do acusado em face do poder punitivo estatal. Como garantia do acusado, não se contrapõe aos demais direitos fundamentais a ele garantidos pela Constituição Federal de 1988. Ao contrário, apresenta-se como garantia desses direitos.

² Extrapolaria os limites deste trabalho uma análise sobre as concepções de justiça. Sobre o tema, vale a pena consultar, pela sua importância, a obra de John Rawls, intitulada *Uma teoria da justiça*.

A PONDERAÇÃO DE BENS

A inserção, nos textos constitucionais, de direitos universais, ou seja, garantidos em igualdade de condições a todos os integrantes da sociedade, heterogêneos, por traduzirem pretensões diversas, muitas vezes incompatíveis entre si, por meio de normas de natureza principiológica, ensejou uma “viragem metodológica” no âmbito do direito constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 1.237).

Nesse contexto, a idéia de ponderação ou balanceamento foi desenvolvida, no direito constitucional, como decorrente da necessidade de resolver os casos de tensão entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos.

Segundo Steinmetz (2001, p. 140), “a ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão”.

Para Canotilho (2003, p. 1.238), “a ponderação é um modelo de verificação e tipicização da ordenação de bens em concreto”. Dessa forma, segundo o mestre português, com a ponderação não se atribui um significado normativo ao texto da norma, mas se equilibram e se ordenam os bens em relação de tensão, em um caso concreto (CANOTILHO, 2003, p. 1.237).

Acrescenta, ainda, que

Ponderar princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor [...]. Por isso, a ponderação reconduz-se, no fundo [...] à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios

conflitantes. Hierarquia, porque se trata de estabelecer um 'peso' ou 'valor' maior ou menor entre princípios. Móvel, porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso. [...] O apelo à metódica da ponderação é, afinal, uma exigência de solução justa de conflito entre princípios. [...] A dimensão de ponderabilidade dos princípios justifica a ponderação como método de solução de conflito de princípios (CANOTILHO, 2003, p. 1.241).

Essa hierarquização axiológica, embora variável diante das circunstâncias do caso concreto, está condicionada às hierarquizações existentes na própria Constituição.

Como visto em outra oportunidade, embora não exista hierarquia entre normas constitucionais, é irrecusável a existência de uma hierarquia axiológica ínsita aos valores que informam a ordem constitucional, dos quais são positavações os princípios constitucionais.

A dignidade da pessoa humana é, pois, o valor com proeminência axiológica no sistema constitucional brasileiro. Dessa forma, "a ponderação deve sempre se orientar no sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente" (SARMENTO, 2003, p. 105).

Outro não é o entendimento de Barcellos (2003, p. 108-109), que, reconhecendo a "superioridade axiológica" da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional brasileiro, afirma constituir a proeminência desse valor critério para a ponderação.

Falar em ponderação de bens pressupõe, necessariamente, a verificação de uma colisão entre bens ou direitos constitucionalmente protegidos. Segundo Canotilho, as colisões podem ser autênticas, também denominadas próprias, ou inautênticas, também denominadas impróprias:

[...] considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. [...] A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício

de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos (CANOTILHO, 2003, p. 1.270).

Ao discorrer sobre a colisão inautêntica, ou seja, entre direitos fundamentais e outros bens constitucionalmente protegidos, o autor esclarece que, em relação a estes,

Não se trata de qualquer ‘valor’, ‘interesse’, ‘exigência’, ‘imperativo’ da comunidade, mas sim de um bem jurídico. Exige-se, pois, um objecto (material ou imaterial) valioso (bem) considerado como digno de protecção, jurídica e constitucionalmente garantido. [...] Os bens jurídicos de valor comunitário não são todos e quaisquer bens que o legislador declara como bem da comunidade, mas apenas aqueles a que foi constitucionalmente conferido o carácter de ‘bens da comunidade’ (CANOTILHO, 2003, p. 1.271).

Não é, pois, qualquer interesse que pode ser considerado em confronto com os direitos e garantias fundamentais para oportunizar uma ponderação. Para que, efetivamente, esteja caracterizada uma colisão, pressuposto necessário para a ponderação, faz-se necessário que o bem individual, comunitário ou estatal, material ou imaterial, seja legítimo e constitucionalmente garantido.

A verificação da ocorrência de uma “colisão real”,¹ como pressuposto para a ponderação, é feita a partir daquilo que Canotilho denomina “topografia do conflito”. Segundo o autor

A topografia do conflito serve logo para identificar o âmbito normativo dos bens em relação de tensão. Poderá então suceder que as questões fiquem resolvidas nesta primeira abordagem através do teste de razoabilidade. O teste de razoabilidade permitirá, por exemplo, descobrir o desvalor constitucional de alguns interesses pretensamente invocados como dignos de protecção e em conflito com os outros. [...] O teste de razoabilidade será também um esquema metódico que permite excluir a existência de um verdadeiro conflito de bens pelo facto de um dos direitos

¹ Essa expressão é utilizada por Steinmetz (2001, p. 140) para designar a colisão entre bens efetivamente protegidos pela Constituição Federal de 1988.

invocados não estar ou não se poder considerar ‘enquadrado’ na esfera de protecção de uma norma constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 1.239).

A partir do teste de razoabilidade é possível excluir a existência de uma colisão real, seja porque o direito ou bem invocado não é protegido pela Constituição ou porque não se encontra no âmbito de protecção da norma constitucional.

O poder punitivo, embora seja tolerado pela Constituição Federal de 1988, é um poder deslegitimado no Estado democrático de direito e, portanto, não pode ser elevado à condição de bem comunitário ou estatal, a ser colocado na balança da ponderação.

Como visto, no processo penal, o interesse que, predominantemente, contrapõe-se aos direitos fundamentais da pessoa, em especial do acusado, é o poder punitivo estatal. A segurança, seja ela “social”, “pública”, “cidadã” ou “urbana” é mero argumento ideológico invocado para conferir racionalidade ao exercício daquele poder.

Isso conduz à conclusão de que, estando o direito fundamental do acusado ou de terceiro em conflito, exclusivamente, com o interesse de punir do Estado, não haverá uma colisão real, a ser solucionada por uma ponderação de interesses.

É o que, geralmente, ocorre quando se fala em prova no processo penal. Constituindo a prova o meio pelo qual o julgador toma conhecimento da ocorrência ou inoccorrência de um fato passado definido como crime, para a aplicação ou não de uma pena, os interesses que se contrapõem por ocasião da sua produção são, em regra, os direitos fundamentais do acusado ou, eventualmente, de terceiros, e o interesse de punir estatal. Nessa hipótese, não há que se falar em colisão real, porque o interesse de punir não é um bem constitucionalmente protegido no Estado democrático de direito em que se constitui a República Federativa do Brasil.

Entretanto, poderá ocorrer que outros interesses constitucionalmente protegidos, do acusado ou de terceiros, coloquem-se em situação de tensão diante da produção de uma prova. Nessa hipótese, a verificação da existência de uma colisão real, pelo teste de razoabilidade, exige a análise do âmbito de protecção dos direitos ou bens protegidos.

O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Canotilho (2003, p. 1.262), por “âmbito de protecção” entendem-se “aquelas ‘realidades da vida’ que as normas consagradoras de direitos captam como ‘objeto de protecção’”. Definir o âmbito de protecção de um direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido significa falar em conteúdo desse bem ou direito.

Duas posições teóricas de maior relevo disputam a preferência da doutrina constitucional sobre o assunto.

Uma delas, que encontra em Müller um de seus maiores expoentes, qualificada como reducionista do direito fundamental, é denominada teoria estrita.

Müller (1969 apud ALEXY, 2002, p. 300-306), partindo da premissa de que “ningún derecho fundamental está garantizado ilimitadamente”, assevera que “la única restricción realmente inmanente” provém de “su calidad de derecho”. Fundamenta a “reserva de la calidad de derecho de los derechos fundamentales” no fato de pertencerem os direitos fundamentais a um ordenamento jurídico e na impossibilidade, que disso resulta, de serem ilimitados:

en tanto derechos, están fundamentados en la Constitución. Por ello, hay que sostener el punto de vista objetivo-sistemático de su pertenencia al orden jurídico (de la Constitución) de donde resulta la imposibilidad de una ilimitabilidad ‘en todas direcciones’, como una intelección irrenunciable de toda teoría de la Constitución o, si se prefiere otra formulación, como elemento tácito de todo

programa normativo iusfundamental. Se puede llamar también a esta reserva, la reserva de la calidad de derecho de los derechos fundamentales (MÜLLER, 1969, p. 41 apud ALEXY, 2002, p. 300).

E conclui que

la determinación de ‘límites’ e la determinación de ‘contenidos’ deben decir objetivamente lo mismo. La cuestión dogmática primaria no (debe ser) cómo puede ser restringido un derecho fundamental sino: hasta dónde llega su contenido de validez que ha de ser desarrollado a partir del análisis ‘del ámbito normativo’ [...] y su transmisión con el programa normativo de derecho fundamental (MÜLLER, 1969, p. 87 apud ALEXY, 2002, p. 301).

Para Müller, os direitos fundamentais, limitados em razão de sua qualidade mesma de direitos integrantes de uma ordem constitucional, não encontram em princípios contrapostos uma autêntica restrição, senão elementos para a delimitação de seu âmbito normativo. Restrições seriam apenas as autorizadas expressamente pela Constituição e estabelecidas pelo legislador, em razão da reserva de lei.

Essa posição teórica, se pode apresentar resultados satisfatórios nos casos mais simples, denominados por Alexy (2002, p. 316) “casos de derecho fundamental potenciales”, revela-se de todo insatisfatória nos casos difíceis ou “casos de derecho fundamental actuales”, assim considerados aqueles casos em que, existindo dúvidas acerca da proteção jusfundamental, impõe-se uma argumentação jusfundamental.

Por outro lado, a aceitação de que os princípios contrapostos constituem elementos para a delimitação do conteúdo protegido de um direito fundamental encerra um paradoxo, pois, a partir da singularidade dos casos, poderão os princípios contrapostos determinar a maior ou menor amplitude do conteúdo do direito garantido. Em um sistema de direitos fundamentais que tem em sua base, essencialmente, o princípio da igualdade, não se concebe um conteúdo variável do direito, abstratamente considerado, senão um conteúdo que possa ser mais ou menos restringido, de acordo com os princípios em conflito, para assegurar a unidade da Constituição.

Uma segunda posição teórica defende uma concepção ampla do conteúdo dos direitos fundamentais e encontra em Alexy seu grande defensor. Para a denominada “teoria ampla do suposto de fato”, o suposto de fato de um direito fundamental deve englobar, da forma mais ampla possível, todas as posições jurídicas que possam, *prima facie*, ser incluídas no âmbito de proteção do direito fundamental, sem se considerar os direitos de terceiros ou bens coletivos constitucionalmente protegidos. Esse âmbito de proteção amplo será, posteriormente, comprimido pelas restrições estabelecidas diretamente pela Constituição ou determinadas pelo legislador, em razão de autorização constitucional expressa, pela reserva de lei.

Dentre outras objeções, aduz-se que esse modelo, por conceber o suposto de fato de forma tão ampla, abrangeria situações que, por serem rechaçadas pela consciência jurídica como protegidas pelo âmbito normativo de um direito fundamental, deveriam ser excluídas do suposto de fato. É o caso, *exempli gratia*, das condutas ilícitas, como furtar, matar, caluniar. Concebendo-se o suposto de fato de forma ampla, as condutas de furtar, matar e caluniar seriam, necessariamente, abrangidas pelo suposto de fato, pelo menos *prima facie*.

Alexy, entretanto, refuta a objeção com a diferenciação entre casos potenciais de direito fundamental e casos atuais de direito fundamental:

Por un caso de derecho fundamental ‘potencial’ habrá de entenderse un caso en el que ciertamente puede argumentarse iusfundamentalmente, pero una argumentación iusfundamental es totalmente superflua porque no hay ninguna duda con respecto a la admisibilidad iusfundamental de la solución jurídica ordinaria. Un caso ‘actual’ de derecho fundamental se diferencia de ello por en él cabe dudar acerca de la protección o no protección iusfundamental, de forma tal que hay que argumentar iusfundamentalmente. Si siempre fuera perfectamente claro si un caso es un caso actual o potencial de derecho fundamental, la teoría estrecha del supuesto de hecho tendría algo a su favor. En los casos potenciales de derecho fundamental podría negarse la tipicidad mientras que la solución de los casos actuales

de derecho fundamental podría lograrse a través de las restricciones. Sin embargo, la distinción entre los casos potenciales e actuales de derecho fundamental no es de modo alguno clara (ALEXY, 2002, p. 316).

Para Alexy, portanto, os casos das condutas ilícitas poderiam, à luz da teoria ampla do suposto de fato, ser incluídos nos denominados “casos potenciais de direitos fundamentais”, pois, embora garantida a liberdade de ação de forma ampla, não há dúvida de que essa liberdade é restringida pela proibição de furtar, matar, caluniar, pois

[...] No puede hablarse en absoluto de un derecho definitivo a hurtar, etc. Pero, lo que la teoría amplia del supuesto de hecho supone es un derecho *prima facie* a hacer y omitir lo que uno quiera. Este derecho es restringido, entre otras cosas, por la prohibición de hurtar (ALEXY, 2002, p. 319).

Para a teoria ampla, o suposto de fato é concebido da forma mais ampla possível, podendo ser restringido, nos casos potenciais de direito fundamental, sem a necessidade de uma argumentação jusfundamental, bem como sem necessidade de recorrer a uma teoria estrita, com os riscos que desta posição adviriam à segurança jurídica e ao princípio da igualdade.

Canotilho (2003, p. 1.275-1.278), adotando uma posição intermediária, embora não compartilhe de uma concepção estrita do suposto de fato, propõe, para a determinação do âmbito de proteção, um procedimento metódico “cujas regras não apresentam qualquer modificação substancial relativamente ao procedimento metódico geral de concretização de normas constitucionais”. Sugere que, nesse procedimento delimitador, para a verificação dos bens protegidos e sua extensão, sejam excluídas as condutas ilícitas, as quais não constituiriam restrições, como sustentado por Alexy.¹

¹ Para Canotilho (2003, p. 1.275-1.277), somente deve falar-se em restrição de direitos, liberdades e garantias depois de delimitado o âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras de direitos. Dessa forma, quando afirma que na delimitação do âmbito de proteção devem ser excluídas as condutas ilícitas (proibições decorrentes da proteção de outros direitos e bens pela Constituição),

Uma vez verificado que o direito invocado não se encontra no âmbito de proteção de uma norma constitucional consagradora de direitos fundamentais, não há que se falar em colisão e tampouco em ponderação, impondo-se, nesse caso, uma solução que realize o direito efetivamente protegido.

acaba por afirmar que estas não constituem restrições aos direitos. Entretanto, o próprio autor, ao discorrer sobre as restrições aos direitos, inclui neste conceito o que denomina “limites constitucionais não escritos ou restrições não expressamente autorizadas pela Constituição”, os quais traduzem, em síntese, os limites decorrentes dos direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos contrapostos.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO JURÍDICO PARA A PONDERAÇÃO DE BENS

SUMÁRIO: 5.1 A fundamentação constitucional do princípio da proporcionalidade – 5.2 O conteúdo do princípio da proporcionalidade.

A ponderação, como técnica para a solução das colisões entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, encontra seu fundamento constitucional no princípio da proporcionalidade. É deste importante princípio que ora se trata.

Não há consenso, em doutrina, sobre a origem do princípio da proporcionalidade.

Afirma Fernandes (2002, p. 51-52) que a idéia de proporcionalidade é muito antiga, bastando lembrar a famosa Lei do Talião. Entretanto, como princípio consagrado constitucionalmente, foi desenvolvido, principalmente, na Alemanha, sob inspiração das idéias jusnaturalistas e iluministas, após a Segunda Guerra Mundial.

Avolio (2003, p. 56) aponta a matriz do pensamento encerrado no princípio da proporcionalidade na antiguidade clássica, quando a idéia de proporcionalidade já se manifestava na “justitia vindicativa talionica”. A partir do século XVIII, com maior intensidade no século XIX, passou a guardar relação com as limitações administrativas da liberdade individual.

Segundo Santos, G. (2004, p. 117), embora a idéia de proporcionalidade habite a filosofia desde a antiguidade,¹ foi na mo-

¹ Segundo o autor, freqüente é a referência à obra de Aristóteles, na qual a proporcionalidade faz parte do próprio conceito de justiça.

ternidade, no âmbito penal, mais especificamente com a obra de Cesare Beccaria, que ela foi desenvolvida de forma mais compatível com a feição atual.

Para Sarmento,

Inicialmente, a idéia de proporcionalidade adstringia-se ao direito penal. A partir de Beccaria, cristalizou-se o entendimento de que as sanções criminais deviam ser proporcionais à gravidade dos delitos praticados. Daí, já no século XIX, o princípio da proporcionalidade alcança o direito administrativo, onde passa a ser concebido como “medida para as limitações administrativas da liberdade individual” (SARMENTO, 2003, p. 79).

Steinmetz (2001, p. 145), entretanto, aponta a origem do princípio da proporcionalidade no direito administrativo. Invocando a lição de Gonzalez-Cuellar Serrano, afirma que o princípio da proporcionalidade surgiu no direito administrativo prussiano, no século XIX, estendendo-se para todo o direito administrativo e, por fim, para o direito público em geral. No processo penal, informa o autor que o princípio foi amplamente discutido na Alemanha, em 1925, quando um conhecido político, acometido de grave enfermidade, cumprindo prisão preventiva, faleceu.

A idéia de que o princípio da proporcionalidade teve sua origem no direito administrativo também é acolhida por Barros, S. (2000, p. 35), para quem o germe do princípio da proporcionalidade foi “a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração”, desenvolvida a partir das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra, nos séculos XVII e XVIII.

Apesar das divergências, certo é que a idéia de proporcionalidade sempre esteve vinculada à idéia de limitação do poder estatal para a proteção dos direitos individuais.

Entretanto, foi somente após a Segunda Guerra Mundial que o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se de forma mais vigorosa, como princípio constitucional. Relata Sarmento que

[...] a constitucionalização do princípio da proporcionalidade no direito continental europeu só veio a ocorrer após a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha, como reação às barbaridades cometidas pelo legislador nazista. A preocupa-

ção da Corte Constitucional germânica com a proteção dos direitos fundamentais diante dos possíveis abusos do legislador levou-a a transplantar, para o direito constitucional daquele país, o princípio da proporcionalidade – às vezes também denominado como princípio da proibição de excesso [...] (SARMENTO, 2003, p. 80).

Ultrapassando as fronteiras tedescas, o princípio da proporcionalidade firmou-se, segundo Steinmetz (2001, p. 147), como “princípio universal no âmbito de vigência das Constituições dos Estados Democráticos de Direito”, intimamente vinculado à idéia de efetivação dos direitos fundamentais.

Conforme observa Bonavides

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade. Protegendo, pois, a liberdade, ou seja, amparando os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade entende principalmente, como disse Zimmerli, com o problema da limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual (BONAVIDES, 1999, p. 359).

Ressalta, ainda, Sarmento que

[...] o reconhecimento e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade nas nações européias ocorreu paralelamente à superação de experiências totalitárias traumáticas, o que representa um indício eloquente da ligação visceral entre este princípio e a vontade de efetivação dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2003, p. 81).

Não obstante, o que se verifica, na atualidade, em especial na doutrina e jurisprudência nacionais, é a invocação indiscriminada do princípio, “sem que a isso corresponda uma maximização das possibilidades fáticas e jurídicas dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional” (SANTOS, G., 2004, p. 184), constituindo, ao contrário, instrumento para a negação desses direitos.

É o que, não raro, ocorre em matéria de prova no processo penal. Embora existam situações em que, de fato, caracterizado está um conflito entre interesses legítimos, a ser ordenado pela aplicação do princípio da proporcionalidade, como forma de dar efetividade aos direitos e bens constitucionalmente protegidos, situações outras existem em que, diante das pressões realizadas por movimentos como o “da lei e da ordem”, o princípio é invocado, exclusivamente, para, restringindo direitos e garantias fundamentais da pessoa, abrir as portas ao exercício do poder de punir estatal.

O princípio da proporcionalidade, cujo desenvolvimento esteve vinculado à idéia de proteção dos direitos fundamentais, “como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais” (STEIN-METZ, 2001, p. 147), assume, no processo penal, por meio do discurso ideológico da “segurança”, uma feição completamente oposta àquela que o caracterizou em sua origem: a de instrumento de limitação e, por vezes, até mesmo negação dos direitos fundamentais.²

5.1 A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade não foi expressamente previsto pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Mas, sem dúvida, integra o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, uma vez que “a idéia de proporcionalidade é inerente a qualquer conceito jurídico possível de poder em um Estado Democrático de Direito” (SANTOS, G., 2004, p. 106).

² Apenas a título de exemplo, vale transcrever parte de artigo publicado por Rosa (2005, p. 5): “A proporcionalidade constitui um postulado de interpretação sobre os limites de eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Na época atual, de insegurança inquestionável e de uma criminalidade sofisticada, quase imune à jurisdição, preconiza-se um questionamento dos direitos e garantias individuais. Por tal modo, quando se evidencia situação que põe em perigo a ordem, a segurança, a economia, a saúde pública ou o meio ambiente, põe-se o julgador a apreciar no cotejo de interesses qual o preponderante, ou seja, se o interesse coletivo ou a garantia individual. A proporcionalidade, diante disso, caracteriza-se como critério limitador do gozo dos direitos fundamentais [...]”.

Vários têm sido os esforços, na doutrina constitucional brasileira, para a determinação do fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade no sistema brasileiro.

As imprecisões terminológicas têm, até certo ponto, dificultado o consenso sobre o fundamento constitucional do princípio no sistema brasileiro. Proporcionalidade, proibição de excesso, razoabilidade são as expressões utilizadas, na doutrina nacional, para a denominação do princípio.

O princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso foi desenvolvido na Alemanha, a partir de uma matriz substantiva, vinculado à idéia de efetividade dos direitos fundamentais. Embora não explicitado na Lei Fundamental de Bonn de 1949, a Corte Constitucional Alemã reconheceu seu caráter de princípio implícito, decorrente da cláusula do Estado de Direito (SARMENTO, 2003, p. 80).

Já o princípio da razoabilidade, segundo Barroso (2003b, p. 218), “tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão”. Informa, ainda, o autor que o princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas fases: *procedural due process*, e outra, de cunho substantivo, *substantive due process*, que se tornou o fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional (BARROSO, 2003b, p. 219).

É a partir da cláusula do devido processo legal, uma das principais fontes da jurisprudência dos Estados Unidos, em sua versão *substantive due process of law*, que se desenvolve, no sistema norte-americano, o princípio da razoabilidade.

Na doutrina nacional, alguns autores, sob a influência da doutrina alemã, falam em princípio da proporcionalidade. Outros, seguindo a orientação norte-americana, falam em princípio da razoabilidade. Há quem, ainda, identifique os dois princípios e outros que apontam diferenças estruturais entre ambos. Essa divergência estende-se, igualmente, ao fundamento do princípio na ordem constitucional brasileira.

Seguindo a orientação da doutrina alemã, Bonavides (1999, p. 359), citando Penalva, adota a nomenclatura princípio da proporcionalidade e afirma ser este “um princípio consubstancial ao

Estado de Direito”, ao novo Estado de Direito, “cuja solidez constitucional resulta, sem dúvida, da necessidade de instaurar em toda a ordem social os chamados direitos da segunda e terceira geração [...]”.

Barros S., embora identifique o princípio da razoabilidade, de origem anglo-saxônica, com o princípio da proporcionalidade, de origem alemã,³ adotando a segunda nomenclatura, afirma que o princípio da proporcionalidade, no Brasil,

[...] tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de ‘garantia especial’, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes (BARROS, S., 2000, p. 93).

Entretanto, entende a autora que “o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal (art. 5.º, II) [...] e, ao complementá-lo, a ele se incorpora, de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional ou, ainda, devido processo legal substancial” (BARROS, S., 2000, p. 94).

Barroso (2003b, p. 224), além de vislumbrar uma relação de fungibilidade entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, afirma que, no sistema brasileiro, o princípio da razoabilidade/proporcionalidade é uma decorrência do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal.

É importante ressaltar que não há uma distinção substancial em afirmar que o princípio da proporcionalidade tem seu fundamento no Estado de Direito, ou melhor, no Estado Democrático de Direito, e no sistema de direitos fundamentais, pois são idéias indissociáveis (BARROS, S., 2000, p. 95).

³ Segundo a autora, “o princípio da proporcionalidade, a que se faz alusão neste trabalho, como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos, desenvolvido mais de meio século antes, sob o clima de maior liberdade dos juízes na criação do direito” (BARROS, S., 2000, 57).

Sobre esse aspecto, Sarlet pontua que

Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, nesse sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional. Os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou H.-P. Schneider, podem ser considerados, neste sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático (SARLET, 2001, p. 62).

Outro não é o entendimento de Santos, G., ao afirmar que

O princípio da proporcionalidade está implícito no sistema constitucional de qualquer sociedade política que se reconhece como um Estado de Direito, uma vez que o sistema de direitos fundamentais é uma característica do Estado de Direito (SANTOS, G., 2004, p. 115).

Sarmiento, por seu turno, pondera que

Pode-se ainda dizer que, em linhas gerais, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, conquanto decorrentes de matrizes históricas diferentes, na prática são fungíveis, pois almejam o mesmo resultado: coibir o arbítrio do Poder Público, invalidando leis e atos administrativos caprichosos, contrários à pauta de valores abrigada pela Constituição (SARMENTO, 2003, p. 87).

E, apontando a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o fundamento constitucional do princípio, ressalta que a questão não merece maior importância, desde que o princípio seja reconhecido em sua tríplice dimensão (SARMENTO, 2003, p. 95, nota 138).

Santos, G., não identifica o princípio da proporcionalidade, conforme desenvolvido pela doutrina alemã, com o princípio da

razoabilidade, desenvolvido pelos norte-americanos. Para o referido autor,

O princípio da razoabilidade dirige uma exigência ao legislador no sentido de que este, ao limitar direitos fundamentais, realize uma verificação da legitimidade dos fins da medida que adota, abrindo ao Poder Judiciário a possibilidade do exame do mérito da decisão legislativa (SANTOS, G., 2004, p. 125).

Acrescenta, ainda, o autor que razoabilidade e proporcionalidade não são conceitos fungíveis, pois

A razoabilidade [...] age como legitimadora dos fins que o legislador ou o administrador escolhem para o seu agir. [...] A ação estatal tem que encontrar uma justificativa racional, passível de ser enquadrada no conjunto de regras e princípios que formam a Constituição e nos valores que ela alberga. A razoabilidade necessita escorar-se no Texto Constitucional [...]. Já a proporcionalidade vai além, indagando se o ato é adequado e necessário à finalidade, ao objetivo, além de verificar, no cotejo entre os bens, direitos ou interesses protegidos e atingidos pela atuação estatal, qual deve prevalecer no caso concreto. Não há necessidade de fundamento expresso de tal princípio no texto constitucional, pois, como já referido, ele decorre diretamente do conceito hoje aceito de Estado Democrático de Direito e da consagração de um catálogo de direitos fundamentais no texto constitucional (SANTOS, G., 2004, p. 128-129).

E conclui:

A irrazoabilidade de um ato não é o resultado da ofensa explícita a outras normas constitucionais, bastando não ser o ato razoavelmente justificável no sistema. Uma lei determinada que seja assim caracterizada será considerada inconstitucional pela pura e simples ofensa ao conteúdo material da cláusula do devido processo legal, por ser ilegítima a finalidade eleita pelo legislador. Por seu turno a proporcionalidade se referirá a duas grandezas em relação, quais sejam, bens, direitos ou interesses constitucionalmente consagrados. Sempre existirá, para que o princípio da proporcionalidade se manifeste, uma aparente colisão de

direitos. Sua operação comporta a verificação da compatibilidade entre meios e fins (SANTOS, G., 2004, p. 129).

Guerra Filho, de igual modo, sustenta não haver identidade entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Assevera o autor:

O princípio da proporcionalidade é originário do direito público alemão, e não pode ser confundido, como ultimamente vem acontecendo entre nós, com o princípio da razoabilidade, de origem anglo-saxônica, pois não apenas são diversos em sua destinação, como são verdadeiramente incomensuráveis. A desobediência ao princípio da razoabilidade significa ultrapassar irremediavelmente os limites do que as pessoas em geral, de plano, considerariam aceitável, em termos jurídicos. É um princípio com função negativa. Já o princípio da proporcionalidade tem uma função positiva a exercer, na medida em que pretende demarcar aqueles limites, indicando como nos mantermos dentro deles – mesmo quando não pareça, a (*sic*) primeira vista, ‘irrazoável’ ir além (GUERRA FILHO, 1997, p. 25-26).

Steinmetz, invocando a lição de Ávila, também comunga desse entendimento, ao afirmar que

[...] aplica-se o postulado normativo da proporcionalidade nos casos em que se estrutura uma relação meio-fim, na qual um meio *x* pretende alcançar um fim constitucionalmente legítimo *y* (ou, se se preferir, um direito fundamental *y*, um bem jurídico constitucionalmente protegido *y*) restringindo um princípio constitucional *z* (ou direito fundamental *z*, ou bem jurídico constitucionalmente protegido *z*) [...]. Já o dever de razoabilidade não pressupõe uma relação meio-fim, mas situação pessoal do sujeito envolvido na aplicação da medida que se quer controlar. [...] ‘Em outros termos, não se analisa a intensidade da medida para a realização de um fim, mas a intensidade da medida relativamente a um bem jurídico de determinada pessoa’. (STEINMETZ, 2001, p. 186-187).

A análise desses argumentos demandaria uma complexa investigação sobre o desenvolvimento, na doutrina e jurisprudência

americanas, da cláusula do *substantive due process of law*, a fim de se verificar se, de fato, o seu conteúdo é ou não o mesmo do princípio da proporcionalidade, como desenvolvido pela doutrina e jurisprudência germânicas. Entretanto, isso extravasaria os limites deste trabalho, sendo suficiente, por ora, apenas apontar a divergência existente e os argumentos expendidos em favor de cada um dos posicionamentos adotados.

De qualquer forma, embora seja inegável a influência norte-americana no direito brasileiro, é certo que a cláusula do devido processo legal não teve, no Brasil, o desenvolvimento que teve no direito norte-americano, para que se possa extrair, exclusivamente dela, o fundamento normativo constitucional do princípio da proporcionalidade, com a amplitude que tal princípio tem no direito pátrio.

É importante ressaltar que, para os fins desta investigação, independentemente de ser o princípio denominado proporcionalidade ou razoabilidade, tem ele o conteúdo desenvolvido pela doutrina e jurisprudência alemãs, consubstanciado nos subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, como se verá adiante.

Há, ainda, na doutrina nacional quem fundamente o princípio da proporcionalidade na dignidade da pessoa humana.

Nunes (2002, p. 35), apontando a doutrina alemã como sua grande precursora, afirma que “o princípio da proporcionalidade é implícito ao sistema constitucional brasileiro e tem caráter instrumental, ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo nele seu limite [...]”. Acrescenta, ainda, o autor que

[...] o mais importante princípio constitucional é o da dignidade humana, é ele que dá a diretriz para a harmonização dos princípios, e, via de consequência, é nela – dignidade – que a proporcionalidade se inicia de aplicar (NUNES, 2002, p. 55).

Steinmetz, embora reconheça que o princípio da proporcionalidade tem como finalidade salvaguardar a dignidade da pessoa humana, afirma, invocando ensinamento de Gonzalez-Cuellar Serrano, que, por se tratar a dignidade da pessoa humana de um

conceito altamente abstrato e impreciso, não se revela conveniente nela fundamentar o princípio da proporcionalidade.⁴

De fato. Não obstante tenha o princípio da dignidade da pessoa humana proeminência axiológica no sistema constitucional brasileiro, a orientar a ponderação de interesses, isso não implica, necessariamente, que nele resida o fundamento normativo-constitucional do princípio da proporcionalidade, em que se fundamenta tal ponderação.

Acrescente-se, ainda, que uma fundamentação do princípio da proporcionalidade na dignidade da pessoa humana poderá encontrar sérias objeções na questão, amplamente debatida na doutrina

⁴ Segundo Steinmetz (2001, p. 160-165), a fundamentação do princípio da proporcionalidade na dignidade da pessoa humana encontra as mesmas dificuldades apresentadas para a fundamentação do princípio no conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Segundo o autor, essa via foi trilhada, inicialmente, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Esbarra, entretanto, na complexidade de estabelecimento do que se deve entender por conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Na doutrina alemã, as teorias sobre o conteúdo essencial são classificadas em absolutas e relativas. Para as teorias absolutas, “todo direito fundamental tem um núcleo duro, resistente, mínimo, invariável, determinável em abstrato, de uma vez por todas, que não pode ser afetado ou violado por uma decisão normativa, legislativa ou judicial, mesmo que essa medida seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito”. Entretanto, o que é esse núcleo essencial invariável das doutrinas absolutas é questão extremamente complexa. Para as teorias relativas, o conteúdo essencial “é um núcleo mínimo, variável obtido sempre em relação a um direito fundamental concreto. Portanto, à luz das teorias relativas, conteúdo essencial de direito fundamental e princípio da proporcionalidade estão umbilicalmente ligados, são faces de uma mesma moeda, princípios correlatos”. Conclui o autor que a fundamentação do princípio por essa via é bastante problemática, pois, “mesmo que se adotem teorias relativas, segundo as quais o núcleo essencial é determinável pelo princípio da proporcionalidade, é de se perguntar se, do ponto de vista lógico-conceitual, é correto dizer que o determinante (princípio da proporcionalidade) se fundamenta no determinado (conteúdo essencial) pelo próprio determinante. Ora, é o princípio da proporcionalidade que se fundamenta no conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou é o inverso? Evidentemente está em questão o próprio conceito de fundamentação”.

constitucional, de terem todos os direitos fundamentais um conteúdo de dignidade.⁵

Para aqueles que entendem que alguns direitos fundamentais não possuem um conteúdo de dignidade, ficaria sem fundamento a solução de um conflito entre eles, com base no princípio da proporcionalidade.

Outra posição, de grande relevo, encontra na teoria dos princípios de Alexy o fundamento normativo do princípio da proporcionalidade no sistema constitucional brasileiro.

Para Steinmetz (2001, p. 168), a “teoria dos princípios de Alexy oferece fundamento normativo superior, porque também fortemente fundamentado do ponto de vista lógico-conceitual”.

Segundo a teoria dos princípios de Alexy, o fundamento normativo do princípio da proporcionalidade está na natureza principal das normas constitucionais:

[...] el carácter de principio implica la máxima⁶ de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla. Que el carácter de

⁵ Segundo Sarlet (2001, p. 100), “há que se apontar, no mínimo, para a circunstância de que a tese enunciada, no sentido de que todos os direitos fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana e de que este – justamente por este motivo – pode ser tido como elemento comum à matéria dos direitos fundamentais, merece ser encarada, ao menos de início, com certa reserva. [...] basta um breve olhar sobre o nosso extenso catálogo dos direitos fundamentais para que tenhamos dúvidas fundadas a respeito da alegação de que todas as posições jurídicas ali reconhecidas possuem um conteúdo diretamente fundado no valor maior da dignidade da pessoa humana”. Em outra oportunidade, fala o autor da necessidade de se reconhecer, no mínimo, graus de vinculação dos direitos fundamentais com o princípio da dignidade da pessoa humana, invocando a lição de Vieira de Andrade, para quem “alguns direitos fundamentais constituem explicitações de 1.º grau da idéia de dignidade da pessoa humana (vida, liberdade física e de consciência etc.), ao passo que outros se revelam apenas uma decorrência desses direitos básicos, completando-os como explicitações de 2.º grau, de acordo com as circunstâncias sociais, econômicas, políticas e ideológicas concretas de cada ordem constitucional” (ANDRADE apud SARLET, 2001, p. 77, nota 151).

⁶ Alexy utiliza a expressão máxima da proporcionalidade em lugar de princípio da proporcionalidade por não se tratar de um mandado

principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y la proporcionalidade en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él. El Tribunal Constitucional Federal ha dicho, en una formulación algo oscura, que la máxima de la proporcionalidad resulta ‘en fondo ya de la propia esencia de los derechos fundamentales. En lo que sigue, habrá de mostrarse que esto vale en un sentido estricto cuando las normas iusfundamentales tienen carácter de principio (ALEXY, 2002, p. 111-112).

E, analisando a inferência das máximas parciais do princípio da proporcionalidade do caráter de princípio das normas de direitos fundamentais, faz a seguinte consideração sobre a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito:

La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces, la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la

de otimização segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Embora seja majoritária a posição que de que a proporcionalidade é um princípio, ou como prefere Guerra Filho (2005, p. 85), “princípio dos princípios”, há quem sustente que não se trata de um princípio, mas de um “postulado normativo aplicativo” (ÁVILA apud QUEIJO, 2003, p. 323, nota 246; GRAU, 2004, p. 28), “método de interpretação, verdadeira técnica de elucidação e resolução dos conflitos” (NUNES, 2002, p. 43).

proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental [...] (ALEXY, 2002, p. 112).

Sobre a máxima parcial da necessidade, assevera:

Para mostrar como la máxima de la 'necesidad' se infiere del carácter de principio, habrá de considerarse aquí la constelación más simple de un examen de necesidad. El hecho de que la máxima de la necesidad presente dificultades en constelaciones más complejas no dice nada acerca de su deducibilidad del carácter de principio; tan solo pone de manifiesto sus límites. La constelación más simple está caracterizada por en ella están en juego solo dos principios y dos sujetos jurídicos (Estado/ciudadano). Su caracterización es la siguiente: el Estado fundamenta la prosecución del fin *F* con el principio *P1* o *F* es idéntico a *P1*. Existen, por lo menos, dos medios, *M1* y *M2*, que son igualmente adecuados para lograr o promover *F*. *M2* afecta menos intensamente que *M1*, o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental con carácter de principio *P2*. Bajo estos presupuestos, para *P1* es igual que se elija *M1* o *M2*. *P1* no exige que se elija *M1* en lugar de *M2* o *M2* en lugar de *M1*. Para *P2*, no es igual el que se elija *M1* o *M2*. En tanto principio, *P2* impone una optimización tanto por lo que respecta a las posibilidades fácticas como jurídicas. Con respecto a las posibilidades fácticas, *P2* puede ser realizado en una medida mayor si se elige *M2* y no *M1*. Desde el punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fácticas, bajo el presupuesto de la validez tanto de *P1* como de *P2*, solo *M2* está permitido e *M1* está prohibido. Lo dicho vale para cualesquiera principios, fines e medios. Por lo tanto, la máxima de la necesidad que el Tribunal Constitucional Federal entre otros ha formulado como mandato afirmando que 'el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo' se infiere del carácter de principio de las normas de derecho fundamental (ALEXY, 2002, p. 113-114).

Sobre a máxima parcial da adequação, aduz:

Sobre la base de lo hasta aqui dicho, ya no constituye problema alguno la deducción de la máxima de la 'adecuación'. Si *MI* no es adecuado para la promoción u obtención del fin *F* exigido por *P1* o idéntico con *P1*, entonces *MI* no es exigido por *P1*, es decir, para *P1* es igual se se utiliza *MI* o no. Si, bajo estas circunstancias, *MI* afecta la realización de *P2*, entonces, por lo que respecta al aspecto de la optimización con relación a las posibilidades fácticas, *MI* está prohibido por *P2*. Esto vale para todos los principios, fines e medios. Por lo tanto, también la máxima de la adecuación se sigue del carácter de principio de las normas de derecho fundamental (ALEXY, 2002, p. 114-115).

Guerra Filho (2005, p. 115), sem declarar expressamente, acaba por aderir a uma fundamentação jusfundamental⁷ do princípio da proporcionalidade, ao sustentar que

[...] não se mostra necessário, nem mesmo correto, procurar derivar o princípio da proporcionalidade de um outro qualquer, como o do Estado de Direito e aquele derivado, o da legalidade, ou de algum (n/as) dos direitos e garantias fundamentais, para lhe atribuir caráter constitucional. Aí haveria, na verdade, um enfoque distorcido da questão, pois a opção do legislador constituinte brasileiro por um 'Estado Democrático de Direito' (Art. 1.º), com objetivos que na prática conflitam (Art. 3.º), bem como pela consagração de um elenco extensíssimo de direitos fundamentais (Art. 5.º), co-implica na adoção de um princípio regulador dos conflitos na aplicação dos demais e, ao mesmo tempo, voltado para a proteção daqueles direitos (GUERRA FILHO, 2005, p. 115).

A fundamentação do princípio da proporcionalidade na teoria dos princípios de Alexy é a que melhores argumentos oferece para

⁷ Segundo Alexy (2002, p. 115), uma fundamentação da máxima da proporcionalidade a partir das normas de direitos fundamentais que possuem o caráter de princípio pode ser chamada "fundamentação jusfundamental" (tradução livre).

a justificação da sua aplicação e dos resultados nas diversas situações de conflito decorrentes da heterogeneidade e universalidade dos direitos e bens constitucionalmente protegidos.

Entretanto, é válido acrescentar, invocando a lição do próprio Alexy, que

Otras fundamentaciones, por ejemplo, aquellas que se apoyan en el principio del Estado de derecho, en la práctica jurisprudencial o en el concepto de justicia no quedan por ello excluidas. En la medida en que funcionan, son refuerzos bienvenidos para la fundamentación iusfundamental (ALEXY, 2002, p. 115).

5.2 O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O desenvolvimento do princípio da proporcionalidade pela doutrina e jurisprudência alemãs tornou operacional a compreensão e aplicação do princípio, dando-lhe densidade concretizadora (STEINMETZ, 2001, p. 148-149).

Como mandamento de otimização dos direitos e bens constitucionalmente protegidos em situação de conflito, na medida do fático e juridicamente possível, o princípio da proporcionalidade é composto por três princípios parciais ou, como prefere Alexy (2002), três máximas parciais: princípio parcial ou máxima parcial da adequação, princípio parcial ou máxima parcial da necessidade e princípio parcial ou máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio parcial ou máxima parcial da adequação, também denominado “princípio da conformidade” ou “princípio da idoneidade” (STEINMETZ, 2001, p. 149), ordena que se verifique, no caso concreto, se a medida restritiva do direito fundamental é apta, idônea, adequada à consecução do fim perseguido.

Por meio do princípio parcial ou máxima parcial da necessidade, também chamado “princípio da indispensabilidade” (STEINMETZ, 2001, p. 150), “princípio da exigibilidade” ou, ainda, “máxima do meio mais suave” (GUERRA FILHO, 2005, p. 95),

afere-se se a medida restritiva do direito fundamental, considerada adequada, apta para o alcance do fim, é necessária para a consecução deste, ou se pode ser substituída por outra, igualmente adequada, mas menos gravosa. Por meio do teste de necessidade verifica-se se a restrição imposta é necessária ao alcance do fim ou se, diante da existência de meio menos gravoso, apto a proporcionar o mesmo resultado, revela-se excessiva, desnecessária.

Os princípios parciais ou máximas da adequação e da necessidade possibilitam a otimização dos direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos em conflito, com relação às possibilidades fáticas (ALEXY, 2002, p. 113).

O princípio parcial ou máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, também denominado “princípio da justa medida”, possibilita verificar se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa imposta ao direito ou bem constitucionalmente protegido. Pela aplicação deste princípio parcial ou máxima parcial,

Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim (CANOTILHO, 2003, p. 270).

Alexy (2002, p. 112) denomina a máxima da proporcionalidade em sentido estrito como “mandado de ponderação”, a partir do qual se realiza a otimização dos direitos fundamentais e bens constitucionais em conflito, com relação às possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas de um direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido dependem dos direitos ou bens constitucionais opostos:

Sí una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto (ALEXY, 2002, p. 112).

É com a aplicação da máxima da proporcionalidade em sentido estrito que se concretiza a ponderação dos direitos fundamentais e bens constitucionais em conflito.

A proporcionalidade em sentido estrito envolve a análise da relação custo/benefício das medidas adotadas para a solução das situações de tensão entre direitos e bens constitucionalmente protegidos (SARMENTO, 2003, p. 89), por meio daquilo que Alexy (2002, p. 161) denomina “lei da ponderação”.

De acordo com a “lei da ponderação”, “la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro” e pode ser expressa na seguinte fórmula: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro” (ALEXY, 2002, p. 161).

Nessa etapa do procedimento, impõe-se seja verificado o “peso” dos princípios consagradores dos direitos ou bens contrapostos.

Observa Sarmento, parafraseando Vieira de Andrade, que

[...] o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente. O grau de compressão a ser imposto a cada um dos princípios em jogo na questão dependerá da intensidade com que o mesmo esteja envolvido no caso concreto. A solução do conflito terá de ser casuística, pois estará condicionada pelo modo com que se apresentarem os interesses em disputa, e pelas alternativas pragmáticas viáveis para o equacionamento do problema (SARMENTO, 2003, p. 104).

É bem verdade que a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu hierarquia entre suas normas, sejam elas princípios ou regras. Entretanto, como já anotado anteriormente, a dignidade da pessoa humana possui proeminência axiológica no sistema constitucional brasileiro, constituindo, portanto, pauta axiológica para a aferição do peso dos princípios contrapostos e para a ponderação dos bens e direitos deles decorrentes.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

SUMÁRIO: 6.1 A aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de prova no processo penal – 6.2 Os efeitos civis da sentença penal condenatória – 6.3 As interceptações telefônicas na Constituição Federal de 1988.

O aumento da complexidade das relações sociais e da conflituosidade social, decorrente dos diversos fatores já apontados ao longo desta investigação, tem colocado em discussão até que ponto pode o Estado chegar à sua atividade investigatória, para a aplicação de uma sanção penal.

Forte é a tendência, animada pelo movimento “da lei e da ordem”, de, sob o pretexto da relatividade dos direitos e garantias fundamentais, restringir estes direitos, vistos como verdadeiros empecilhos para o efetivo combate à criminalidade, em favor da preservação da segurança da coletividade.

É importante assinalar, contudo, que direitos e garantias individuais não são os responsáveis pelo aumento dos conflitos sociais e da violência. Mas enfrentar o problema sob essa perspectiva é mais simples, mais fácil, menos oneroso e politicamente mais vantajoso.

Entretanto, isso tem consequências nefastas. Ressalte-se que, à medida que os conflitos sociais se agravam, até mesmo em decorrência do próprio sistema penal que, segundo Lopes Júnior (2005, p. 18), é autofágico,¹ isto é, alimenta-se a si mesmo, a

¹ Anota Lopes Júnior (2005, p. 18) que “primeiro vem a exclusão (econômica, social etc.), depois o sistema penal seleciona e etiqueta

segurança, com qualquer adjetivação que seja, passa a constituir o bem jurídico que, sempre e ilimitadamente, preponderará sobre direitos e garantias individuais efetivamente protegidos pela Constituição Federal, até chegar o dia em que estes ficarão reduzidos a uma simples folha de papel.

Essa tendência tem se manifestado de forma bastante intensa em matéria de prova no processo penal. O exercício da atividade probatória, revelando-se o ponto nuclear do processo penal, tem constituído um dos canais para as mais violentas formas de violação aos direitos fundamentais da pessoa, impedindo a consolidação do processo penal como garantia de liberdade da pessoa em face da onipotência do poder punitivo estatal, com grandes prejuízos à realização de um Estado efetivamente democrático.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, desenvolvido como princípio constitucional a partir da necessidade, verificada com os horrores perpetrados na Segunda Guerra Mundial, da preservação dos direitos e garantias fundamentais contra o arbítrio estatal, é invocado, na atualidade, em matéria de prova no processo penal, ideologicamente vinculado a um falso conceito de segurança, em total descompasso com a sua finalidade constitucional: a maximização das possibilidades fáticas e jurídicas dos direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos.

O princípio da proporcionalidade passa, dessa forma, a constituir instrumento de negação desses direitos.

Não porque a segurança não seja um bem digno de proteção diante de um conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos. Em absoluto. A segurança é um bem protegido pela Constituição Federal de 1988 e constitui, também, um direito fundamental da pessoa. Situada no mesmo nível dos demais direitos fundamentais, se em conflito com outros direitos fundamentais, a segurança é um direito que pode ser levado à balança da ponde-

o excluído, fazendo com que ele ingresse no sistema penal. Uma vez cumprida a pena, solta-o, pior do que estava quando entrou. Solto, mas estigmatizado, volta às malhas do sistema, para mantê-lo vivo, pois o sistema penal precisa deste alimento para existir. É um ciclo vicioso, que só aumenta a exclusão social e mantém a impunidade dos não excluídos (mas não menos delinquentes)".

ração. O seu “peso”, avaliado no caso concreto, poderá, dependendo das circunstâncias, fazê-la preponderar sobre outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos.

A invocação ideológica do princípio da proporcionalidade não reside no fato de não constituir a segurança um bem digno de proteção, mas na inexistência de uma colisão real, efetiva, entre a segurança, no seu real sentido democrático, e os demais direitos e garantias fundamentais.

Como visto, o exercício do poder punitivo, com a seletividade e violência que lhe são próprias, não se revela apto a realizar o direito fundamental à segurança, pois segurança, no Estado Democrático de Direito, não significa manter a “ordem pública” por meio da “neutralização” de pessoas. Segurança, conforme já demonstrado, é algo muito diferente disso.

A segurança, com todas as adjetivações que se lhe atribui na atualidade, como “pública”, “cidadã” ou “urbana”, não passa, repita-se, de um argumento utilizado para conferir legitimidade ao poder punitivo, como expressão da ideologia da defesa social, invocada durante toda a história, desde que o Estado assumiu o poder de punir.

E isso tem sérias conseqüências.

Quando o Poder Judiciário, invocando o princípio da proporcionalidade, restringe um direito fundamental sem que, efetivamente, esteja caracterizada uma colisão entre direitos e bens constitucionalmente protegidos, o que ocorre, em regra, quando em conflito estão, somente, o interesse de punir do Estado e o direito fundamental da pessoa, nada mais faz do que exercer, de forma anômala, um poder punitivo deslegitimado, o qual deve ser por ele contido e não exercido, como condição necessária para a legitimação de sua atuação no Estado Democrático de Direito.

Isso porque, sendo o poder punitivo um poder deslegitimado, a violação a qualquer direito fundamental para o fim exclusivo de produzir uma prova para a concretização do exercício desse poder é, também, uma pena² e, portanto, deslegitimada no Estado Democrático de Direito.

² Remete-se o leitor à análise do conceito de pena realizada no item 2.2 da primeira parte deste trabalho.

É interessante observar, entretanto, conforme já anotado anteriormente, que o Estado democrático de direito e, dessa forma, também suas instituições têm uma parcela de deslegitimação a ser constantemente superada, haja vista que o Estado democrático de direito é um modelo em construção, em constante aperfeiçoamento. Nesse sentido, também a atuação do Poder Judiciário, e principalmente deste, por não encontrar a sua legitimação em maiorias, mas na defesa dos direitos fundamentais, tem uma parcela de deslegitimação, a qual poderá ser maior ou menor, dependendo do grau de aperfeiçoamento democrático de sua atuação.

Dessa forma, no processo penal, tanto maior será a deslegitimação da atuação judicial quanto maiores forem as possibilidades de o Poder Judiciário, no caso concreto, conter o poder punitivo e não o fizer.

Existem, por certo, situações em que diante da gravidade do fato, da violência da conduta ou mesmo da colocação voluntária, por parte do autor do fato, em situação de vulnerabilidade ao poder punitivo,³ mais difícil se revela a contenção desse poder por parte das agências judiciais, em especial, pelo Poder Judiciário, por meio do direito penal.⁴ É o caso de crimes praticados com extrema violência, atentados terroristas etc. Zaffaroni *et al* (2003, v. 1, p. 329) observam que, nesses casos, o direito penal carece de poder fático suficiente, como também faltam-lhe maiores argumentos éticos para a contenção do poder punitivo.

Essa falta de argumento ético a que se referem Zaffaroni *et al* pode ser considerada decorrente daquela dimensão social da

³ Observam Zaffaroni *et al* (2003, p. 328) que “o direito penal pode exercer maior poder limitador quando o conflito no qual intervém o poder punitivo é mais suscetível de ser submetido a outros modelos de solução, assim como quando o esforço para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade por parte do criminalizado for menor”. Acrescenta Zaffaroni (2001, p. 255) que “quanto maior for o grau de culpabilidade pela vulnerabilidade menor deve ser (porque também menor pode ser) o interesse da agência judicial em limitar a pena”.

⁴ A expressão direito penal é utilizada no sentido proposto no item 4 da primeira parte desta investigação.

dignidade da pessoa humana a que Nunes (2002, p. 50) atribui a característica de limite à possibilidade de garantia, ao afirmar que a dignidade só é garantia ilimitada se não ferir outra.

Como já salientado, embora se afaste a concepção de dignidade como prestação, como algo a ser conquistado pelo homem em suas relações sociais, reconhece-se que o comportamento social pode determinar uma maior ou menor proteção da dignidade. A prática de condutas extremamente graves, violentas, reduz a possibilidade de contenção do poder punitivo pelo direito penal e, em consequência, da proteção jurídica da dignidade. Embora não se possa falar que, nessas situações, os acusados sejam diferentes em dignidade do que as demais pessoas, a proteção jurídica da sua dignidade fica prejudicada. Ressalte-se, entretanto, que, embora prejudicada, essa proteção jurídica não deve ser jamais aniquilada, pois há sempre um conteúdo de dignidade que deve ser, em qualquer circunstância, preservado.

Embora em alguns casos o exercício do poder punitivo seja inevitável, não deixa, por isso, de ser deslegitimado. Quando, por exemplo, o Poder Judiciário determina a produção ou admissão de uma prova, necessária à comprovação de um fato de extrema gravidade, praticado com bárbara violência, com violação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, para o fim exclusivo de impor uma pena ao seu autor, nada mais faz do que exercer um poder deslegitimado no Estado democrático de direito, porque nas circunstâncias do caso concreto revelou-se extremamente difícil a contenção desse poder. A invocação do princípio da proporcionalidade, nesses casos, para conferir legitimidade à violação decorrente da produção da prova, a par de não conferir a almejada legitimidade, torna mais vulneráveis os direitos e garantias fundamentais, pois passa a constituir o argumento recorrente para justificar todas as violações aos direitos e garantias fundamentais, ainda naquelas hipóteses em que é plenamente possível a contenção do poder punitivo.

O reconhecimento da deslegitimação do poder punitivo pelas agências judiciais, em especial pelo Poder Judiciário, é condição necessária para mudar essa realidade. Reconhecer que em casos tais o que se faz é exercer um poder deslegitimado não tornará a atuação judicial mais deslegitimada do que atualmente é, porque

a invocação ideológica do princípio da proporcionalidade apenas confere aparência de legitimidade. Só aparência. Ao contrário, o reconhecimento da deslegitimação imporá às agências judiciais um esforço contínuo para a efetiva contenção do poder punitivo, deixando passar pelos “filtros” do processo penal apenas aquela parcela de poder, de fato, impossível de ser contida no caso concreto. É nesse esforço de contenção que reside a legitimação da atuação das agências judiciais.

A invocação ideológica do princípio da proporcionalidade tem constituído a válvula de escape das agências judiciais, principalmente do Poder Judiciário e do Ministério Público, para atender aos reclamos do movimento “da lei e da ordem”, acolhidos pelo senso comum, com a aparência de que atuam de acordo com a sua finalidade constitucional, fulminando, assim, dia a dia, a eficácia dos direitos e garantias tão duramente conquistados ao longo da história.

Diversa, entretanto, é a situação em que um direito ou garantia fundamental esteja, de fato, em colisão com outro direito ou bem constitucionalmente protegido, e a restrição apresente-se indispensável à proteção do direito ou bem em colisão, considerado, nas circunstâncias do caso concreto, digno de maior proteção. É o que ocorre, por exemplo, nas coerções diretas. Nessas hipóteses, a invocação do princípio da proporcionalidade, atendidas as exigências de suas máximas parciais, para a restrição de um direito ou garantia fundamental, será plenamente legítima.

Isso ocorre, também, quando, embora se objetive a produção de prova,⁵ verifique-se a existência de conflito entre outros bens igualmente protegidos pela Constituição, e não simplesmente o conflito entre o interesse de punir estatal e o direito de liberdade

⁵ Vale relembrar que prova é o meio pelo qual se leva ao julgador o conhecimento sobre um fato passado, para a aplicação ou não de uma pena. Nesse sentido, a produção de uma prova põe em relevo o conflito existente entre o direito de liberdade do acusado e o interesse de punir estatal. Isso, entretanto, não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, outros interesses constitucionalmente protegidos colocarem-se em situação de tensão por ocasião da produção de uma prova.

do acusado. É o que ocorre, por exemplo, quando a produção de uma prova evidenciadora da inocência da pessoa acusada somente possa ser obtida pela violação a direito fundamental de terceiro. Nessa hipótese, atendidas as exigências das máximas parciais do princípio da proporcionalidade, a restrição ao direito fundamental do terceiro também será legítima.

A partir das considerações até aqui desenvolvidas é possível afirmar, invocando a lição de Trocker (1974, p. 626-627 apud AVOLIO, 2003, p. 67), que as maiores incertezas na aplicação do princípio da proporcionalidade estão na errônea individualização dos valores em jogo.

Dessa forma, analisar-se-á, nos itens seguintes, até que ponto a invocação do princípio da proporcionalidade apresenta-se legítima para a produção de prova com violação aos direitos fundamentais da pessoa ou admissão de prova produzida ilicitamente, no processo penal.

É certo que as propostas que serão aqui apresentadas não esgotarão o tema, haja vista as complexas e variadas situações que podem surgir no processo penal quando se fala em produção e admissão de prova.

Entretanto, embora as propostas apresentadas possam revelar-se insuficientes para a solução de todas as situações de confronto, poderão contribuir para uma sistematização da matéria e possibilitar, assim, maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Os critérios apresentados podem ser invocados tanto para a aplicação do princípio da proporcionalidade na produção da prova, ou seja, naquelas situações em que a prova violadora de direitos fundamentais da pessoa é determinada pela autoridade judicial, pressupondo, assim, uma decisão dessa autoridade, a partir de uma ponderação de interesses, como para a aplicação do princípio da proporcionalidade na admissão da prova ilicitamente produzida.

Ressalte-se, entretanto, que esses critérios constituem, apenas, uma direção, pois somente diante do caso concreto poder-se-á verificar qual a melhor solução a ser adotada, como forma de realizar os fins do Estado democrático de direito.

6.1 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA DE PROVA NO PROCESSO PENAL

A partir da análise já desenvolvida, pretende-se, neste item, analisar até que ponto a invocação do princípio da proporcionalidade revela-se legítima para a produção de prova com violação aos direitos e garantias fundamentais da pessoa ou admissão de prova produzida ilicitamente, no processo penal.

A primeira questão a ser analisada, como pressuposto para uma ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal, diz respeito à existência, no caso concreto, de uma efetiva colisão entre interesses constitucionalmente protegidos.

A ponderação de interesses, fundamentada no princípio da proporcionalidade, pressupõe a existência de uma colisão real entre interesses legítimos, é dizer, uma colisão entre direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos, pois o princípio da proporcionalidade, em que se fundamenta a ponderação, só legitima a compressão dos direitos ou bens constitucionais se absolutamente necessária para a proteção de outros bens ou direitos igualmente consagrados pela Constituição.

Nesse sentido, afirma Steinmetz (2001, p. 155) que “apenas inicia-se (*sic*) o controle de proporcionalidade se o fim que se almeja tem legitimidade constitucional”.

Essa verificação da existência de uma colisão real entre direitos ou bens constitucionais, pela constatação do valor ou desvalor constitucional dos bens ou direitos contrapostos, ou da inclusão dos direitos invocados na esfera de proteção da norma constitucional, constitui o que Canotilho (2003, p. 1.239) denomina “teste de razoabilidade”.

Uma vez constatada a existência de uma colisão real entre direitos ou bens constitucionalmente protegidos, impõe-se verificar qual dos interesses em conflito deve ter prevalência, por possuir maior “peso” no caso concreto.

Após essa verificação, proceder-se-á à compressão do interesse de menor “peso”, nos limites estritamente necessários à realização

do direito prevalecente, o que possibilitará uma maximização da eficácia dos direitos e bens contrapostos.

Relembre-se que, constituindo a dignidade da pessoa humana um valor com proeminência axiológica no sistema constitucional brasileiro, deverão as ponderações, sempre, orientar-se à sua promoção e realização.

É certo que existirão situações nas quais em conflito estarão duas dignidades. Mas a solução, difícil no caso concreto, também deverá ser orientada pelas máximas parciais da proporcionalidade.

Como já demonstrado, o conflito de interesses que se estabelece no processo penal é, em regra, entre o interesse de punir estatal, deslegitimado no Estado democrático de direito, e os direitos e garantias fundamentais da pessoa. Especificamente em matéria de prova, esse é o conflito que se põe em evidência, tendo em vista o próprio conceito de prova no processo penal.

Nessas hipóteses, ilegítima é a invocação do princípio da proporcionalidade para a produção de uma prova com violação aos direitos fundamentais do acusado ou de terceiro, ou, ainda, para a admissão, no processo penal, de uma prova produzida ilicitamente.

É o que ocorre, por exemplo, quando, para a comprovação do fato definido como crime, indispensável à prolação de uma sentença condenatória, seja necessária a realização de provas que violem os direitos e garantias fundamentais do acusado, como, *exempli gratia*, exames periciais invasivos, obtenção de confissão por meio de torturas, utilização de detector de mentiras, hipnose ou interceptações telefônicas, a partir dos quais se obtém a confissão do acusado.

Nessas situações, é evidente a contraposição entre o interesse de punir do Estado e os direitos fundamentais do acusado, não havendo que se falar, portanto, em colisão real entre direitos ou bens constitucionalmente protegidos.

Quando se permite a produção de prova com violação aos direitos e garantias fundamentais ou admissão de prova produzida ilicitamente para a comprovação do fato ou de sua autoria, com finalidade exclusivamente repressiva, o interesse considerado preponderante é o interesse de punir, pois a não-realização da prova

violadora ou sua não-admissão beneficiaria o acusado, em razão da garantia constitucional de presunção de inocência ou de não-culpabilidade.

É importante observar que, em regra, em razão da garantia constitucional da presunção de inocência, o conflito que se estabelece na produção ou admissão de provas relativas à ocorrência do fato ou de sua autoria é entre o interesse de punir estatal e os direitos fundamentais do acusado ou, eventualmente, de terceiros.

Nesses casos, a invocação do princípio da proporcionalidade para autorizar a realização da prova com violação, *exempli gratia*, do direito à intimidade do acusado ou do direito ao silêncio, ou, ainda, para a admissão de prova produzida, sem autorização judicial, com violação desses direitos, não se revela legítima, pois o interesse de punir estatal é um interesse deslegitimado e, portanto, indigno de ser levado à balança da ponderação com um bem ou direito efetivamente protegido pela Constituição Federal de 1988.

A ilegitimidade da invocação do princípio da proporcionalidade é, também, verificada naquelas situações em que a produção da prova, necessária ao afastamento da presunção constitucional de inocência do acusado, exige a violação de um direito fundamental de terceiro. Citam-se, como exemplo, hipóteses de interceptações telefônicas,⁶ nas quais, além do direito à intimidade e ao silêncio do acusado, é vulnerado, também, o direito à intimidade dos terceiros que se comunicam com o acusado e dos integrantes de sua família que se utilizam da mesma linha telefônica. Nessas hipóteses, além dos direitos e garantias fundamentais do acusado, direitos fundamentais de terceiros encontram-se em contraposição ao interesse de punir estatal.

Costa Andrade (1992, p. 198), analisando o direito alemão, registra que a tendência da jurisprudência alemã no sentido de restringir direitos e garantias fundamentais em prol da persecução penal, sobretudo da criminalidade grave, é embasada em uma idéia de ponderação entre os bens jurídicos tutelados pelas proibições

⁶ Em razão da expressa autorização constitucional, prevista no artigo 5.º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, as interceptações telefônicas serão objeto de maiores considerações adiante.

de prova, ou seja, os direitos fundamentais da pessoa, e os valores encabeçados na perseguição penal. Entretanto, observa que esse entendimento

[...] se não tem permitido ultrapassar todos os obstáculos representados pelas proibições de prova à perseguição da criminalidade grave, tem seguramente posto em causa aquele núcleo de ‘indisponibilidade’ (Hassemer) essencial à doutrina das proibições de prova, aumentando os coeficientes de contingência e insegurança e reduzindo o respectivo potencial de tutela (COSTA ANDRADE, 1992, p. 199).

Ao analisar as proibições de prova na lei portuguesa, pondera que

[...] parece ser outra e divergente a impositação de fundo a que, nesta matéria, sacrifica a lei portuguesa. Que (*sic*) dita as proibições de prova e determina as suas consequências em termos que não apelam para uma ‘ponderação’ com valores subjectivados ‘sub omine’ e no interesse da realização da justiça penal. A ordem jurídica portuguesa parece assentar, assim, no defasamento e distanciação qualitativa entre duas ordens de valores: os valores material-substantivos tutelados pelo direito penal substantivo e, também e em primeira linha, pelas proibições de prova; e os valores adjectivos de relevo endoprocessual e reconduzíveis à ideia de ‘eficácia funcional’ (*Funktions-tüchtigkeit*) da justiça penal (COSTA ANDRADE, 1992, p. 201).

Embora não se refira o autor, especificamente, a uma deslegitimação do poder punitivo no sistema penal português, a referência a um “defasamento e distanciação qualitativa” entre duas ordens de valores, as quais denomina material-substantiva, representada pelos direitos e garantias fundamentais da pessoa, e adjectiva, representada pelos interesses de realização da “justiça penal”, ou seja, o interesse de punir estatal, possibilita a invocação das conclusões por ele apresentadas, pois também no sistema penal brasileiro pode-se falar em defasamento e distanciação, decorrente, como sustentado, da deslegitimação do poder punitivo estatal.

Ao discorrer sobre os “meios enganosos” para a obtenção de prova, notadamente a utilização dos “homens de confiança”,

considerados, à luz da lei portuguesa, métodos proibidos de prova, obtempera:

Cremos, por exemplo, ser de sustentar a inadmissibilidade e, por isso, a coberto de estrita proibição de prova, da intervenção do 'homem de confiança' que se limita a provocar uma pessoa ao consumo, v.g., de estupefacientes com o fim exclusivo de, como tal – *sc.*, como 'mero consumidor' – o perseguir penalmente. O mesmo tenderá a valer, em geral, para os demais casos de intervenção de 'homens de confiança' com propósitos e para fins unicamente repressivos: isto é, exclusivamente preordenada à 'repressão' de crimes já consumados, em homenagem nomeadamente à idéia duma 'administração eficaz da justiça penal'. O tratamento já poderá ser diverso sempre que o 'homem de confiança' prossiga finalidades exclusiva ou prevalentemente 'preventivas'. 'Pelo menos em relação a perigos concretos e imediatos de atentado contra a vida ou a perigo correspondente de sacrifício grave da integridade física de terceiros' (COSTA ANDRADE, 1992, p. 232).

E, ao abordar as gravações e fotografias ilícitas, igualmente incluídas nas proibições de prova, parafraseando Wolter, acrescenta:

Toda a perseguição penal (repressiva) tem, sem quaisquer exceções, de parar face à área inviolável da condução privada da vida. Não pode existir qualquer investigação da verdade à custa do sacrifício da dignidade humana. [...] Neste domínio não pode ter lugar uma ponderação com interesses comunitários ou as exigências de justiça do ofendido segundo o princípio da proporcionalidade. Princípio da legalidade, princípio da culpa, realização do direito penal material, todos estes princípios reguladores do processo penal perdem aqui a sua eficácia. De outra forma, converter-se-ia o argüido em mero objecto do processo (...) (*sic*) sempre haverá, naturalmente, formas mais graves de criminalidade que farão aparecer os interesses comunitários como prevalecentes sobre a garantia da dignidade individual [...] (COSTA ANDRADE, 1992, p. 241).

Sobre as gravações e audições não consentidas aduz:

[...] a prossecução de interesses imanentes ao processo penal, isto é, que relevam duma intencionalidade exclusivamente 'repressiva', não podem valer como referentes materiais de justificação das gravações ou audições não consentidas (COSTA ANDRADE, 1992, p. 260).

A deslegitimação do poder punitivo no Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil retira a possibilidade de, invocando-se uma ponderação de interesses, com base no princípio da proporcionalidade, produzir-se prova com violação aos direitos e garantias fundamentais ou admitir-se a sua introdução no processo penal, quando produzida ilicitamente, *com finalidade exclusivamente repressiva*, podendo ser assim entendida toda prova que objetive afastar a presunção constitucional de inocência do acusado. Isso porque, nessa hipótese, não está caracterizada uma colisão real entre direitos ou bens constitucionalmente protegidos, pressuposto para a ponderação, com base no princípio da proporcionalidade.

A prova que, nessa circunstância, for produzida constitui exercício de poder punitivo, deslegitimado no Estado democrático de direito, embora, por vezes, revele-se inevitável esse exercício.

Diversas, entretanto, são as situações em que a restrição a direito ou garantia fundamental é determinada para fazer cessar uma atividade lesiva a um direito ou bem, também garantido constitucionalmente. É o caso, por exemplo, de uma interceptação telefônica realizada para descobrir o local do cativo de uma pessoa seqüestrada, fazer cessar uma extorsão ou para o desbaratamento de uma organização criminosa.

Fala-se, nessas situações, em coerção direta, e não propriamente em prova, pois esta, no processo penal, é uma atividade destinada à comprovação de um fato passado, definido como crime, para a aplicação ou não de uma pena.

Assim, quando a intervenção em um direito fundamental objetivar a interrupção de uma atividade lesiva a um bem ou direito, também garantido constitucionalmente, estabelece-se uma colisão real entre bens ou direitos constitucionalmente protegidos, a ser resolvida pela ponderação de interesses, com base no princípio constitucional da proporcionalidade. Atendidas as máximas par-

ciais do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a restrição ao direito ou bem constitucionalmente protegido será legítima.

Como bem observa Costa Andrade,

Nem só a descoberta da verdade, preordenada à realização da justiça (*sic*) pela via da perseguição penal, identificação e punição dos agentes do crime, poderá reclamar a utilização de provas de algum modo atinentes à área problemática das proibições de prova. Para além disso e como já deixámos sugerido, não será difícil configurar situações ou constelações típicas em que a produção ou valoração daquelas provas constitui meio idóneo e necessário à promoção de autónomos e relevantes valores ou interesses transprocessual-penais. [...] quando a escuta telefónica, a coacção, mesmo a tortura, configure o único meio de localizar o engenho explosivo com que um perigoso agrupamento terrorista ameaça consumir um massacre de inocentes. A vida oferece, assim, uma fenomenologia de casos concretos em que a realização da prova em processo penal pode relevar ao mesmo tempo como instância de prevenção de perigos (COSTA ANDRADE, 1992, p. 81-82).

Dessa intervenção, entretanto, poderá advir uma prova, a ser introduzida no processo penal para a comprovação da atividade lesiva.

Se a intervenção no direito fundamental decorreu de uma ponderação entre interesses efetivamente conflitantes, com atendimento das máximas parciais do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a intervenção foi lícita, constitucionalmente autorizada, e a incorporação aos autos da prova que, pela intervenção, foi produzida não deverá ser vedada.

É importante salientar que a admissão da prova produzida por ocasião de uma coerção direta somente será possível, no processo penal, se devidamente submetida ao controle judicial. Conforme já se sustentou anteriormente, por ser a coerção direta uma forma de intervenção na esfera de liberdade individual, bem como pelos seus tênues limites, principalmente quando se trata de coerção direta diferida, com a pena, deve ser submetida ao controle judicial

prévio ou, se diante da iminência da lesão esse controle não for possível, deve ser submetida ao controle judicial posterior. O controle judicial constitui condição necessária para evitar abusos por parte da Polícia, do Ministério Público e, até mesmo, de particulares.

Em matéria de prova ilícita, é predominante, no Brasil, a corrente que não admite a invocação do princípio da proporcionalidade para a admissão, no processo penal, da prova ilicitamente produzida, seja por agentes estatais ou por particulares, salvo se *pro reo*. É o posicionamento adotado por Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 160-165). Segundo os referidos autores

[...] não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei* (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 161).

A questão, entretanto, não tem sido colocada em seus devidos termos. Isso porque a razão primordial de se admitir a prova ilícita *pro reo*, invocando-se o princípio da proporcionalidade, não reside no fato de ser o direito de defesa um direito assegurado de forma prioritária constitucionalmente ou ser o processo penal informado pelo princípio do *favor rei*, mas no fato de que, nessa hipótese, estão em jogo dois direitos constitucionalmente protegidos, quais sejam o direito eventualmente violado na produção da prova e o direito de liberdade do acusado, em risco de lesão, diante da possibilidade de uma condenação indevida. É a existência de uma colisão real entre interesses igualmente protegidos pela Constituição que autoriza a invocação do princípio da proporcionalidade, em matéria de prova ilícita *pro reo*.

Melhor é o enfrentamento realizado por Greco Filho ao afirmar:

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra

constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou o peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inc. LVI do art. 5.º da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse (GRECO FILHO, 1986, p. 178).

Embora também não reconheça, expressamente, a deslegitimação do poder punitivo, Greco Filho cogita a possibilidade de relativização da garantia constitucional de inadmissibilidade das provas produzidas ilicitamente, como em todo direito ou garantia fundamental, somente quando estiver em situação de colisão com outro bem ou direito constitucionalmente garantido. Ao exemplificar sua asserção, fá-lo com uma situação em que, de fato, caracterizada está uma colisão.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 162) observam que, na hipótese de a prova ser produzida pelo próprio acusado, com violação ao direito fundamental de terceira pessoa, para a comprovação de sua inocência – e aqui poder-se-ia incluir, também, a prova produzida por terceiro, em benefício do acusado –, estaria caracterizada uma situação de legítima defesa, excludente da ilicitude da prova.

Não parece correto o raciocínio.

Isso porque, para a caracterização de uma situação de legítima defesa, necessário se faz que a reação seja direcionada contra o agressor, pela vítima da agressão (legítima defesa própria) ou por terceiro (legítima defesa de terceiro). No caso acima citado, a agressão atual ou iminente, da qual estaria o acusado a se defender, é perpetrada pelo Estado, substanciada na restrição ou possibilidade de restrição ao seu direito de liberdade, e não pelo terceiro. Poder-se-ia até falar em estado de necessidade, mas não em legítima defesa.

Mas a exclusão da ilicitude da prova pelo estado de necessidade exige alguns requisitos, cujo preenchimento poderia suscitar algumas dúvidas quanto à licitude ou ilicitude da prova e, em consequência, quanto a sua admissibilidade ou não no processo penal. É o que ocorre, por exemplo, com o requisito do “balanceamento dos bens”, a ser realizado por um critério de razoabilidade⁷ (TOLEDO, 1994, p. 184). Verificado que, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se o sacrifício do bem, excluída está a causa de justificação, sendo, portanto, a prova produzida nessas circunstâncias ilícita.

Mas mesmo nessas situações, a prova poderá ser admitida.

Existem algumas situações que, pela complexidade, merecem ser referenciadas.

Suponha-se a hipótese em que a produção da prova violadora de direito fundamental de terceiro foi requerida judicialmente pelo acusado. O magistrado, estando diante de uma colisão real entre o direito de liberdade do acusado e outro direito fundamental de terceiro, com fundamento no princípio da proporcionalidade, deverá proceder à ponderação dos interesses, verificando, no caso concreto, qual dos interesses em conflito tem maior “peso”.

Poderá, também, ocorrer de o próprio acusado ou terceiro, em benefício daquele, tê-la produzido, de forma ilícita, e requerer, judicialmente, a sua introdução no processo penal, com base no princípio da proporcionalidade.

Na maioria dos casos, o direito de liberdade apresentará um “peso” superior que o fará preponderar sobre o direito contraposto. Entretanto, poderão existir situações em que a violação ao direito fundamental do terceiro, de igual ou superior “peso” no caso concreto, apresentar-se-á extremamente grave.

Impõe-se, nessas hipóteses, considerar duas situações. Em uma primeira, a prova foi requerida judicialmente, competindo ao magistrado, a partir de uma ponderação de interesses, determinar ou não a sua realização. Em uma segunda situação, a prova já foi

⁷ Observa Toledo (1994, p. 184) que a ponderação de bens, para a observância do critério de razoabilidade recomendado pelo legislador, não deve fazer-se dentro de um rigorismo lógico incompatível com os fenômenos da vida humana.

produzida, de forma ilícita pelo acusado ou por terceiro, em benefício daquele.

Na primeira hipótese, se a violação ao direito fundamental do terceiro for extremamente grave, em igual intensidade ou maior do que a violação ao direito de liberdade que uma condenação indevida representaria, estará o magistrado diante de um impasse. Nessas situações, o mais razoável será a não-realização da prova e, diante da dúvida ensejada, absolver o acusado, com base no princípio *favor rei*. Observe-se que o princípio *favor rei*, nessa hipótese, não justifica a aplicação do princípio da proporcionalidade, mas, exatamente pela impossibilidade da aplicação deste, aquele é invocado.

Na segunda hipótese, ou seja, de prova produzida ilicitamente pelo próprio acusado, mesmo que tenha constituído uma grave violação ao direito fundamental de terceiro, igual ou superior à violação ao direito de liberdade que uma condenação indevida representaria para o acusado, impõe-se admitir a prova.

Isso porque, ainda que ao direito fundamental de terceiro seja atribuído maior “peso”, uma decisão no sentido de não admitir a prova não atenderia às máximas parciais do princípio da proporcionalidade, pois a restrição ao direito de liberdade do acusado não possibilitaria uma maximização das possibilidades fáticas e jurídicas do direito fundamental contraposto, já violado. Por outro lado, a admissão da prova ilicitamente produzida, nas circunstâncias, possibilitaria a realização do direito fundamental de liberdade do acusado, agora exclusivamente em conflito com o interesse de punir estatal.

Quanto à prova produzida pela vítima de uma conduta definida como crime, impõem-se algumas considerações.

Quando, diante de uma agressão, a vítima, para fazê-la cessar, produz uma prova com violação aos direitos fundamentais do acusado ou de terceiro, pode-se afirmar que se encontra acobertada por uma causa excludente da ilicitude, qual seja a legítima defesa, se a violação é direcionada ao próprio agressor, ou estado de necessidade, se a violação é direcionada a terceiro. É o caso, *exempli gratia*, de uma extorsão, em que a vítima promove gravações telefônicas, ambientais, interceptações de cartas para, descobrindo o autor da extorsão, possibilitar a cessação da conduta.

A prova assim produzida não pode ser considerada ilícita, pois amparada está por uma causa excludente da ilicitude, e sua introdução no processo penal não poderá, também, ser considerada vedada.

Entretanto, há quem entenda de modo diverso.

Costa Andrade, ao se referir às gravações ilícitas, observa que

A exclusão da ilicitude penal pode ficar também a dever-se a intervenção (no momento da produção) de ‘causa de justificação’ bastante. O problema da valoração destas gravações, típicas, mas justificadas, só ganha relevo doutrinário e alcance prático nas situações em que, entre a gravação e a ulterior utilização processual, as circunstâncias se alterarem, por forma a determinar a insubsistência, neste segundo momento, da justificação (COSTA ANDRADE, 1992, p. 261).

E, invocando a lição de Suppert, acrescenta:

A legítima defesa outorga apenas um direito de defesa contra um ataque pontual e actual e não um direito geral de garantia da prova. Se o ataque do autor da ‘extorsão’ for tempestivamente sustido, e em causa passa a estar apenas a sua perseguição penal, então a utilização da gravação já não pode justificar-se através da legítima defesa ou do auxílio necessário (COSTA ANDRADE, 1992, p. 261, nota 112).

E argumenta com o fato de que a audição sem consentimento, por si só, configura a violação ao bem jurídico protegido: “o direito à palavra como domínio exclusivo sobre a palavra falada” (COSTA ANDRADE, 1992, p. 260-261).

Entretanto, pode-se argumentar, no exemplo citado, que, diante da conduta ilícita do agressor, a prova produzida pela vítima por meio de gravações clandestinas ou interceptações de cartas, atingindo a esfera individual exclusivamente do agressor, não violaria o direito fundamental do acusado, no caso a intimidade, por não estar no âmbito de proteção do direito fundamental⁸ a conduta

⁸ Remete-se o leitor ao item 4 desta terceira parte do trabalho, em que se tratou do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

ilícita por ele perpetrada contra a vítima. A prova, nessa hipótese, seria lícita e, portanto, admissível no processo penal.

Diversa seria a situação, contudo, se, no exemplo citado, a conduta da vítima, diante da agressão do acusado, atingisse direito fundamental de terceiro. Embora possa cogitar-se da exclusão da ilicitude da prova, se necessária para cessar a agressão, em razão do estado de necessidade, não se pode falar, em relação ao terceiro, em licitude da prova por não estar o direito invocado no âmbito de proteção da norma de direito fundamental.

Já tendo cessado a agressão, se a vítima ou o terceiro, com o intuito de oferecer elementos para a comprovação do fato e sua autoria, para fins exclusivamente repressivos, produzir prova com a violação de direitos fundamentais do suposto agressor ou de terceiros, essa prova será ilícita e vedada será a sua introdução no processo penal.

Nessa hipótese, afastada a licitude da prova, não há como invocar o princípio da proporcionalidade para admissão da prova no processo penal, pois o conflito de interesses que se estabelece no momento da admissão da prova, produzida de forma ilícita, é simplesmente entre os direitos e garantias fundamentais da pessoa e o interesse de punir estatal, impossível de ser levado à balança da ponderação, com base no princípio da proporcionalidade, por não ser um interesse protegido constitucionalmente.

Essas situações, abordadas de forma exemplificativa, evidenciam que o ponto fulcral para a legitimidade constitucional da aplicação do princípio da proporcionalidade reside na existência de uma colisão real entre direitos fundamentais ou bens que, efetivamente, sejam protegidos pela Constituição Federal de 1988. Uma vez constatada a existência da colisão real, as máximas parciais da proporcionalidade estabelecerão os limites dessa aplicação.

6.2 OS EFEITOS CIVIS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Considerando que, no sistema jurídico brasileiro, a sentença penal condenatória tem como efeito secundário, extrapenal,

“tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime” (Código Penal, 2005), é irrecusável o reconhecimento de um interesse da vítima no processo penal.

Esse interesse manifesta-se, em especial, na atividade probatória que é desenvolvida no processo penal, pois é com base em seus resultados que será prolatada a sentença penal, a qual, dependendo dos fundamentos fáticos e jurídicos, poderá fulminar a possibilidade de a vítima obter a reparação do dano causado pelo crime.

Nessa perspectiva, impõe-se perscrutar até que ponto esse interesse pode ser colocado na balança da ponderação com outros direitos fundamentais da pessoa, em especial, do acusado, e sobre estes preponderar, para os fins de produção ou admissão de prova, no processo penal.

Inicialmente, é importante ressaltar que o direito à reparação do dano causado pelo crime tem *status* constitucional e constitui direito fundamental da pessoa. É o que se extrai do artigo 5.º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, ao assegurar o direito à “indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Constatada a existência de uma colisão real entre interesses constitucionalmente protegidos, quais sejam o direito da vítima em obter a reparação do dano, somente realizável com a produção de uma prova violadora dos direitos ou garantias fundamentais do acusado ou de terceiro, e estes direitos, afetados com a realização da prova, impõe-se verificar, no caso concreto, qual dos interesses em conflito tem maior “peso”. E isso não se revela tarefa fácil.

Existirão, por certo, inúmeras situações em que o direito fundamental à reparação do dano, em razão da sua natureza patrimonial, não será considerado digno de preponderar sobre outros direitos e garantias fundamentais do acusado ou de terceiro, em razão da violência que isso representaria.

Entretanto, outras situações surgirão em que a reparação do dano poderá representar a própria solução do conflito. Cita-se, como exemplo, a hipótese de crimes praticados contra a administração pública, em que grandes somas de dinheiro foram desviadas dos cofres públicos e a quebra do sigilo fiscal, bancário ou telefônico do acusado ou mesmo de terceiro poderia possibilitar

a recomposição do patrimônio público, indispensável para a implementação dos programas sociais necessários à promoção da dignidade de milhares de pessoas. Não parece haver dúvidas de que, nessa hipótese, deva preponderar o interesse à reparação da vítima, por possibilitar, de forma mais ampla, a realização da dignidade humana.

Pode-se argumentar que, nessa hipótese, o conflito poderia ser resolvido na esfera cível, sem necessidade de se recorrer ao sistema penal.

De fato. E isso torna o exercício do poder punitivo ainda mais irracional. Mas diante da possibilidade de solução do conflito, ainda que de forma transversa, pelo sistema penal, em razão dos efeitos civis da sentença penal condenatória, é de se reconhecer que a realização da prova com violação a um direito ou garantia fundamental, especificamente nesse caso, não seria irracional e, portanto, não teria o caráter de pena.

Diversa seria a situação se o fato em apuração fosse um homicídio doloso, em que a reparação do dano aos familiares da vítima não solucionaria o conflito social. Seria bastante questionável, nessa hipótese, a restrição a um direito fundamental do acusado ou de terceiro, pela preponderância do direito fundamental à reparação do dano.

Como se vê, tudo vai depender do caso concreto. As situações aqui abordadas são, apenas, exemplos das complexas situações que podem surgir.

6.3 AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de um Estado, afirma Barroso (2003b, p. 196), “sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes”. Em uma sociedade como a brasileira, marcada pelas desigualdades sociais e pelo autoritarismo, essas tensões sociais, mais intensas, estiveram na base das decisões inscritas na Constituição de 1988.

Não obstante a decisão fundamental do constituinte de 1988 em constituir a República Federativa do Brasil em um Estado Democrático de Direito, fundamentado, dentre outros, na dignidade da pessoa humana, algumas disposições constitucionais, refletindo as tensões sociais subjacentes ao pacto, ainda obstaculizam o aperfeiçoamento da democracia.

Como já salientado ao longo da investigação, o poder punitivo, por constituir uma forma de exercício do poder extremamente violenta e verticalizante das relações sociais, representa, principalmente em países periféricos como o Brasil, um dos maiores empecilhos à efetiva democratização das relações sociais.

E isso foi reconhecido pelo constituinte de 1988, pois, ao longo do texto constitucional, como bem observa Carvalho (2005, p. 14), não procurou legitimar o poder punitivo, com o estabelecimento de fins, funções ou justificativas à pena. Limitou-se a, reconhecendo a sua existência, estabelecer limites ao seu exercício.

Entretanto, a atividade probatória, no processo penal, tem se revelado o *locus* onde, com grande intensidade e violência, tem se manifestado o poder punitivo estatal.

Apesar do extenso rol de direitos e garantias estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 para a contenção do poder punitivo, esses direitos e garantias têm sido, a cada dia, relativizados, no processo penal, em prol de uma falsa segurança social.

Uma das maiores dificuldades para a consolidação de um discurso jurídico-penal efetivamente garantista, limitador do poder punitivo, baseado na deslegitimação desse poder, reside em alguns dispositivos da própria Constituição Federal de 1988, os quais refletiram a cultura emergencial⁹ já desenvolvida à época da promulgação da Constituição, e consolidada a partir da década de 90.

Dentre esses dispositivos, pode-se citar, exemplificativamente, o disposto no artigo 5.º, incisos XII e XLIII, da Constituição Federal.

⁹ Segundo Choukr (2002, p. 5), emergência é “aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade”.

Especial interesse tem, ao objeto do presente trabalho, especificamente à aplicação do princípio da proporcionalidade e aos equívocos que, na prática, têm envolvido essa aplicação, transformando-o em instrumento de negação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, o disposto no artigo 5.º, inciso XII, da Constituição Federal:

Art. 5.º [...]

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;

[...].

Várias são as questões que o dispositivo constitucional transcrito suscita.

A primeira delas reside na expressa restrição ao direito ao sigilo das comunicações telefônicas, “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Investigação criminal e instrução processual penal nada mais expressam do que a atividade estatal direcionada à investigação da ocorrência de um fato passado definido como crime, da qual resulta a aplicação ou não de uma pena.

Assim entendido, indaga-se: o legislador constituinte, ao prever a possibilidade de restrição ao direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas, “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, a partir de uma ponderação de interesses, priorizou o interesse de punir estatal, em detrimento do direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas, possibilitando, assim, a realização de provas com violação ao referido direito fundamental, com finalidade exclusivamente repressiva?

Segundo Gomes e Cervini,

O legislador constitucional ao delimitar a finalidade da interceptação telefônica (criminal) já estava ponderando valores, sopesando interesses. Nisso reside também o princípio da proporcionalidade. Segundo a imagem do legislador, justifica-se sacrificar o direito à intimidade para uma

investigação ou processo criminal, não civil [...]. Essa escolha, fundada na proporcionalidade, não pode ser desviada na praxe forense. [...] Ao permitir a interceptação como quebra que é do sigilo das comunicações, somente para 'fins criminais', já fazia uso da ponderação e da proporcionalidade, que agora não pode ser ampliada na prática (GOMES; CERVINI, 1997, p. 118-119).

Uma interpretação isolada do artigo 5.º, inciso XII, da Constituição Federal, acompanhada das disposições contidas na Lei 9.296/1996,¹⁰ que regulamentou referido dispositivo constitucional, poderia levar a essa conclusão, ou seja, de que o artigo 5.º, inciso XII, da Constituição Federal é expressão de uma ponderação realizada pelo próprio constituinte, em prol, dentre outros interesses que se apresentam durante a investigação criminal ou instrução processual penal, do interesse de punir estatal.

É dizer, o direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas poderia ser restringido se isso fosse necessário à produção de uma prova indispensável ao exercício do poder de punir estatal.

Estar-se-ia diante de um paradoxo: o interesse de punir estatal, expressão de um poder deslegitimado no Estado democrático de direito, pela violência e seletividade de seu exercício, totalmente incompatível com o fundamento e o fim do Estado democrático de direito, qual seja a dignidade da pessoa humana, por decisão do próprio constituinte, teria sido levado à balança da ponderação com um direito fundamental de extrema relevância na sociedade contemporânea, cuja proteção apresenta-se como condição necessária para a preservação da coesão social, e, pasmem, sobre este preponderado!

Por certo, não é essa a interpretação que privilegia a unidade da Constituição Federal e a eficácia de suas normas. Ao contrário, uma interpretação nesse sentido, a qual, infelizmente, tem prevale-

¹⁰ A forma como o legislador regulamentou a restrição constitucional na Lei 9.296/1996, a par de não preencher critérios de proporcionalidade, deixa clara a interpretação dada ao texto constitucional no sentido de permitir a produção de prova, por meio da interceptação telefônica, para fins exclusivamente repressivos.

cido na doutrina e na jurisprudência nacionais, apenas tem ensinado, além da expansão do poder punitivo, restrições injustificadas aos direitos fundamentais, com grandes prejuízos à realização do Estado democrático de direito.

Especialmente no campo de aplicação do princípio da proporcionalidade, isso tem efeitos perversos, pois, a partir de uma interpretação no sentido de que o próprio constituinte, ponderando interesses, conferiu preponderância ao interesse de punir estatal, em detrimento de um direito fundamental de tamanha expressão, na era da globalização, como é o direito ao sigilo das comunicações telefônicas, torna-se possível, e isso já vem ocorrendo na prática, a restrição, cada vez mais intensa e constante, dos demais direitos e garantias fundamentais, em prol do exercício de um poder que a Constituição não ousou legitimar, mas, simplesmente, limitar, exatamente por constituir uma ameaça à consolidação de seu projeto democrático.

É importante recordar que a Constituição, “em sua dimensão interna, constitui um sistema” (BARROSO, 2003b, p. 136). É dessa idéia de sistema, de unidade interna da Constituição que deflui o princípio da unidade da Constituição.

Ensina Canotilho que

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenéutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar [...] (CANOTILHO, 2003, p. 1.223).

Esses espaços de tensão, principalmente em Constituições promulgadas pela via democrática, como é o caso da Constituição Federal de 1988, são inevitáveis. Mas mesmo não sendo um pacto livre de tensões e contradições, a Constituição possui um núcleo de decisões fundamentais, as quais expressam um consenso fundamental quanto a determinados princípios.

E são essas decisões fundamentais que, conferindo à Constituição uma característica de sistema, possibilitam a interpretação de todas as suas normas, de forma a evitar contradições entre si.

Esse sistema, em um Estado democrático de direito, não pode ser compreendido como uma estrutura fechada, independente da realidade social, mas, invocando a lição de Canotilho (2003, p. 1.159), deve ser entendido como um “sistema normativo aberto de princípios e regras”:

[...] (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um ‘sistema aberto’ porque tem uma estrutura ‘dialógica’ (Caliess), traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ da ‘justiça’; (3) é um ‘sistema normativo’, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de ‘princípios’ como sob a sua forma de ‘regras’ (CANOTILHO, 2003, p. 1.159).

A interpretação da Constituição Federal de 1988 como um sistema aberto de princípios e regras,¹¹ com um núcleo de decisões fundamentais, além de possibilitar a sua compreensão como unidade, possibilita a sua constante atualização, em face das modificações operadas na realidade social.

¹¹ Observa Canotilho (2003, p. 1.162) que um modelo ou sistema constituído por regras e princípios é essencial à complementação e desenvolvimento de um sistema como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Isso porque um modelo constituído exclusivamente de regras “exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa, sem espaços para a introdução de conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses de uma sociedade pluralista e aberta”. Por outro lado, um modelo baseado exclusivamente em princípios poderia conduzir a um “sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema”, em razão da indeterminação, da inexistência de regras precisas e da existência de interesses conflitantes.

O processo de interpretação constitucional, segundo a doutrina constitucional contemporânea, deve ser compreendido como um processo global interpretativo, uno e concreto, que, conferindo especial ênfase à realidade social e à situação hermenêutica do intérprete, não exclui os métodos tradicionais de interpretação (como a interpretação gramatical, lógica, teleológica, sistemática, histórica), desde que compreendidos estes como “simples momentos do processo global interpretativo” (REALE, 1998, p. 294).

Conforme pontua Reale,

Não pode absolutamente ser contestado o caráter ‘criador’ da Hermenêutica Jurídica (*sic*) nesse árduo e paciente trabalho de cotejo de enunciados lógicos e axiológicos para atingir a real significação da lei, tanto mais que esse cotejo não se opera no vazio, mas só é possível mediante contínuas aferições no plano dos fatos, em função dos quais as valorações se enunciam (REALE, 1998, p. 293).

É importante ressaltar, entretanto, que a atualização constitucional encontra limites naquele núcleo de decisões fundamentais do constituinte, sintetizadas na opção por um Estado democrático de direito.

Uma interpretação da Constituição Federal de 1988 como sistema aberto de regras e princípios não permite uma conclusão no sentido de que, com o disposto no artigo 5.º, inciso XII, o constituinte conferiu prevalência ao interesse de punir sobre o direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas, possibilitando, assim, a realização de prova, com fins exclusivamente repressivos, porque isso constituiria, além de uma contradição insolúvel no seio do texto constitucional, a negação da unidade da Constituição.

Ademais, a expressão “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” deve ser compreendida dentro de um sistema democrático, em que o processo penal é instrumento para a contenção do poder punitivo e a prova, garantia do acusado contra a onipotência daquele poder. Nessa perspectiva, a restrição ao direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas, prevista no inciso XII do artigo 5.º da Constituição Federal, “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, somente pode

ser possível se, atendidas as máximas parciais da proporcionalidade, for necessária à tutela do direito de liberdade do acusado, diante da lesão ou ameaça de lesão pelo exercício do poder punitivo estatal.

Acrescente-se que o constituinte expressamente estabeleceu como condição para a restrição do direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas a “ordem judicial”. Essa determinação constitucional tem um significado todo especial nesta discussão. Isso porque a legitimidade do Poder Judiciário, no Estado democrático de direito, não reside em maiorias, mas na defesa dos direitos e garantias fundamentais. Não seria concebível que o próprio constituinte determinasse ao Poder Judiciário abdicar exatamente daquilo que confere legitimidade ao exercício do seu poder: a defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Uma interpretação como a que ora se propõe está em total consonância com as decisões fundamentais do constituinte e confere unidade à Constituição.

Essa interpretação, entretanto, não exclui a possibilidade de restrição do direito ao sigilo das comunicações telefônicas para o fim de fazer cessar uma atividade lesiva a um direito também constitucionalmente protegido que, nas circunstâncias do caso concreto, apresente maior “peso” do que aquele. Uma ponderação de interesses nessa hipótese é exigência do sistema de direitos fundamentais e se apresenta indispensável à maximização das possibilidades fáticas e jurídicas dos direitos contrapostos.

Tecnicamente, não se pode dizer que a coerção direta, como intervenção “na pessoa ou nos bens para neutralizar um perigo iminente ou interromper uma atividade lesiva em curso” (ZAFFARONI *et al*, 2003, v. 1, p. 104), possa ser incluída nos conceitos de “investigação criminal” ou de “instrução processual penal”. A estes conceitos está relacionado o conceito de prova, o qual não se confunde com o conceito de coerção direta, embora, por vezes, a prova seja produzida em decorrência de uma coerção direta.

Não obstante, é irrecusável que, diante de uma lesão ou perigo de lesão a um bem ou direito constitucionalmente protegido, possa ser restringido o direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas, se essa restrição for adequada e necessária à cessação do perigo ou da lesão, bem como proporcional.

Uma outra questão suscita o disposto no artigo 5.º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988.

A previsão expressa, no dispositivo constitucional, da possibilidade de restrição do direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas, “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, tem conduzido à interpretação de ter o constituinte vedado a possibilidade de restrição ao referido direito fundamental para quaisquer outras finalidades que não a investigação criminal ou a instrução processual penal.

Argumenta-se que as restrições aos direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, razão pela qual estaria excluída a possibilidade de restrição ao direito ao sigilo das comunicações telefônicas para, *exempli gratia*, a produção de prova em processo civil.

Uma interpretação da Constituição como sistema aberto de princípios e regras também não permite uma conclusão nesse sentido.

E assim se argumenta porque, em outras circunstâncias, além da investigação criminal e instrução processual penal, podem surgir, e com muito mais frequência surgem, verdadeiras colisões entre direitos fundamentais, mais especificamente entre o direito ao sigilo das comunicações telefônicas e outro direito ou bem, também constitucionalmente protegido.

Cita-se um exemplo: suponha-se a hipótese de um processo civil para a destituição do pátrio poder, em que se aduz, como causa de pedir, intensos maus-tratos contra uma criança de apenas um ano de idade. Excluída a possibilidade de produção de prova do fato alegado por qualquer outro meio, suponha-se que a interceptação telefônica do réu ou de pessoa de sua família seja a única forma de comprovar o fato. Há, na hipótese, uma colisão real entre o direito à integridade física ou mesmo à vida da criança e a intimidade do réu ou de integrante de sua família. Não há como recusar que, na hipótese aventada, a integridade física ou a vida da criança tem maior “peso” do que a intimidade do acusado ou de integrante de sua família. Seria razoável negar a possibilidade de uma ponderação entre os interesses em conflito, com base no princípio da proporcionalidade, para a restrição do direito ao sigilo

das comunicações telefônicas do réu ou de integrante de sua família? Parece que não.

A negação da possibilidade de ponderação de interesses nesses casos conduz à hierarquização dos direitos e garantias fundamentais e, em consequência, à negação dos direitos e garantias que se contraponham ao direito ao sigilo das comunicações telefônicas, com sérios prejuízos à unidade da Constituição e à sua força normativa.

Impõe-se, por fim, uma última consideração. Refere-se ao fato de ter ou não o constituinte, ao excepcionar, exclusivamente, o direito ao sigilo das comunicações telefônicas, tornado absolutos os direitos ao sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados.

Parte da doutrina sustenta que a interpretação gramatical do dispositivo constitucional leva ao entendimento de que a possibilidade de restrição às manifestações do direito à intimidade, previstas no artigo 5.º, inciso XII da Constituição Federal de 1988, restringe-se às comunicações telefônicas, o que evidenciou a intenção do constituinte de tornar absolutos os demais direitos assegurados no referido dispositivo.

Esse é o entendimento esposado por Gomes Filho, ao afirmar:

Assim, à simples leitura, constata-se que a garantia é ‘absoluta’ em relação à correspondência, às comunicações telegráficas e aos dados informatizados, enquanto pode comportar exceções, desde que previstas em lei e resultantes de ordem judicial, no que tange às comunicações por via telefônica (GOMES FILHO, 1997, p. 122).

Outra não é a posição adotada por Avolio:

Da redação empregada pelo legislador constituinte, deflui ainda, quanto às comunicações não telefônicas, uma colocação em termos absolutos. Isso porque, no regime anterior, a norma constitucional não apresentava, na sua inteireza, qualquer exceção, limitando-se a dizer que era inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações. Ora, diversamente, a própria Constituição já estabelece expressamente a exceção, e – por força de estrita interpretação gramatical e lógica – a única exceção que pretendia impor à regra do

sigilo da correspondência e das comunicações: ou seja, em relação ao sigilo destas últimas (AVOLIO, 2003, p. 133).

Grinover, Fernandes e Gomes Filho, analisando a questão, verberam:

Muda agora a situação, dado que a disposição constitucional, ao mesmo tempo em que garante a inviolabilidade da correspondência, dos dados e das comunicações telegráficas e telefônicas, abre uma única exceção, relativa a estas últimas. Isso quer dizer, no nosso entender, que com relação às demais formas indicadas pela Constituição (correspondência, dados e comunicações telegráficas) a inviolabilidade do sigilo se torna absoluta (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 212-213).

E invocam, em abono à posição adotada, o fato de que a repetição da palavra “comunicações” antes de “telefônicas” indica que a exceção constitucional só a estas se refere (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 213).

Moreira (1997), embora lance severas críticas à disciplina constitucional, admite que a restrição alcança, apenas, o direito ao sigilo das comunicações telefônicas.

Fernandes (2002, p. 94), adotando uma posição menos rígida, admite a possibilidade de restrição dos demais direitos assegurados pelo inciso XII do artigo 5.º da Constituição Federal, desde que necessária para a preservação de outros direitos ou bens, de maior relevância, também amparados constitucionalmente.

Como visto anteriormente, não existem, no sistema constitucional brasileiro, direitos e garantias fundamentais absolutos. A relatividade é uma característica ínsita aos direitos e garantias fundamentais, decorrente de sua natureza universal e heterogênea, bem como da natureza principiológica das normas que os asseguram.

Por outro lado, entender que a Constituição Federal de 1988, ao prever, expressamente, a possibilidade de restrição do direito ao sigilo das comunicações telefônicas, conferiu natureza absoluta aos demais direitos consagrados no já referido dispositivo é negar o princípio da unidade da Constituição.

E assim se afirma porque, quando se confere um valor absoluto a um princípio constitucional, em verdade, está-se reconhecendo a possibilidade de, em uma situação de conflito com outro direito ou bem não absoluto, a este negar total eficácia.

É exatamente o princípio da unidade da Constituição que impõe seja o disposto no artigo 5.º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988 interpretado não como uma norma isolada e dispersa, mas como um preceito integrado a um sistema unitário e aberto de regras e princípios (CANOTILHO, 2003, p. 1.224).

Dessa forma, entende-se que, ao prever expressamente a possibilidade de restrição do direito ao sigilo das comunicações telefônicas, mediante requisitos estabelecidos no próprio texto constitucional e outros a serem especificados pelo legislador ordinário, o constituinte não quis tornar absolutos os demais direitos assegurados, mas, tão-somente, conferir maior proteção ao sigilo das comunicações telefônicas, com o estabelecimento de critérios para uma ponderação de interesses, quando aquele direito estiver em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos.

Essa maior proteção tem uma razão de ser. Na era da “revolução tecnológica”, os meios de comunicação telefônica são os meios, por excelência, de comunicação interpessoal. É por meio deles que as pessoas se comunicam, realizam negócios, falam de sua intimidade, expressam seus desejos, enfim, tratam de diversos assuntos relacionados com a intimidade e a vida privada. A vulneração dessa esfera individual, principalmente diante dos recursos tecnológicos oferecidos, constitui fator de grande insegurança e desconfiança social.

Costa Andrade, ao tratar das “escutas telefônicas” no direito português, põe em relevo essa questão:

O que mais sobreleva nesta perspectiva é a já referenciada e qualificada danosidade social das escutas telefônicas, isto é, o teor particularmente elevado do seu potencial de ameaça. As escutas telefônicas são, na verdade, portadoras de uma danosidade social polimórfica e pluridimensional que, em geral, não é possível conter nos limites, em concreto e à partida, tidos como acertados. Tanto no plano

objectivo (dos bens jurídicos sacrificados) como no plano subjectivo (do universo das pessoas atingidas), as escutas telefônicas acabam invariavelmente por desencadear uma mancha de danosidade social, a alastrar de forma dificilmente controlável (COSTA ANDRADE, 1992, p. 283).

Se a intenção do constituinte foi conferir maior proteção ao direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas, pela maior nocividade social de sua violação na era da revolução tecnológica, acabou por torná-lo mais vulnerável, além de ter aberto uma perigosa brecha para investidas autoritárias, tão comuns em uma sociedade em que a “vontade de constituição” (HESSE, 1991) ainda não se consolidou.

De qualquer forma, uma interpretação da Constituição Federal de 1988, como um sistema aberto de princípios e regras, conforme proposto por Canotilho (2003, p. 1.159), com base nas decisões fundamentais do constituinte, faz-se urgente e necessária.

Pelos direitos fundamentais, enfim, pela democracia!

CONSIDERAÇÕES FINAIS ■

Falar em Estado democrático de direito é falar em algo inacabado, em constante aperfeiçoamento. Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 representou apenas um primeiro passo no sentido de implementar, no Brasil, um Estado democrático. Um importantíssimo passo, mas apenas o primeiro.

A partir da análise desenvolvida ao longo do trabalho pode-se vislumbrar que a prossecução do projeto democrático é uma tarefa árdua, difícil, principalmente para um país que, embora independente politicamente, não conseguiu livrar-se da dependência econômica com outros países. Mas não é algo impossível e depende, principalmente, de uma vontade social de realização da Constituição, a qual bem pode ser expressa em uma vontade de democracia.

Nesse contexto, a realização da dignidade da pessoa humana, como fim maior do Estado democrático de direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, constitui um grande desafio. Embora seja certo que, mesmo nas sociedades democráticas, a dignidade da pessoa humana dificilmente possa ser concretizada de uma forma plena, em razão da própria complexidade das relações sociais, deve ser realizada, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, de uma forma ótima.

Diante do aumento da conflituosidade social, uma realização ótima dos direitos fundamentais, no atual contexto social brasileiro, é tarefa extremamente complexa. Principalmente para o processo penal.

Como visto ao longo da investigação, o sistema penal, na atualidade, tem sido utilizado, cada dia mais, como o recurso para a “solução” dos problemas que são subjacentes aos conflitos

sociais. Isso tem conseqüências sérias para um país em fase de democratização, como é o caso do Brasil.

A adoção de soluções pontuais, restritivas de direitos e garantias fundamentais, para problemas estruturais da sociedade, apenas conduz ao agravamento desses problemas, os quais exigirão mais e mais medidas austeras, em um círculo vicioso, com grandes prejuízos às conquistas democráticas do país.

Isso assume dimensões extraordinárias quando a adoção dessas medidas conta com o apoio da própria sociedade, contra quem são dirigidas, como decorrência de um processo de manipulação, expressivo de uma perversa forma de dominação: a dominação política.

O processo penal fica, assim, debilitado e sem força suficiente para cumprir a elevada função de garantia que lhe foi conferida pela Constituição Federal de 1988. Embora a Constituição possa atribuir forma à realidade, a sua força normativa encontra limites nessa mesma realidade social. Esses limites tornar-se-ão menos significativos quanto maior for a vontade de realização da Constituição por parte da sociedade sobre a qual ela deve incidir.

No atual contexto social brasileiro, uma vontade social de realização da Constituição ainda não se consolidou e, em conseqüência, maiores e mais significativos têm sido os limites, existentes na realidade social, para a realização, senão plena, ao menos ótima, do projeto democrático da Constituição Federal de 1988.

Conforme se verificou pelo estudo realizado, o princípio da proporcionalidade, desenvolvido como princípio constitucional, em razão dos horrores perpetrados na Segunda Guerra Mundial, para a preservação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa contra o arbítrio estatal, foi acolhido pela Constituição Federal de 1988, constituindo, no sistema constitucional brasileiro, um mandamento de otimização dos direitos e bens constitucionais em situação de conflito.

Não obstante, em matéria de prova no processo penal, o princípio da proporcionalidade tem sido invocado ideologicamente vinculado a um falso conceito de segurança, para conferir legitimidade às restrições aos direitos e garantias fundamentais em situações nas quais não está caracterizada uma colisão entre direitos

ou bens constitucionalmente protegidos, mas entre estes e o poder de punir estatal, deslegitimado no Estado democrático de direito.

A invocação ideológica do princípio da proporcionalidade tem oportunizado a corrosão do sistema de direitos e garantias fundamentais, pois transforma o princípio, indispensável à unidade do sistema, em instrumento de negação desses mesmos direitos e garantias. É o que se verifica quando, invocando-se o princípio da proporcionalidade, permite-se a produção ou admissão de uma prova violadora dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, no processo penal, com fins exclusivamente repressivos. A restrição aos direitos e garantias fundamentais do acusado ou de terceiro, nessas circunstâncias, constitui nada mais nada menos do que a negação desses direitos e garantias, pelo exercício de um poder deslegitimado no Estado democrático de direito, não contido pelo processo penal.

É certo que haverá situações em que se revelará extremamente difícil, ao processo penal, como instrumento de garantia da pessoa, em face do poder punitivo estatal, a realização dos direitos e garantias fundamentais, em especial, do acusado. Mas é preciso reconhecer, nessas situações, uma manifestação incontida do poder punitivo, deslegitimado no Estado democrático de direito, como condição necessária para a sua constante superação.

Buscar justificativas constitucionais para certas violações aos direitos e garantias fundamentais, decorrentes da incapacidade de o processo penal conter o poder punitivo, apenas mascara a realidade social e os limites que esta tem imposto à força normativa da Constituição.

Em um Estado ainda em fase de democratização, em que uma efetiva vontade de democracia ainda não se consolidou, isso tem graves conseqüências, não somente no âmbito interno, mas, também, no âmbito internacional, pois é em razão dessas "fissuras" na ordem constitucional que o país torna-se, a cada dia, mais vulnerável à dominação internacional.

É certo que a efetivação de certas garantias penais e processuais a um reduzido número de pessoas selecionadas pelo sistema penal não será suficiente à realização do projeto emancipatório da Constituição Federal de 1988, pois essa realização está condicio-

nada à adoção de outras medidas que possibilitem a democratização das relações sociais em todas as esferas. Mas constituirá, com certeza, um importante passo para a realização daquele fim maior do Estado democrático de direito: a dignidade da pessoa humana.

Relembre-se que o poder punitivo é, principalmente em países em fase de desenvolvimento, como é o caso do Brasil, uma forma de exercício do poder extremamente verticalizante das relações sociais, representando, assim, um dos maiores obstáculos à consolidação de um Estado efetivamente democrático. Contê-lo, a partir do reconhecimento de sua deslegitimação, é uma necessidade, uma exigência da democracia.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXV, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 3. reimp.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1.
- ANITUA, Gabriel-Ignacio. Seguridad insegura: el concepto jurídico de seguridad humana contra el discurso bélico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, p. 293-315, mar.-abr. 2004.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. 5. reimp.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2003.
- BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 337, p. 125-134, jan.-mar. 1997.
- BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003b.

- . *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Lucia Giudicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e críticas à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCrim, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. 19. impr.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- . *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.
- BRASIL. Exposição de Motivos 213, de 9 de maio de 1983. Exposição de motivos à lei de execução penal. In: KUEHNE, Maurício. *Lei de execução penal anotada*. Curitiba: Juruá, 2005.
- CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPI, Antonio. *Lógica: os caminhos da razão*. Goiânia: Hagaprint, 2002.
- CARVALHO, Salo de. Supérfluos fins (da pena): Constituição agnóstica e redução de danos. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 156, p. 14-15, nov. 2005.
- CASTRILLO, Eduardo de Urbano; MORATO, Miguel Angel Torres. *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*. 2. ed. ampl. e atual. Elcano (Navarra): Aranzadi Editorial, 2000.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução Eliana Granja et al. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.
- CHAUÍ, Marilena de Souza. *O que é ideologia?* 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Brasiliense, 2003. 3. reimp. Coleção Primeiros Passos, 13.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COGO, Sandra Negri. O mito da verdade material em tempos pós-modernos: uma abordagem a partir da ética weberiana. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Constitucionalismo ou neoliberalismo: o que interessa e a quem?* Porto Alegre: Síntese, 1999.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DIX SILVA, Tadeu A. Globalização e direito penal brasileiro: acomodação ou indiferença? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, p. 81-95, jul.-set. 1998.
- D'URSO, Flávia. O princípio constitucional da proporcionalidade como hermenêutica no processo penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 136, p. 3, mar. 2004.
- EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Comentários de Francisco Pena. Tradução Maria José Lopes da Silva. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Fabris, 2000.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Criminalità e globalizzazione. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, p. 79-89, jan.-mar. 2003.
- . *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.
- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. Tradução Luiz de Lemos D'Oliveira. 1. ed. Campinas: Russell, 2003.
- FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales: de la prueba en general*. Tradução Jorge Guerrero. 3. ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998. v. 1, 3. reimp.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado, Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1996.
- . *Microfísica do poder*. Tradução Roberto Machado. 20. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004.
- . *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução Raquel Ramalhete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Globalização e sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 43, p. 165-186, abr.-jun. 2003.
- . *Razão e sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: complementos e índice*. Tradução Ênio Giachini. Rev. Márcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002.

- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*: não há crime ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. São Paulo: RT, 2002. v. 6.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*: Lei 9.296 de 24.07.1996. São Paulo: RT, 1997.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. Equidade, razoabilidade e proporcionalidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 78, p. 27-30, set. 2004.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, p. 71-79, jul.-set. 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- . *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*: a caminho de uma eugenia liberal?. Tradução Karina Jannini. Rev. Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HASSEMER, Winfried. Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tradução Alfredo Chirino Sánchez. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, p. 25-30, jul.-set. 1998.
- . Segurança pública no Estado de direito. Tradução Carlos Eduardo Vasconcelos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5, p. 55-69, jan.-mar. 1994.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. Tradução Norberto de Paula Lima. Adaptação e notas Márcio Pugliesi. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1997. Coleção Fundamentos do Direito.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Baur: Edipro, 2003, Série Clássicos Edipro.
- . *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Tradução Paulo Fróes. 18. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2005.

- LOMBROSO, Cesare. *O homem delinqüente*. Tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Tradução Simón Carrejo; Jorge Guerrero. 4. ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1997. v. 1, 3. reimp.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.
- MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Tradução Tadeu Antônio Dix Silva; Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: RT, 2003.
- MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Tradução Herbert Wüntzel Heinrichi. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2004.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCrim, 2003.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.
- . *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 3. tiragem.
- ROSA, Fábio Bittencourt da. Proporcionalidade: perigo do conceito aberto. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 153, p. 5, ago. 2005.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Ana Isabel de Figueiredo e Maria Fernanda Palma. Lisboa: Vega Universidade, 1986.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SANTOS, Pedro Sérgio dos. *Direito processual penal & a insuficiência metodológica: a alternativa da mecânica quântica*. Curitiba: Juruá, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

- . *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. A mídia e o direito penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 45, p. 16, ago. 1996.
- . *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.
- SILVA FRANCO, Alberto. A pessoa humana como centro do sistema punitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 86, p. 4, jan. 2000c.
- . *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000a.
- . Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 31, p. 102-136, jul.-set. 2000b.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SUANNES, Adauto. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 31, p. 75-101, jul.-set. 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- . Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 20, p. 13-23, out.-dez. 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.