

**ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA
(ESAJ)**

CARLOS JOSÉ ALVES DE ANDRADE

**GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSO PENAL: UM ESTUDO SOBRE A
FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS EM PROL DA EFETIVIDADE DA
PERSECUÇÃO CRIMINAL**

Rio de Janeiro

2020

CARLOS JOSÉ ALVES DE ANDRADE

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSO PENAL: UM ESTUDO SOBRE A
FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS EM PROL DA EFETIVIDADE DA
PERSECUÇÃO CRIMINAL

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)
apresentado ao Curso de Pós-Graduação em
Direito Penal e Processual Penal da Escola de
Administração Judiciária (ESAJ), como
requisito parcial do título de Especialista em
Direito Penal e Processo Penal.

ORIENTADOR: Professor ANDERSON DE PAIVA GABRIEL

Rio de Janeiro
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSO PENAL: UM ESTUDO SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS EM PROL DA EFETIVIDADE DA PERSECUÇÃO CRIMINAL

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal da Escola de Administração Judiciária (ESAJ), como requisito parcial do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Aprovado em ___ de Janeiro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Cláudio Luís Braga dell'Orto
Escola de Administração Judiciária

Professor Walter Aranha Capanema
Escola de Administração Judiciária

AGRADECIMENTOS

Aos meus amados pais Osmunda e Joaquim, fundamentais na minha formação como ser humano.

À minha esposa, companheira e confidente Patrícia, que esteve permanentemente ao meu lado nessa longa caminhada.

Ao Prof. Anderson de Paiva Gabriel, meu orientador, por seus relevantes conselhos e sugestões para o aprimoramento desta pesquisa.

Ao Desembargador Luciano Silva Barreto, Coordenador do Curso de Pós Graduação, sempre solícito e disposto a colaborar com a nossa turma em todas as ocasiões.

Aos meus colegas de sala de aula com quem compartilhei momentos de alegria, apreensão e também de muita reflexão. A nossa convivência harmoniosa, solidária e de troca de experiências foi bastante enriquecedora para mim.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para a realização exitosa deste trabalho.

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre a possibilidade ou não da flexibilização dos direitos fundamentais do investigado/acusado, visando alcançar maior eficiência na elucidação de fatos criminosos, destacando os posicionamentos doutrinários, bem como os entendimentos jurisprudenciais a respeito do tema. Tem como finalidade analisar a importância do processo penal democrático, sobretudo na materialização dos direitos fundamentais do réu no curso da ação penal. Pretende-se identificar as garantias constitucionais atinentes ao processo penal e apontar a relevância dos direitos fundamentais como limitadores do poder do Estado, na busca pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, visa a discorrer sobre os argumentos da doutrina e da jurisprudência que admitem, com fundamento no princípio da proporcionalidade e em caráter excepcional, a flexibilização desses mesmos direitos em prol da máxima eficácia da persecução criminal, quando os interesses do acusado/investigado colidirem com os da sociedade, sem a pretensão de esgotar o tema.

Palavras-chave: processo penal constitucional, direitos e garantias fundamentais, efetividade da persecução penal, princípio da proporcionalidade, ponderação de interesses.

ABSTRAT

This research deals with the possibility or not of the flexibility of the fundamental rights of the investigated/accused, aiming to achieve greater efficiency in the elucidation of criminal facts, highlighting the doctrinal positions, as well as the jurisprudential understandings on the subject. Its purpose is to analyze the importance of the democratic criminal process, especially in the materialization of the defendant's fundamental rights in the course of criminal proceedings. It is intended to identify the constitutional guarantees related to the criminal process and to point out the relevance of fundamental rights as limiting the power of the State, in the search for the implementation of the principle of human dignity. Finally, it aims to discuss the arguments of doctrine and case law that allow, based on the principle of proportionality and exceptionally, the relaxation of those rights in order to maximize the effectiveness of criminal prosecution, when the interests of the accused/investigating collide with those of society, without pretending to exhaust the theme.

Keywords: constitutional criminal proceedings, fundamental rights and guarantees, effectiveness of criminal prosecution, principle of proportionality, balancing of interest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
CAPÍTULO 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PROCESSO PENAL E O IUS PUNIENDI DO ESTADO	
1.1 Conceitos e funções do processo penal constitucional.....	08
1.2 Limitações ao <i>ius puniendi</i>	11
1.3 O devido processo legal.....	14
1.4 Princípio do contraditório.....	15
1.5 Princípio da ampla defesa.....	18
1.6 Presunção de inocência ou de não culpabilidade.....	23
CAPÍTULO 2. O PROCESSO PENAL SOB A ÓTICA GARANTISTA	
2.1 Breves apontamentos sobre a teoria do garantismo penal.....	26
2.2 Observância dos direitos do acusado no processo penal.....	29
CAPÍTULO 3. POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	
3.1 Considerações sobre o Princípio da Proporcionalidade.....	34
3.2 O Princípio da Proporcionalidade “ <i>pro reo</i> ”.....	40
3.3 O Princípio da Proporcionalidade “ <i>pro societate</i> ”.....	42
3.4 Ponderação de interesses e flexibilização dos direitos fundamentais.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	63

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como finalidade não só identificar as garantias constitucionais atinentes ao processo penal e apontar a importância dos direitos fundamentais como limitadores do poder do Estado, na busca pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, pilar da Constituição da República de 1988; mas também expor os argumentos da doutrina e da jurisprudência que admitem a flexibilização desses mesmos direitos em prol da máxima eficácia da persecução criminal, quando os interesses do acusado/investigado colidirem com os da sociedade.

Recentemente, o tema voltou a ser objeto de destaque na mídia nacional que veicula reiteradamente notícias a respeito da prática de crimes considerados cruéis, bem como daqueles cometidos por agentes públicos que se utilizam de sua função para obter vantagens ilícitas.

Tais acontecimentos trazem à baila a discussão sobre o resultado dos processos instaurados para o deslinde desses tipos de delitos que, na maioria das vezes, a sociedade considera insatisfatório por entender que os criminosos livram-se impunes da persecução penal.

Em razão disso, parte da opinião pública defende a aplicação de penalidades mais severas para as condutas que infringem a lei, bem como a adoção de procedimentos que agilizem a tramitação dos feitos e facilitem a obtenção de provas contra os investigados/acusados, haja vista a dificuldade do poder público em trazer para o processo elementos de convicção necessários para a condenação.

Nesse contexto, o primeiro capítulo versa sobre a função do processo penal no Estado Democrático de Direito, sobretudo a respeito de sua importância como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais.

Ainda serão abordadas as condições para que Estado exerça a sua pretensão punitiva contra quem pratique uma conduta delitiva prevista no tipo penal, assim como apresentados os princípios constitucionais relativos ao processo penal que impõem limites a esse poder.

No segundo capítulo, serão feitas breves considerações sobre a teoria do garantismo penal, que tem como um de seus objetivos a estruturação de um modelo normativo que corresponda aos anseios de um Estado de Direito Democrático, que deve ter como propósito assegurar o bem-estar do homem e da sociedade, no qual o ordenamento jurídico seja mecanismo para assegurar direitos e bens fundamentais ao indivíduo.

Também merecerá atenção a necessidade de observância dos direitos fundamentais do réu pelo julgador frente às pressões da opinião pública e o clamor social por segurança e pelo enfrentamento à impunidade.

No terceiro capítulo, aborda-se o princípio da proporcionalidade como mecanismo para a solução de conflitos entre os valores constitucionais nos casos concretos.

Tendo em vista que os Direitos Fundamentais, pela sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, não possuem caráter absoluto, parte da doutrina e da jurisprudência defende que, nas ocasiões em que o interesse do réu estiver em tensão com outro princípio constitucional, existe a possibilidade de mitigação das garantias individuais a fim de priorizar outro valor que, numa situação específica, mereça a tutela constitucional.

Nesse panorama emerge divergência doutrinária a respeito da flexibilização do núcleo dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo para se atender ao interesse da coletividade, havendo entendimento no sentido de sua admissão em casos excepcionais, bem como posicionamento contrário, que entende ser vedada a aplicação do princípio da proporcionalidade em desfavor do acusado.

O presente estudo procura expor os argumentos trazidos pelas correntes divergentes acerca da possibilidade de mitigação dos direitos individuais em prol da efetividade da persecução penal, sem a pretensão de esgotar o tema.

CAPÍTULO 1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PROCESSUAL PENAL E O *IUS PUNIENDI* DO ESTADO.

1.1. Conceitos e funções do processo penal constitucional

Partindo da acepção clássica de dicotomia entre direito público e privado, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos Cintra e Cândido Dinamarco afirmam que o direito processual está inserido no primeiro, haja vista que normatiza a atividade jurisdicional do Estado, estando umbilicalmente ligado aos preceitos estabelecidos pela Constituição da República. Ensinam os autores:

O direito constitucional estabelece as bases do direito processual ao instituir o Poder Judiciário, criar os órgãos (jurisdicionais) que o compõem, assegurar as garantias da magistratura e fixar aqueles princípios de ordem política e ética que consubstanciam o acesso à justiça (acesso à ordem jurídica justa) e a garantia do devido processo legal (*due process of law*)¹.

O Direito Processual, com suas linhas fundamentais traçadas pelo Direito Constitucional, tem o objetivo de criar e regular o exercício dos remédios jurídicos para dar efetividade ao ordenamento jurídico como um todo, tendo como principal finalidade a pacificação e solução de conflitos sociais na busca da efetivação da justiça em casos concretos².

Acrescentam que o direito processual goza de tutela constitucional já que a própria Carta Magna incumbe-se de configurá-lo não apenas como um conjunto de regras de instrumentalização do direito material, mas cientificamente como mecanismo público de realização de justiça. Os autores afirmam que decorre do texto da constituição “a proclamação de valores éticos sobre os quais repousa nossa organização política” e, nessa senda, “o direito processual é expressão dotada de conteúdo próprio, em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado, através de procedimentos demarcados formalmente em lei”³.

¹CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 53.

²*Idem*, p. 53.

³*Ibidem*, p. 87.

Quando as violações dos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os outros mecanismos de controle social não logram êxito em pacificar o convívio social, “surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens”⁴.

Ensina Bitencourt que a persecução penal pode ser estruturada a partir de uma concepção autoritária de Estado, como instrumento de perseguição aos inimigos do sistema jurídico imposto, ou a partir de uma visão democrática, “como instrumento de controle social limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre cidadãos de uma determinada sociedade”⁵.

Afirma que, com a inauguração de um novo período democrático no Brasil, a partir da promulgação da Constituição de 1988, por via de consequência, o Direito Penal deve ser idealizado e estruturado com observância aos princípios e garantias reconhecidos no texto constitucional. Significa dizer que:

O exercício do *ius puniendi* deve ser submetido ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, em serviço dos interesses da sociedade, particularmente na proteção dos bens jurídicos fundamentais, para o alcance da justiça equitativa⁶.

A Constituição da república de 1988, rompendo com o regime autoritário que vigorava até então, estabeleceu uma nova ordem democrática, objetivando o bem-estar individual, assim como assegurar os direitos sociais e, nesse contexto, os direitos fundamentais foram objeto de destaque no texto constitucional, dos quais se incluem os direitos do réu. O princípio da legalidade, do devido processo, da presunção de inocência, proibição de penas cruéis, duração razoável do processo, imparcialidade do juiz, proibição de tortura e individualização das penas, são os direitos principais dos acusados afirmados como fundamentais, em consonância com os princípios orientadores estabelecidos nas convenções internacionais sobre direitos humanos⁷.

⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.35.

⁵*Idem*, p. 42.

⁶*Ibidem*, p.42

⁷SOUSA, Marllon. *Plea Bargaining no Brasil - O Processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 69.

Fernando Capez define o direito processual penal como conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal Objetivo⁸.

Ensina que o Estado, em razão da soberania, detém o monopólio do direito de punir que, a princípio, é genérico e impessoal, tendo em vista que não se destina especificamente a pessoa determinada, mas à coletividade como um todo. No entanto, quando é cometida uma infração, esse poder, até então abstrato, concretiza-se, transformando-se em uma pretensão individualizada e voltada ao suposto transgressor. A partir daí, faz-se necessário o processo penal, já que a atividade jurisdicional só pode ser exercida por meio de um processo regular, que funciona para garantir a sua legítima atuação. “Sem o processo, não haveria como o Estado satisfazer sua pretensão de punir, nem como o Estado-Jurisdição aplicá-la ou negá-la”⁹.

Renato Brasileiro leciona que a partir do momento em que o indivíduo pratica uma conduta delitiva prevista no tipo penal, o direito de punir do Estado, anteriormente no plano abstrato, genérico e impessoal, quando da elaboração da lei incriminadora, transmuda-se para uma concreta pretensão de punir. Através dessa pretensão, o Estado busca dar efetividade ao *ius puniendi*, ficando o suposto autor do fato delitivo compelido a se sujeitar a uma sanção previamente cominada em lei em resposta a sua conduta anterior contrária ao ordenamento jurídico¹⁰.

Contudo, alerta que se afigura imprescindível a existência de um devido processo para que o Estado possa exercer a sua pretensão punitiva, afirmando que esta não pode ser resolvida de maneira voluntária, ou seja, não pode haver a imposição de sanção, nem o infrator sujeitar-se à pena, sem a observância das normas que regulam a atividade jurisdicional¹¹.

⁸CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45.

⁹*Idem*, p. 46.

¹⁰LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 39.

¹¹ *Idem*, p. 39.

Esclarece, ainda, que:

O Direito Penal não é um direito de coação direta. Apesar de o Estado ser o titular do direito de punir, não se admite a imposição imediata da sanção sem que haja um processo regular, assegurando-se, assim, a aplicação da lei penal ao caso concreto, consoante as formalidades prescritas em lei, e sempre por órgãos jurisdicionais”¹².

Por essa ótica, o Estado não está autorizado a punir de qualquer forma já que a aplicação do direito penal pode resultar na privação da liberdade de locomoção ou restrição de outros direitos também caros ao cidadão.

Em suas palavras, “na medida em que a liberdade de locomoção do cidadão funciona como um dos dogmas do Estado de Direito, é indutivo que a própria Constituição Federal estabeleça regras de observância obrigatória em um processo penal”¹³.

1.2. Limitações ao *ius puniendi*

Bitencourt explica que a concepção de igualdade e de liberdade, ideais no movimento iluminista, atribuíram ao Direito Penal um caráter formal menos desumano do que aquele predominante no período do Estado absolutista, impondo limites ao poder estatal de intervir nas liberdades individuais. Como consequência, muitos desses princípios limitadores ingressaram no ordenamento jurídico de países democráticos e, por fim, foram erigidos a normas constitucionais, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do indivíduo¹⁴.

Para o autor, hodiernamente, podem ser conceituados como princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de princípios fundamentais de Direito Penal de um Estado Social Democrático de Direito, funcionando como proteção do indivíduo face ao poder punitivo do Estado¹⁵.

¹²CAPEZ, Fernando, op. cit., 2013, p. 39.

¹³*Idem*, p. 39.

¹⁴BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2014, p. 49.

¹⁵*Idem*, p. 49.

Conforme lição de Amílton de Carvalho e de Salo de Carvalho “os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do Direito Penal nas sociedades democráticas”¹⁶.

Discorrem, ainda, os doutrinadores que:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados¹⁷.

Ada Grinover, Antônio Fernandes e Antônio Gomes Filho apontam que “os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo”¹⁸.

Segundo Luís Gustavo de Carvalho, as garantias processuais consagradas na Constituição da República têm por escopo legitimar e traçar os contornos da intervenção estatal nas liberdades individuais para, assim, evitar o exercício arbitrário do poder. Nesse aspecto, somente poderá ser admitida a constrição de direitos do particular quando ela se afigurar estritamente necessária. Além disso, deve ser adequada e proporcional, com a observância de garantias mínimas, a fim de se assegurar uma justa tutela jurisdicional¹⁹.

¹⁶CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2002, p. 19.

¹⁷ *Idem*, p. 19.

¹⁸GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 24.

¹⁹CARVALHO, Luís Gustavo de. *Garantias constitucionais-processuais penais (a efetividade e a ponderação das garantias no processo penal)*. Revista dos Tribunais da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6 n. 23, p. 189-190, abr. 2003.

Renato Brasileiro leciona que princípios fundamentais do processo penal são mandamentos nucleares de um sistema, explicando que a Constituição Federal de 1988 enumerou vários princípios processuais penais, mas que os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio também preveem inúmeros direitos atinentes à liberdade pessoal, os quais devem ser igualmente observados, em razão do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal que atribuiu status de norma supralegal (hierarquicamente inferior às normas constitucionais, porém acima das infraconstitucionais) para aqueles incorporados ao sistema legal sem as formalidades do § 2º, do art. 5º, da Constituição da República²⁰.

Inserir-se nesse rol, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) ratificado pelo Brasil em setembro de 1992, antes da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), que estabeleceu o processo legislativo para que os tratados relativos aos direitos humanos passassem a vigorar de imediato e a ser equiparados às normas constitucionais.

Alexandre de Moraes ensina que no Estado Democrático de Direito, o povo é o titular exclusivo da soberania, e que o poder delegado aos governantes não é absoluto e o seu exercício encontra várias limitações, sobretudo na previsão de direitos e garantias fundamentais estampados na Constituição que tutelam o cidadão em relação aos demais indivíduos e também ao próprio Estado²¹.

Sobre a função jurisdicional do Estado em matéria penal, Ferrajoli ensina que:

Podemos identificar os valores da jurisdição penal com a imunidade dos cidadãos contra o arbítrio e a intromissão inquisitiva, com a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, com a dignidade da pessoa do imputado e, portanto, também com o respeito à sua verdade. Isto supõe, obviamente, que se conceba o direito penal não mais apenas como instrumento de prevenção dos delitos, mas também como técnica de minimização da violência e do arbítrio na resposta ao delito. Coerentemente com tais finalidades, o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade - uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida - contra o abuso e o erro²².

²⁰LIMA, Renato Brasileiro, op. cit., 2019, p. 44.

²¹MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 30.

²²FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – a teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 348-349.

Nucci explica que o Direito Penal e o Processo Penal desenvolvem-se sob a égide de inúmeros princípios positivados na Constituição da República, com ênfase na dignidade da pessoa humana e no devido processo legal; pois, na sua visão, “são princípios governantes para que se obtenha a efetividade das propostas do Estado Democrático de Direito”²³.

1.3. Devido processo legal

A raiz do devido processo legal remonta à Magna Carta de 1215 (“nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra”). Posteriormente a expressão “lei da terra” transmudou-se para “devido processo legal” (“due process of law”)²⁴.

Buscou-se uma garantia e uma proteção contra os desmandos do rei, encarnando a época autoritária absoluta na Inglaterra. Não mais seria possível admitir-se a prisão ou a perda de bens de qualquer pessoa em virtude de simples capricho do governante, tornando-se essencial o surgimento do princípio da legalidade ou reserva legal, determinando o império da lei sobre a vontade do rei²⁵.

Para Guilherme Nucci, nos dias atuais, o devido processo legal “consubstancia-se no moderno princípio da legalidade penal, demonstrativo de não existir crime e pena sem prévia previsão legal²⁶”.

Sobre a estrita observância da reserva legal, afirma Ferrajoli que:

Tudo isso significa que no Direito Penal, uma vez que a principal garantia da liberdade do imputado contra o arbítrio é a taxatividade e, portanto, a possibilidade de verificação das hipóteses típicas, a fonte de legitimação substancial, seja externa ou interna, se identifica em grande parte com a fonte de legitimação formal proveniente da máxima submissão do juiz à lei, tal como resulta assegurada pela estrita legalidade e, portanto, pela estrita submissão à jurisdição penal²⁷.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.39.

²⁴ *Idem*, p. 62

²⁵ *Ibidem*, p. 62

²⁶ *Ibidem*, p. 62

²⁷ FERRAJOLI, op. cit., 2002, p. 438

A Constituição da República trouxe inovação ao se referir expressamente ao devido processo legal, além de fazer menção explícita aos bens patrimoniais como objeto a também ser tutelado pelos princípios próprios do direito processual penal²⁸.

O devido processo legal confere dupla proteção ao indivíduo, incidindo tanto na esfera material de proteção ao direito à liberdade, quanto no âmbito formal, ao lhe assegurar igualdade de condições no transcorrer da instrução processual com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado por juiz competente, aos recursos, à revisão criminal). Tem como corolários o contraditório e a ampla defesa, assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, expressamente previsto no texto constitucional²⁹.

1.4. Princípio do contraditório

A conceituação clássica do contraditório o classifica como ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a oportunidade de contrariá-los. Essencialmente, diz respeito à discussão dialética dos fatos da causa, garantindo-se às partes a possibilidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no bojo do processo. Constituem elementos do contraditório o direito à informação a respeito da atuação da parte contrária e o direito de participação, consistente na possível reação a atos que lhes sejam desfavoráveis³⁰.

Explica Renato Brasileiro que a concepção original do princípio do contraditório era entendida, quanto à reação, sendo suficiente que fosse possibilitada. No entanto, a mudança de visão sobre o princípio da isonomia, com a superação da mera igualdade formal e a busca de uma igualdade substancial

²⁸MORAES, Alexandre de, op. cit., 2010, p. 107.

²⁹*Idem*, p. 107.

³⁰LIMA, Renato Brasileiro de, ob. cit., 2019, p. 54.

também reverberou no princípio do contraditório, que deixou de ser entendido como mera possibilidade de participação de desiguais, passando a se propiciar a participação dos sujeitos em igualdade.

Portanto, pode-se dizer que se, em um primeiro momento, o contraditório limitava-se ao direito à informação e à possibilidade de reação, a partir dos ensinamentos do italiano Elio Fazzalari, o contraditório passou a ser analisado também no sentido de se assegurar o respeito à paridade de tratamento (*par conditio* ou paridade de armas). De fato, de nada adianta se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois, o equilíbrio entre acusação e defesa, que devem estar munidas de forças similares. O contraditório pressupõe, assim, a paridade de armas: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes³¹.

Prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de não obrigatoriedade da observância do contraditório na fase pré-processual, mas tão somente durante o curso do processo, tendo em vista que o texto constitucional faz menção apenas ao contraditório *em processo judicial ou administrativo* (artigo 5º, inciso LV, CRFB). Assim, o inquérito policial é considerado como um procedimento administrativo com o objetivo de coleta de elementos informativos quanto à existência do delito e apuração da autoria ou da participação, daí ser desnecessária a observância do contraditório na fase preliminar de investigação³².

A estrutura dialética do princípio do contraditório também influenciará na produção probatória “que se caracteriza pela possibilidade de indagar e de verificar os contrários, funciona como eficiente mecanismo para a busca da verdade”, já que as opiniões contrárias das partes ampliam os limites da cognição do julgador a respeito de circunstâncias relevantes para a solução da lide, reduzindo a probabilidade de erros³³.

³¹LIMA, Renato Brasileiro de, op. cit., 2019, p. 55.

³²*Ibidem*, p. 55.

³³*Ibidem*, p. 55.

Eugênio Pacelli assevera que a garantia ao contraditório transcende o interesse das partes, sendo relevante para a obtenção de decisão judicial que mais se aproxime aos objetivos da justiça:

De outro lado, e para além do interesse específico das partes e, de modo especial, do acusado, é bem de ver que o contraditório põe-se também como método de conhecimento do caso penal. Com efeito, uma estrutura dialética de afirmações e negações pode se revelar extremamente proveitosa na formação do convencimento judicial, permitindo uma análise mais ampla de toda a argumentação pertinente à matéria de fato e de direito. Decisão judicial que tem como suporte a participação efetiva dos interessados em todas as fases do processo tem maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a uma ou outra pretensão³⁴.

A reforma do Código de Processo Penal, ocorrida em 2008, realçou a importância do contraditório ao estabelecer limitação ao livre convencimento do magistrado no que diz respeito à valoração da prova, não podendo sua fundamentação basear-se exclusivamente, nos elementos de informação amealhados na fase inquisitiva. Exige-se, portanto, a produção de prova em contraditório judicial, ressalvadas as cautelares, não repetíveis e antecipadas, consoante artigo 155, do Código de Processo Penal. Mas, ainda nesses casos, deverá, necessariamente, ser oportunizada à parte adversa a real possibilidade de manifestar-se e, somente após, o julgador decidirá; o contraditório, portanto, é apenas diferido³⁵.

Nesse viés de valorização da manifestação das partes no processo penal, a Lei nº 13.964, sancionada pelo Presidente da República e publicada no dia 24 de dezembro de 2019, que passará a vigorar decorridos 30 dias de sua publicação, altera o Código de Processo Penal e cria a figura do juiz de garantias, responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela garantia dos direitos individuais do investigado. A nova lei, por exemplo, condiciona a prorrogação da prisão provisória ou de outra medida de natureza cautelar imposta durante essa fase procedimental à realização de audiência especialmente designada para esse fim, na qual seja oportunizado o exercício do contraditório àquele contra quem tenha recaído alguma dessas medidas restritivas.

³⁴PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 76.

³⁵CAPEZ, Fernando, op. cit., 2013, p. 65.

Segundo lição de Mirabete, o princípio do contraditório é de suma importância, pois garante às partes a igualdade dentro da relação processual, tendo estas as mesmas oportunidades de serem ouvidas, de se insurgirem contra as alegações em seu desfavor e de apresentarem livremente as provas que formem o convencimento do magistrado³⁶.

Essa garantia constitucional tem por escopo dar ciência ao indivíduo da existência de uma demanda judicial contra ele, devendo ser informado de todo o teor da acusação e sobre os fundamentos de fato e de direito desta, ou seja, a conduta que o levou a cometer o tipo penal definido em lei e os indícios que permitiram imputar-lhe tal acusação. Também deve ser assegurada ao réu a participação, de forma paritária, da instrução processual. Poderá o demandado contraditar todos os termos de uma acusação, opondo-se aos fatos alegados e produzindo livremente as provas que alicerçarão suas alegações.

O autor ensina sobre o princípio do contraditório:

Corolário do princípio da igualdade perante a lei, a isonomia processual obriga que a parte contrária seja também ouvida, em igualdade de condições (*audiatur et altera pars*). A ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que conceda às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões etc.³⁷.

1.5. Princípio da ampla defesa

Ao discorrer sobre a ampla defesa, Fernando Capez expõe que o Estado deve assegurar a todo o acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor), além de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes. Desse princípio também decorre a obrigatoriedade de

³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 24.

³⁷ *Idem*, p. 24.

se respeitar a ordem natural do processo, para que a defesa se manifeste sempre por último. Nessa senda se, por algum motivo no curso do processo penal, o Ministério Público venha a se manifestar depois da defesa (salvo, é óbvio, nas hipóteses de contrarrazões de recurso, sustentação oral ou manifestação dos procuradores de justiça em segunda instância), deve ser aberta vista dos autos ao defensor do acusado, para o efetivo exercício do direito de defesa na amplitude que a lei consagra³⁸.

Pacelli afirma que, embora também possa ser justificada, sob fundamentação diversa, é possível atribuir à ampla defesa o direito à utilização, pelo réu, até mesmo de provas obtidas por meios ilícitos, cujo aproveitamento no processo, via de regra, é inadmissível³⁹.

Isso porque, além da exigência da defesa real e efetiva, o princípio se desdobra, dada a sua amplitude, para abranger todas e quaisquer espécies de elementos de prova postos no ordenamento jurídico, até mesmo aquelas vedadas à acusação, tendo em vista que a ampla defesa é cláusula de garantia individual instituída especificamente no interesse do acusado (art. 5º, CF). Além do mais, tratando-se de prova destinada à demonstração da inocência, poder-se-á alegar até mesmo a exclusão de sua ilicitude, sob a perspectiva uma concepção mais ampla do estado de necessidade, para o fim de não se exigir a ciência do agente acerca da necessidade do comportamento e/ou de sua eminência.

Afirma o doutrinador “que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado”⁴⁰.

Nesse contexto, admite-se que o réu seja formalmente tratado de maneira desigual em relação à acusação, demarcando o aspecto material do princípio da igualdade. Por conseguinte, são conferidos ao acusado certos privilégios em

³⁸CAPEZ, Fernando, op. cit., 2013, p. 65.

³⁹PACELLI, Eugênio, op. cit., 2019, p. 80.

⁴⁰*Idem*, p. 80.

detrimento da acusação, como o manejo de recursos privativos da defesa, a vedação da *reformatio in pejus*, a regra do *in dubio pro reo*, a previsão de revisão criminal exclusivamente *pro reo*, etc., prerrogativas contidas no princípio do *favor rei*⁴¹.

Pelo princípio da ampla defesa, todo o acusado deve ter o direito de apresentar alegações, propor e produzir todas as provas que, no seu entender, possam amparar o acolhimento de sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário. Esse direito abarca tanto o direito à autodefesa quanto à defesa técnica por um advogado habilitado e, também, direito a não ser prejudicado no seu exercício por entraves a que não tenha dado causa ou pela dificuldade de acesso às provas de suas alegações.

Em razão da garantia à ampla defesa, a parte tem plena liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor meios de prova, eis que a defesa representa indubitavelmente, um interesse público, essencial em um Estado Democrático de Direito⁴².

Ela também se projeta no direito de o acusado exibir a sua própria versão para a imputação que lhe é atribuída. Essa dimensão, normalmente denominada autodefesa tem seu lugar, por excelência, no interrogatório judicial. Mas também consubstancia-se no direito indisponível do acusado ser assistido por defensor técnico (defesa técnica). Por fim, a ampla defesa guarda dimensão atinente ao direito de ser fazer presente nos atos processuais, assim como de ter suas argumentações levadas em consideração pelo julgador. Denomina-se direito de audiência⁴³.

⁴¹LIMA, Renato Brasileiro de, op. cit., 2019, p. 58.

⁴²BEDÉ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 178-179.

⁴³CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó; Suxberger, Antônio Henrique Graciniano (Coord.). *Projeto de lei anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 180.

Ao assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a ampla defesa, a Constituição da República se espraia de forma a abranger o direito à defesa técnica (processual ou específica) e à autodefesa (material ou genérica), havendo entre elas relação de complementariedade⁴⁴.

Renato Brasileiro explica que a defesa técnica é irrenunciável e indisponível. Portanto, ainda que o acusado, desprovido de capacidade postulatória, dispense a assistência de defesa técnica e, mesmo que seja revel, o juiz deve nomear defensor habilitado para patrociná-lo. Salaria “que não basta que esta defesa seja meramente formal, devendo ser efetiva exercida com manifestações fundamentadas adequadamente exercida”⁴⁵.

Em razão da relação de confiança necessariamente estabelecida entre o acusado e quem o defende, depreende-se que um dos desdobramentos da ampla defesa é o direito conferido ao acusado de escolha do seu próprio advogado. Desse modo, se o defensor constituído não puder assumir ou prosseguir o patrocínio em matéria penal, incumbe ao juiz determinar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro patrono. Antes da efetivação desta intimação – ou enquanto não exaurido o prazo assinalado – não é lícito ao magistrado nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu⁴⁶.

A autodefesa é aquela exercida pelo próprio acusado, em momentos cruciais do processo. Diferencia-se da técnica porque, embora não possa ser desprezada pelo juiz, é disponível, já que não há como se compelir o acusado a exercer seu direito ao interrogatório nem tampouco a acompanhar os atos da instrução processual. Manifesta-se no processo de várias formas, como o direito de audiência, direito de presença e capacidade postulatória autônoma do acusado.

O direito de audiência pode ser entendido como o direito que o acusado tem de apresentar ao juiz da causa a sua defesa, pessoalmente. Esse direito se materializa por meio do interrogatório, já que este é o momento processual

⁴⁴LIMA, Renato Brasileiro de, op. cit., 2019, p. 57.

⁴⁵*Idem*, p. 59.

⁴⁶*Ibidem*, p. 59.

adequado para que o acusado, em contato direto com o juiz natural, possa trazer ao magistrado sua versão a respeito da imputação constante da peça acusatória, daí o entendimento majoritário em torno da natureza jurídica do interrogatório: meio de defesa⁴⁷.

Por meio do direito de presença, assegura-se ao acusado a oportunidade de, ao lado de seu defensor, acompanhar todos os atos da instrução, auxiliando-o na realização da defesa. Daí a importância da obrigatória intimação do defensor e do acusado para todos os atos processuais. Afinal, durante a instrução criminal, podem ser prestadas declarações cuja falsidade ou incorreções só o réu consiga detectar. Nesse caso, deve poder relatar, de imediato, tais falsidades ou incorreções ao seu defensor técnico, a fim de que este último tenha tempo hábil para explorá-las durante a colheita de prova⁴⁸.

Não se trata, todavia, de um direito de natureza absoluta. Dentre os direitos fundamentais que podem colidir com o direito de presença, legitimando a sua restrição, encontram-se os direitos das testemunhas e das vítimas à vida, à segurança, à intimidade e à liberdade de declarar, os quais se revestem de inequívoco interesse público, e cuja proteção é de indiscutível dever do Estado. Portanto, na hipótese de efetiva prática de atos intimidatórios, subentende-se que houve uma renúncia tácita ao direito de presença pelo acusado, pela adoção de comportamento incompatível com o exercício regular de um direito.

Quanto ao terceiro desdobramento da autodefesa, entende-se que, em alguns momentos específicos do processo penal, defere-se ao acusado a capacidade postulatória autônoma, independentemente da presença de seu advogado. É por isso que, no processo penal, o acusado pode interpor recursos, impetrar *habeas corpus*, ajuizar ação de revisão criminal, assim como formular pedidos relativos à execução da pena⁴⁹.

⁴⁷LIMA, Renato Brasileiro de, op. cit., 2019, p. 62.

⁴⁸*Idem*, p. 63.

⁴⁹ *Ibidem*, p 64

Essas manifestações do acusado não contrariam o disposto no artigo 133, da Constituição da República, que prevê a advocacia como função essencial à administração da justiça. Deve se entender que, no processo penal, essas manifestações defensivas formuladas diretamente pelo acusado não prejudicam a defesa, apenas criando uma possibilidade a mais de seu exercício.

Uma vez dado o impulso inicial pelo acusado, em seguida, de modo a lhe assegurar a mais ampla defesa, há de ser garantida a assistência de defensor técnico, possibilitando, por exemplo, a apresentação das respectivas razões recursais⁵⁰.

1.6. Presunção de inocência ou de não culpabilidade

Antes da vigência da Constituição de 1988, este princípio existia tão somente de forma implícita como consequência da cláusula do devido processo legal. Com a promulgação da atual Constituição da República, passou a constar expressamente em seu texto, conforme previsto no inciso LVII, do artigo 5º: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em resumo, é o direito do indivíduo a não ser declarado culpado senão depois de esgotados todos os atos possíveis no bojo de um devido processo com observância às garantias estabelecidas pelo ordenamento jurídico, no qual lhe sejam oportunizados todos os meios para a produção de elementos de prova em sua defesa (ampla defesa) e para a confrontação daqueles apresentados pela acusação (contraditório).

Do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade derivam duas regras fundamentais: “a regra probatória (também conhecida como regra de juízo) e a regra de tratamento”⁵¹.

⁵⁰LIMA, Renato Brasileiro de, op. cit., 2019, p. 64.

⁵¹*Idem*, p. 45.

Em razão da regra probatória, incumbe à parte acusadora demonstrar, sem margem para dúvida, a culpabilidade do acusado, e não a este comprovar a sua inocência. Ou seja, o ônus de provar a existência do crime e de sua autoria competir ao imputado recai em quem acusa e, em observância a essa regra probatória, sempre que houver dúvidas sobre algum fato relevante para o desfecho do processo “inegavelmente será preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo”⁵².

Por força da regra de tratamento, o poder público deve se sujeitar a limitações em sua atuação e comportamento, a fim de evitar que o sujeito submetido à persecução penal seja considerado, de forma antecipada, culpado sem que esteja finalizado o processo criminal. Nesse aspecto, a privação cautelar da liberdade, por exemplo, somente pode ser concebida em situações excepcionais, sendo a regra responder em liberdade ao processo. Apresentam-se como claras manifestações dessa regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória antecipada da sanção penal⁵³.

Américo Bedê e Gustavo Senna ponderam que o princípio da não culpabilidade é o mais vilipendiado, inclusive por parte da própria sociedade, que considera a condição de réu, bastante para dispensar ao indivíduo tratamento gravoso e discriminatório, recaindo sobre ele os malefícios de ser rotulado culpado antes mesmo do deslinde dos fatos em juízo. Alertam sobre a regra de o réu responder ao processo em liberdade, assim como de receber tratamento de inocente e que a privação de liberdade no curso da ação penal é exceção e, como tal, deve fundar-se em hipóteses legais e restritas, devidamente comprovadas faticamente⁵⁴.

⁵²LIMA, Renato Brasileiro de, op. cit., 2019, p. 46.

⁵³*Idem*, p. 47.

⁵⁴BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo, op. cit., 2009, p. 66.

Apontam que, nos casos de prisão em flagrante, ainda que de forma inconsciente, ocorre mitigação na capacidade de tratar o réu como inocente e advertem que tal circunstância, por si só, não autoriza a inversão da presunção tutelada. Nessas hipóteses, contudo, reputam interessante a admissão de um procedimento abreviado, assemelhado ao estilo norte-americano, no qual é oportunizado ao réu admitir a sua culpa, possibilitando o encerramento antecipado do processo com o benefício de imposição de uma pena menor⁵⁵.

Para os doutrinadores, não haveria inconstitucionalidade ou arbitrariedade, pois sempre seria uma faculdade do réu a aceitação desse procedimento simplificado, além das vantagens de um processo mais célere e efetivo e a confiança na certeza da punição faria surgir um ciclo favorável ao interesse do Estado e da sociedade, diante da resposta rápida à violação de um bem jurídico tutelado. Complementam que⁵⁶:

É chegada a hora de se desmistificar o princípio da legalidade no processo penal e respirar os ares do consenso. O sistema penal deve ser pensado para funcionar e o réu culpado deveria ter a certeza de que será punido. Se assim fosse, a renúncia ao processo, em prol de uma pena mais branda, economizaria tempo e recursos para os cofres públicos, fazendo com que o Estado pudesse voltar suas baterias para casos nos quais a prova precisa ser mais bem produzida.

⁵⁵BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo, op. cit., 2009, p. 66.

⁵⁶*Idem*, p. 67.

CAPÍTULO 2. O PROCESSO PENAL SOB A ÓTICA GARANTISTA

2.1 Breves apontamentos sobre a teoria do garantismo penal

O Estado Democrático de Direito tem por fundamento a dignidade da pessoa humana e como propósito a tutela da liberdade do indivíduo contra os diversos meios de exercício abusivo de poder, particularmente indesejado no Direito Penal.

O modelo garantista de direito penal dispõe de coerência e unidade que se alicerçam na composição e sistematização de alguns princípios fundamentais e decorrentes que se relacionam e coordenam a própria existência do garantismo enquanto teoria.

Luigi Ferrajoli ensina que o modelo garantista clássico tem como base os princípios da legalidade estrita, da materialidade e da lesividade dos delitos, da responsabilidade pessoal, do contraditório entre as partes, da presunção de inocência, os quais, em grande parte, ganharam destaque e se desenvolveram a partir do movimento iluminista⁵⁷.

Estes princípios representam garantias jurídicas para a atribuição da responsabilidade penal e cominação da pena. Desconsiderá-los deslegitimaria o exercício do direito de punir do Estado.

Nesse contexto, Ferrajoli concebe dez axiomas que definem de forma sistemática, o modelo de garantismo penal. São eles: o princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito (não há pena sem crime); o princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito (não há crime sem lei); o princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal (não há lei penal sem necessidade); o princípio da lesividade ou da ofensividade do evento (não há necessidade sem ofensa); o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação (não há ofensa sem ação); o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade

⁵⁷FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 2002, p. 30.

peçoal (não há ação sem culpa); o princípio da jurisdicionalidade (não há culpa sem juízo); o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação (não há juízo sem acusação); o princípio do ônus da prova ou da verificação (não há acusação sem prova); o princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade (não há prova sem contraditório)⁵⁸.

Estes axiomas têm por natureza a interconexão e derivações entre si, de modo que um deles, invariavelmente, influenciará no próximo da cadeia. Significa dizer que se um desses elos da cadeia sistêmica for rompido em alguma fase do processo de derivação, o encadeamento é interrompido, impedindo, portanto, a aplicação da pena.

Dos princípios compreendidos dos vetores citados por Ferrajoli, o princípio da legalidade estrita é o que melhor caracteriza o sistema cognitivo garantista ínsito ao Estado de Direito, que deve se identificar pelo poder mínimo, com escopo de mitigação da violência para a prevalência da liberdade e restrição da função punitiva do Estado. Para o doutrinador⁵⁹:

O primeiro destes elementos é o convencionalismo penal, tal como resulta do princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas. O desvio punível, segundo a primeira condição, não é o que, por características intrínsecas ou ontológicas, é reconhecido em cada ocasião como imoral, como naturalmente anormal, como socialmente lesivo ou coisa semelhante. É aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Por outra parte, conforme a segunda condição, a definição legal do desvio deve ser produzida não com referência a figuras subjetivas de status ou de autor, mas somente a figuras empíricas e objetivas de comportamento, segundo a outra máxima clássica: *nulla poena sine crimine et sine culpa*. A primeira condição equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal e da consequente submissão do juiz à lei: o juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena. A segunda condição comporta, além disso, o caráter absoluto da reserva da lei penal, em virtude da qual a submissão do juiz é somente à lei. Apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma

⁵⁸FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 2002, p. 74-75.

⁵⁹Idem, p. 31.

tendencialmente exclusiva e exaustiva. De agora em diante denominarei a reserva legal de "princípio de mera legalidade", que, como queira que se formule, é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas; e usarei a expressão "princípio de estrita legalidade" para designar a reserva absoluta de lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais. O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter "constitutivo" e não "regulamentar" daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os "desocupados" e os "vagabundos", os "propensos a delinquir", os "dedicados a tráfico ilícito", os "socialmente perigosos" e outros semelhantes. Diremos, pois, aplicando ao direito penal uma distinção recentemente elaborada pela teoria geral do direito, que o princípio da estrita legalidade não admite "normas constitutivas", mas somente "normas regulamentares" do desvio punível: portanto, não admite normas que criam ou constituem *ipso jure* as situações de desvio sem nada prescrever, mas somente regras de comportamento que estabelecem uma proibição, quer dizer, uma modalidade deôntica, cujo conteúdo não pode ser mais do que uma ação, e a respeito da qual seja aleticamente possível tanto a omissão quanto a comissão, uma exigível e a outra obtida sem coação e, portanto, imputável à culpa ou responsabilidade de seu autor. O sentido e o alcance garantista do convencionalismo penal reside precisamente nesta concepção, ao mesmo tempo nominalista e empírica do desvio punível, que remete às únicas ações taxativamente indicadas pela lei, dela excluindo qualquer configuração ontológica ou, em todo caso, extralegal. *Auctoritas, non veritas facit legem* é a máxima que expressa este fundamento convencionalista do direito penal moderno e por sua vez do princípio constitutivo do positivismo jurídico:⁴ o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei. E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito.

Luiz Régis Prado leciona que o garantismo representa uma corrente da filosofia jurídica, cujos postulados, embora tenham sido desenvolvidos por outras filosofias em épocas diferentes, apresentam relevantes e inovadoras diretrizes para legitimação do ordenamento jurídico de modo geral. Caracteriza-se, essencialmente, pela distinção entre o ser e o dever-ser do Direito e pela instrumentalização do Direito e do Estado para assegurar direitos e bens fundamentais ao indivíduo⁶⁰.

⁶⁰PRADO, Luiz Regis. *Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra*. Disponível em <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/garantismo>. Acesso em: 30 dez.2019.

Acrescenta que a teoria do garantismo objetiva à estruturação de um modelo normativo que corresponda aos anseios de um Estado de Direito Democrático – democracia substancial e não apenas formal – fulcrado no homem e na sociedade, servindo a esses como instrumento de garantia de seus direitos fundamentais. Assim, a sua influência no sistema jurídico-penal daquele ordenamento resulta elaborações de toda ordem (material, processual, principiológica, institucional, etc.)⁶¹.

Mostra-se evidente a imposição de limites ao poder punitivo estatal pela ótica garantista de Direito Penal, reafirmada por alguns princípios penais fundamentais, como a legalidade penal e taxatividade das normas penais, a necessidade e humanidade das penas, a proporcionalidade, equidade e certeza das penas, da lesividade, da culpabilidade.

Os ideais garantistas igualmente reverberam no processo penal, reforçando determinadas orientações de proteção do indivíduo diante do arbítrio estatal, tais como a garantia do juiz natural e suas implicações, a necessidade de uma correta formulação da acusação, a inafastabilidade do contraditório, o abandono do sistema acusatório inquisitorial, a redução das penas por meio das medidas alternativas e transações como meio de simplificação do processo, entre outras⁶².

2.2. Observância dos direitos do acusado no processo penal

No que refere ao modelo garantista e à observância dos direitos fundamentais do indivíduo face ao poder punitivo do estado, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, em sua declaração de voto proferida nos autos da ADC 43 que versava sobre a declaração da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, cuja redação dispõe “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no

⁶¹ PRADO, Luiz Regis, op. cit., 2019, p. 03.

⁶² *Idem*, p. 04

curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”, asseverou que a presunção de não culpabilidade consubstancia-se em direito fundamental fruto de relevante conquista histórica do cidadão contra práticas abusivas do Estado⁶³.

Pontuou Sobre a importante função dos direitos fundamentais na proteção do indivíduo face ao autoritarismo por parte dos agentes do Estado na persecução penal, independentemente da espécie de delito pelo qual esteja sendo processado.

Por esse prisma, afirmou que a Suprema Corte, no desempenho de suas funções, assume o compromisso de preservar a intangibilidade da Constituição, sendo o garante de sua integridade, a fim de impedir que, em decorrência de pragmatismo ou de mera conveniência de determinados grupos ou instituições, motivações ancoradas em um punitivismo irracional tenham prevalência ou distorçam o conteúdo da norma constitucional. Explanou, ainda que:

A Suprema Corte constitui, por excelência, um espaço de proteção e defesa das liberdades fundamentais, não é menos exato que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas, como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal. Assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido qualificar-se como abusiva e ilegal a utilização do clamor público como fundamento da prisão cautelar e de outras medidas restritivas de seus direitos. Ao processo decisório que deve ocorrer em “ambiente institucional que valorize a racionalidade jurídica”.

Assim, os magistrados não se podem deixar influenciar, qualquer que seja o fim almejado, por circunstâncias ou convicções resultantes de manifestações da opinião pública com o fito condicionar o pronunciamento de juízes e tribunais. Pensar o contrário é negar ao acusado em processos criminais o seu direito fundamental a um julgamento justo e imparcial, o que constitui patente ofensa ao

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigo 283, do Código de Processo Penal. ADC nº 43. Ação, por maioria de votos, foi julgada procedente. Brasília, DF, data do julgamento, 07 nov. 2019.

que preconiza a Constituição da República, bem como ao que asseguram os tratados internacionais de direitos humanos subscritos ou aos quais o Brasil aderiu⁶⁴.

Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal, ao resolver os litígios em matéria penal, observará, invariavelmente, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República assegura a qualquer acusado, como é da essência do regime democrático, atentando, em todas as suas decisões, para o princípio da impessoalidade, para o distanciamento crítico das partes que integram a relação processual, além de observar “os parâmetros legais e constitucionais que regem, em nosso sistema jurídico, os procedimentos de índole penal”.

Por certo, os poderes do Estado são essencialmente estabelecidos e balizados pela Constituição da República, que representa documento político-jurídico de máxima relevância, e sua superioridade e força normativa se impõem à observância de todos, mormente daqueles que exercem o poder político, objetivando a tutelar as liberdades, a proteger os direitos e a coibir os abusos de instituições e agentes que atuam em nome do Estado. Para Celso de Mello:

O Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional e máximo guardião e intérprete da Constituição da República, garantirá, de modo pleno, às partes de tais processos, na linha de sua longa e histórica tradição republicana, o direito a um julgamento justo, imparcial e independente, em contexto que, legitimado pelos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, repele a tentação autoritária de presumir-se provada qualquer acusação criminal e de tratar como se culpado fosse aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência (...) Torna-se essencial proclamar, por isso mesmo, que a Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades jamais serão ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar para que essa realidade não seja desfigurada, pois – como ninguém o desconhece – todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica (dos Tribunais, especialmente) porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade (...) Torna-se de vital importância reconhecer, por tal razão, que o Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição por expressa delegação do poder constituinte – não pode renunciar ao exercício desse

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigo 283, do Código de Processo Penal. ADC nº 43. Ação, por maioria de votos, foi julgada procedente. Brasília, DF, data do julgamento, 07 nov. 2019.

encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. Nenhum dos Poderes da República pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios, ou a manipulações hermenêuticas, ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência ou de pragmatismo, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma promessa frustrada pela prática autoritária do poder. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional, porque nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental.

O processo penal, visto sob uma perspectiva garantista, deve ser entendido como instrumento de salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais de quem sofre persecução criminal. Esse dever de proteção representa encargo constitucional que tem de ser levado a efeito ainda que o clamor popular ou seguimentos políticos se manifestem de forma contrária, sob pena de ocorrência de um indesejado retrocesso de conquistas históricas que se consolidaram no ordenamento jurídico após muitos anos de lutas e reivindicações do próprio povo, na consagração de que “o processo penal traduz instrumento garantidor de que a reação do Estado à prática criminosa jamais poderá constituir reação instintiva, arbitrária, injusta ou irracional”.

Por essa ótica, é vedado ao poder público, em resposta ao fenômeno da criminalidade, lançar mão de ações retributivas a qualquer custo. Essa reação deve ser pautada e disciplinada por “regras que viabilizem a instauração, perante juízes isentos, imparciais e independentes, de um processo que neutralize as paixões exacerbadas das multidões, em ordem a que prevaleça, no âmbito de qualquer persecução penal movida pelo Estado”⁶⁵.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigo 283, do Código de Processo Penal. ADC nº 43. Ação, por maioria de votos, foi julgada procedente. Brasília, DF, data do julgamento, 07 nov. 2019.

Afirma o decano da Suprema Corte que a persecução penal – cuja instauração é justificada pelo cometimento de um suposto ato criminoso – “não se projeta nem se exterioriza como manifestação de absolutismo estatal”. O exercício da *persecutio criminis* esbarra nas balizas impostas pelo ordenamento jurídico. A tutela da liberdade, nesse contexto, representa insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, tendo em vista que o processo penal se materializa como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele que é submetido, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições estabelecidas pela própria Constituição da República.

O processo penal traduz uma necessária proteção instrumental de qualquer investigado ou acusado, em cujo favor devem ser assegurados todos os meios e recursos inerentes à ampla defesa, sob pena de invalidade dos atos de persecução estatal.

Luís Roberto Barroso faz um contraponto ao discurso de intangibilidade dos direitos fundamentais e afirma que a interpretação literal e estanque dos dispositivos que versam sobre os direitos e garantias individuais, sem cotejá-los com os interesses da coletividade, pode conferir proteção deficiente a bens jurídicos protegidos pelo direito penal relevantes à ordem constitucional, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas, além de criar um sentimento social de ineficácia da lei penal e enfraquecer a confiança da população na justiça criminal⁶⁶.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigo 283, do Código de Processo Penal. ADC nº 43. Ação, por maioria de votos, foi julgada procedente. Brasília, DF, data do julgamento, 07 nov. 2019.

CAPÍTULO 3. POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1 Considerações sobre o Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade assume um importante papel na aferição das medidas estatais adotadas, sobretudo quando a atuação do poder público venha a atingir direitos fundamentais do indivíduo. Diante disso, torna-se imperiosa a necessidade de um juízo de ponderação e bom-senso de modo que os meios empregados para a consecução de um fim almejado sejam compatíveis com os valores democráticos.

Diante da visão sistemática de nosso ordenamento jurídico, o critério para apaziguar os conflitos e solucionar a tensão entre os princípios constitucionais está alicerçado na ponderação dos bens e/ou interesses. Ao se analisar o caso concreto, adota-se o posicionamento de tutelar um dos direitos que, naquela situação específica, tenha maior relevância social, tendo a cautela de atingir de maneira menos gravosa aquele que deva dar lugar ao outro.

Segundo ensinamento de Robert Alexy:

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso⁶⁷.

⁶⁷ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 93-94.

Os princípios constitucionais não são normas de natureza meramente programática ou diretiva; pelo contrário, são dotados de força normativa com eficácia e aplicabilidade direta e imediata. Nesse aspecto, em razão das frequentes colisões entre os direitos fundamentais, a proporcionalidade representa elemento essencial, funcionando como instrumento concretizador de tais direitos, inclusive, ao preservar o núcleo essencial daquele que não tenha prevalência em determinada circunstância⁶⁸.

Eugênio Pacelli ensina que: “O conflito de interesses, presente na realidade da vida desde os primórdios da existência humana, é inevitável pelo simples fato da convivência social”⁶⁹.

Aborda o autor da impossibilidade da proteção plena de todos os direitos garantidos, mormente pela Constituição Federal já que, frequentemente, o exercício de um direito pode reverberar e atingir o direito de outrem⁷⁰.

A título de exemplo, traz uma situação hipotética das normas garantidoras do direito à livre informação (art. 5º, IV e IX, CRFB) se confrontando com o direito à intimidade, à imagem e à honra (art. 5º, X, CRFB) e assevera ser impossível conferir proteção integral aos princípios constitucionais quando postos em tensão⁷¹.

Ao se garantir o pleno exercício do direito à livre informação, o direito à privacidade do indivíduo poderá ser atingido. Nesse caso, deve haver o sopesamento entre os interesses colidentes para determinar em que medida qual deles deverá ceder em favor do outro.

O princípio da proporcionalidade não está expressamente previsto na Constituição da República, entretanto se espraia como norma esparsa por todo texto constitucional sendo fundamento implícito de outras normas. Ada Grinover, Antônio Fernandes e Antônio Gomes Filho, ensinam sobre a teoria da proporcionalidade:

⁶⁸ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 136-137.

⁶⁹PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 364.

⁷⁰*Idem*, p. 364.

⁷¹*Ibidem*, p. 364.

A teoria da proporcionalidade visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da lei poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, ou seja, um critério de proporcionalidade pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes⁷².

Fernando Capez, igualmente, faz referência ao desenvolvimento da chamada teoria da proporcionalidade na Alemanha, no período pós-guerra. O autor discorre que a possibilidade da mitigação das garantias fundamentais em casos excepcionais de extrema necessidade, significa o afastamento de um princípio geral para atender a uma finalidade extraordinária e justificável⁷³.

A Teoria da Proporcionalidade passa a figurar na seara constitucional em boa parte pela atuação do Tribunal Constitucional Alemão, como descreve Francisco Avólio:

A transposição do princípio da proporcionalidade para o plano constitucional deve-se em boa parte ao papel do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Em razão de sucessivos pronunciamentos, expressões claramente associadas ao pensamento da proporcionalidade – tais como “excessivo” (*ubermässig*), “inadequado” (*unuangemessen*), “necessariamente exigível” (*erforderlich, unerlässlich undedingt notwendig*) – foram se tornando recorrentes, até se estabelecer, de forma incisiva, que o princípio e a correlata “proibição de excesso”, enquanto regras aplicáveis a toda atividade estatal, possuem estrutura constitucional⁷⁴.

O autor, ao discorrer sobre a evolução do conceito de proporcionalidade para o Direito, reporta-se à Antiguidade Clássica na qual se encontra a matriz desse pensamento. Entendia-se, já naquela época, que o Direito deveria ter um caráter de utilidade, ou seja, o bem-estar para os indivíduos reunidos em comunidade tinha de ser a finalidade do Direito, era a razão de sua existência⁷⁵.

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 115.

⁷³ CAPEZ, Fernando, op. cit., 2013, p. 379.

⁷⁴ *Idem*, p. 57.

⁷⁵ AVOLIO, Francisco Torquato. *Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.55.

Também em Roma, o raciocínio com base no princípio da proporcionalidade foi muito empregado para fundamentar as intervenções do Estado na propriedade privada tendo em vista a prevalência do interesse maior.

A partir do século XVIII, com maior intensidade no século XIX, a teoria da proporcionalidade estava ligada a mitigações dos direitos individuais em prol do Estado que, em tese, tinha a incumbência de tutelar os interesses da sociedade. Através das limitações administrativas, certas liberdades individuais eram atenuadas em razão do atendimento de um bem maior, sendo então acolhida pela Teoria do Estado⁷⁶.

No Direito Administrativo, a proporcionalidade também se encontra presente no exercício do Poder de Polícia pelo Estado, visto que as limitações dos direitos e liberdades individuais não podem ser desmedidas e desarrazoadas em relação ao fim que se deseja alcançar. A finalidade desse poder não é a pura e simples supressão dos direitos individuais, mas condicionar o seu exercício ao bem-estar da sociedade.

Robert Alexy desenvolve a teoria da proporcionalidade como um sistema que estrutura a aplicação e justificação das normas de direitos fundamentais, especificamente de princípios jurídicos, havendo alguns parâmetros a serem observados para tanto. Assim, para a aplicação da máxima da proporcionalidade, devem-se levar em conta as submáximas que a compõem, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo o doutrinador, para que um ato jurídico seja reputado válido a partir da teoria da proporcionalidade, primeiramente deve-se avaliar se é adequado, depois se é realmente necessário para alcançar o objetivo pretendido. Após o preenchimento desses requisitos, proceder-se-á à ponderação entre os princípios que norteiam o ordenamento jurídico. Em suas palavras:

⁷⁶ AVOLIO, Francisco Torquato, op. cit., 2012, p. 56.

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais" da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre, "no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais". A seguir se pretende demonstrar que isso é válido de forma estrita quando as normas de direitos fundamentais têm o caráter de princípios. Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fálicas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos - caso sejam aplicáveis - é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fálicas⁷⁷.

Luís Manzano afirma que, no processo penal, o princípio da proporcionalidade aplica-se no que tange à dosimetria da pena, às provas, aos prazos e à prisão processual. Tal postulado deve ser observado nas ocasiões em que os interesses da sociedade estejam se confrontando com os direitos do indivíduo parte da lide. Nas palavras do autor, a proporcionalidade visa à "ponderação entre valores: tutela social no que diz respeito à repressão criminal, e direitos individuais, contra excessos estatais na repressão criminal"⁷⁸.

Alexandre de Moraes ensina que, com base no princípio da proporcionalidade, a doutrina constitucional passou a atenuar, por exemplo, a vedação das provas ilícitas no processo, sob o argumento de que a rigidez dessa regra levaria a distorções da aplicação da norma em situações de excepcional gravidade. Nos

⁷⁷ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 116-118.

⁷⁸ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas 2012, p. 323.

casos em que o direito tutelado seja mais importante de que uma garantia fundamental do indivíduo, como o direito à intimidade, que poderia ser violado visto que nenhuma liberdade pública se reveste de caráter absoluto⁷⁹.

Leandro Prado afirma que através do princípio da proporcionalidade pode haver a contraposição da vedação constitucional às provas ilícitas com o direito fundamental da ampla defesa, igualmente assegurado pela Carta Magna. O autor exemplifica o seu raciocínio apresentando uma hipótese em que o uso de uma prova ilícita seja a única forma de um acusado demonstrar a sua inocência. Nesse caso, ela poderia ser considerada e, ao se enquadrar nesta situação excepcional, a prova perderia seu caráter de ilicitude, passando a ser tida como lícita⁸⁰.

Nesse aspecto, segundo o autor, a doutrina que apregoa a aplicação do princípio da proporcionalidade, no que se refere à relativização da vedação da prova ilícita no processo, argumenta que nenhuma garantia constitucional é absoluta, sendo perfeitamente possível, em casos excepcionais, a utilização da prova obtida sem a observância das normas legais quando houver a necessidade de se tutelar um interesse ou princípio de maior relevância em detrimento de outro, de menor valor, em uma situação específica⁸¹.

Para o doutrinador: “Se existir alguma circunstância mais importante a ser protegida que a vedação ao uso das provas ilícitas, pode-se, aplicando-se este princípio da proporcionalidade, afastar aquela proibição”⁸².

Ada Grinover, Antônio Fernandes e Antônio Gomes Filho escrevem que, apesar dos riscos que a aplicação da proporcionalidade pode causar em razão da forte carga de subjetividade no cotejamento entre interesses conflitantes, alguns autores têm admitido a sua utilização.

⁷⁹ MORAES, Alexandre de, op. cit., 2010, p. 112-113.

⁸⁰ PRADO, Leandro Cadenas. *Provas Ilícitas: Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores*. Niterói: Impetus, 2009, p. 31.

⁸¹ *Idem*, p. 31.

⁸² *Ibidem*, p. 31.

E o que revela dizer é que, embora reconhecendo que o subjetivismo ínsito no princípio da proporcionalidade pode acarretar sérios riscos, alguns autores têm admitido que sua utilização poderia transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida⁸³.

Alexander Souza pondera que, mesmo sendo categórica a redação do Art. 5º, LVI, da CRFB: “São inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”, o dispositivo constitucional não deve ser entendido de forma rígida e absoluta, uma vez que interpretações radicais das normas não são saudáveis para o sistema jurídico em geral⁸⁴.

Defende o autor uma interpretação flexível do referido dispositivo com base na análise criteriosa dos valores postos em tensão, repelindo-se, dessa forma, o emprego de soluções apriorísticas, o que permitiria ao aplicador da lei avaliar a situação em suas diversas nuances tais como: a gravidade do caso, a dificuldade de demonstração da veracidade das alegações por parte do litigante através dos métodos legalmente postos, a extensão e intensidade do dano causado, dentre outras circunstâncias⁸⁵.

De acordo com esse entendimento, uma vez que os direitos e garantias fundamentais previstos em sede constitucional não são absolutos, conseqüentemente, em determinadas hipóteses extraordinárias, podem ser relativizados.

3.2 O Princípio da Proporcionalidade *pro reo*

É praticamente uníssono na doutrina o entendimento da possibilidade de aplicação, do princípio da proporcionalidade no processo penal, desde que revertida em favor do acusado⁸⁶.

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., 2001, p. 136.

⁸⁴ SOUZA, Alexander Araújo de. *A inadmissibilidade, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta?* Revista da EMERJ, v. 7, n. 27. Rio de Janeiro, jun. 2004, p. 187.

⁸⁵ *Idem*, p. 187-188.

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., 2001, p. 137.

Estamos, nesse caso, diante da aplicação do referido princípio, na ótica do direito de defesa, que encontra guarida constitucional. Na linha de pensamento que privilegia o direito à ampla defesa, numa situação em que a manifestação do réu ou de seu defensor viole alguma norma ou atinja direito de terceiros, há o entendimento pela descaracterização da ilicitude de tais comportamentos, pois o próprio ordenamento jurídico traz previsões legais de excludentes da antijuricidade, como a legítima defesa e o estado de necessidade⁸⁷.

Fernando Capez assevera que o princípio que veda a utilização da prova obtida por meio ilícito no processo penal, por exemplo, não deve servir como escudo destinado a permitir a condenação de pessoas inocentes, motivo pelo qual a aceitação, praticamente unânime, da doutrina e da jurisprudência pela aplicação do princípio da proporcionalidade a favor do réu⁸⁸.

Aduz o autor sobre o tema:

Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana⁸⁹.

Luís Fernando Manzano discorre que a vedação expressa de admissibilidade da prova ilícita no processo (Art. 5º, LVI, CRFB), em virtude do princípio da proporcionalidade, não se reveste de caráter inexorável, sobretudo quando em confronto com um bem de maior valor também garantido constitucionalmente. Para o autor, pensar numa postura irreduzível de não aceitação, em qualquer hipótese, da prova obtida por meios não ortodoxos poderia levar a distorções e a resultados não desejados⁹⁰.

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., 2001, p. 137.

⁸⁸ CAPEZ, Fernando, op. cit., 2013, p. 380.

⁸⁹ *Idem*, p. 380.

⁹⁰ MANZANO, Luís Fernando de Moraes, op. cit., 2012, p. 77.

Tal raciocínio tem possibilitado a utilização da prova ilícita quando favorável ao réu, tendo em vista que a ampla defesa e os meios e recursos a ela inerentes também recebem a chancela constitucional⁹¹.

Nesse contexto, a previsão constitucional que veda a utilização da prova ilegal no processo penal, quando confrontada com os princípios da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana, por exemplo, não pode ter caráter absoluto, sendo necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade, importante mecanismo para adequar os meios empregados ao fim desejado, sem distorções e em consonância com as diretrizes do Estado Democrático de Direito.

3.3 O Princípio da Proporcionalidade *pro societate*

O exercício da atividade persecutória penal pelos órgãos estatais quase sempre colidem com a barreira protetora erigida pelas normas constitucionais concernentes aos direitos da personalidade.

No que se refere ao princípio da proporcionalidade *pro societate*, que apregoa, por exemplo, a admissão da prova ilícita quando houver a prevalência do interesse público na persecução penal, Fernando Capez escreve que a tendência atual da jurisprudência pátria é pela sua não adoção⁹².

Nessa linha, caminha o trecho do seguinte julgado:

II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): Considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação⁹³.

⁹¹ MANZANO, Luís Fernando de Moraes, op. cit., 2012, p. 77.

⁹² CAPEZ, Fernando, op. cit., 2013, p. 380.

⁹³ STF, HC 80949/RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicação DJ 14/12/2001.

A justificativa de tal entendimento tem como linha de pensamento que a não admissão de mecanismos de mitigação das garantias constitucionais tem “o objetivo de preservar o núcleo irredutível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais”⁹⁴. Assim, os procedimentos excepcionais que visem à constrição de direitos não podem ser erigidos a condutas de praxe de investigação ou na instrução penal.

Antônio Scarance Fernandes expõe que o princípio da proporcionalidade é geralmente invocado para embasar a adoção de medidas excepcionais de restrição a direitos individuais, mormente no que se refere às atividades ligadas ao crime organizado. Contudo, a sua aplicação deve observar certos requisitos e pressupostos a fim de evitar excessos e não suprimir as salvaguardas fundamentais do indivíduo para a sua existência digna⁹⁵.

Um pressuposto específico de natureza formal para atuação do princípio é o da legalidade. Assim, a utilização de mecanismos especiais de obtenção de prova ou de meios atípicos ou extraordinários de provas para a repressão à criminalidade organizada só encontra justificativa, com invocação da proporcionalidade, se for expressamente permitido pelo ordenamento jurídico. Na visão do autor:

A lei deve: a) regular e explicitar claramente a medida excepcional de obtenção ou produção de prova, com os requisitos necessários para atuá-la; b) indicar o procedimento a ser seguido; c) especificar os órgãos, entidades ou pessoas legitimadas a requerê-la e a efetivá-la concretamente; d) indicar a autoridade competente para autorizá-la e a motivação necessária na decisão a ser proferida. Em caso de dúvida sobre alguns desses aspectos, a interpretação da norma autorizadora da medida excepcional deve ser restritiva, nunca ampliativa⁹⁶.

A adequação ou a idoneidade da medida limitativa apresenta-se como primeiro requisito intrínseco do princípio da proporcionalidade. Uma medida é adequada quando possuir atributo essencial que a habilite a atingir o fim almejado (adequação qualitativa), quando a sua duração ou intensidade for apropriada a sua

⁹⁴ CAPEZ, Fernando, op. cit., 2013, p. 380.

⁹⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 70/2008, p. 229-268, jan/fev. 2008. Disponível em <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/delivery/document>>. Acesso em: 17 jul.2019.

⁹⁶ Idem, p. 229-268.

finalidade (adequação quantitativa) e quando destinada a um indivíduo sobre o qual recaiam as circunstâncias exigíveis para ser utilizada (adequação subjetiva). A restrição de direitos frente a necessidade de resposta eficaz à criminalidade organizada será adequada se for capaz e relevante para comprovar a prática do crime investigado ou imputado a alguém, se a duração não for excessiva e se atingir um indivíduo sobre o qual incidam as circunstâncias que conduzam à obtenção ou à produção da prova⁹⁷.

A necessidade, também denominada de "intervenção mínima", de "alternativa menos gravosa" ou de "subsidiariedade" surge como um segundo requisito para a atuação do princípio da proporcionalidade. Não se mostra suficiente a adequação do meio ao fim. Além de ser o mais idôneo, o meio empregado deve importar menor restrição possível. Para não ser desproporcional, o meio deve ser necessário ao objetivo pretendido, aferindo-se essa necessidade pela avaliação das alternativas postas para o alcance do fim. "Assim, para resolver sobre a imprescindibilidade de medida excepcional destinada a apurar crime organizado, normalmente muito gravosa ao indivíduo, deve o juiz concluir que não há outra medida apta a alcançar o mesmo fim"⁹⁸.

O terceiro requisito, o da proporcionalidade em sentido estrito, direciona para a indispensabilidade de constatar, entre os valores em tensão – o que dá azo à medida restritiva de direito individual e o que tutela o direito a ser violado – qual deve prevalecer. "Não se trata de uma ponderação abstrata e genérica entre o direito a obter ou produzir prova criminal e o direito fundamental do indivíduo, mas de uma verificação do justo equilíbrio em cada caso"⁹⁹.

Além dos requisitos intrínsecos, Fernandes aponta para a observância do requisito extrínseco:

Requisito extrínseco para a correta e a regular incidência do princípio da proporcionalidade constitui a necessidade de que a restrição seja precedida de autorização judicial, feita por meio de decisão fundamentada, na qual são examinados os requisitos intrínsecos acima referidos.

⁹⁷ FERNANDES, Antônio Scarance, op. cit., 2019, p. 229-268.

⁹⁸ *Idem*, p. 229-268.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 229-268.

Alexander de Souza entende ser possível a aplicação do princípio da proporcionalidade em favor da acusação e menciona outro princípio, o da igualdade entre as partes, para justificar o seu posicionamento. Para ele, a paridade entre as partes ficaria afastada de forma desarrazoada, haja vista a posição praticamente unânime da doutrina e jurisprudência de admitir a incidência do princípio para beneficiar o réu¹⁰⁰.

Aduz ainda que, por estranho que pareça, muitas vezes a acusação se encontra numa posição de inferioridade em razão da enorme dificuldade de obtenção de provas que demonstrem as alegações das práticas criminosas, sobretudo daquelas perpetradas pelo crime organizado¹⁰¹.

No desenvolver de sua tese sobre o cometimento de crimes de extrema gravidade, o autor menciona Egas de Aragão que argumenta que a não aplicação do princípio da proporcionalidade, nesses casos excepcionais, seria o equivalente a “deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desprotegidos frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível aclarar as circunstâncias da prática de delitos por meios ortodoxos”¹⁰².

Embora o direito à prova esteja sujeito a limitações, ele não deve ser sistematicamente sacrificado em todas as ocasiões em que a acusação se utilize de meios probatórios não colhidos pelas vias regulares, quando entrarem em conflito com os interesses do acusado. Antes do afastamento do conteúdo probatório trazido pela acusação, necessária a ponderação dos valores em oposição para que seja adotada a medida mais adequada no caso específico¹⁰³.

Todavia, o doutrinador faz a ressalva expressa de que o princípio da proporcionalidade *pro societate* somente deve ser aplicado em situações de excepcional gravidade ou de relevância social, de forma a não se tornar banal e

¹⁰⁰ SOUZA, Alexander Araújo de, op. cit., 2004, p. 191.

¹⁰¹ *Idem*, p. 191.

¹⁰² ARAGÃO apud SOUZA, Alexander Araújo de, op. cit., 2004, p.191.

¹⁰³ *Idem*, p. 191.

arbitrária a flexibilização das garantias individuais, vale dizer, que o seu emprego deve acontecer quando “seja a única forma de colocar em igual nível os pratos da balança que representa a Justiça”¹⁰⁴.

Sobre as críticas tecidas ao inevitável arbítrio judicial, em que possíveis erros de ponderação entre os valores conflitantes submetidos à apreciação do magistrado podem ocorrer, Alexander Souza diz que o próprio ordenamento jurídico, em diversas hipóteses, confia ao juiz a capacidade valorativa a fim de aplicar as normas redigidas com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sendo impossível a eliminação completa da subjetividade judicial. A respeito disso, discorre que toda decisão judicial acolhendo a teoria da proporcionalidade deve ser, necessariamente, cuidadosamente motivada, estando sujeita ao controle da instância recursal¹⁰⁵.

Ainda sobre o assunto, afirma que a aplicação intransigente das garantias individuais previstas na Constituição da República pode resultar grandes injustiças, sobretudo diante da atual realidade em que o crime organizado assume uma postura cada vez mais agressiva, atuando, inclusive, em nível internacional. Em sua publicação, é mencionado o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira: “a exacerbação do ‘garantismo’ conduz aí a resultados incompatíveis com uma política criminal que leve em conta as necessidades mais prementes da atual conjuntura”¹⁰⁶.

Guilherme Nucci comenta que, embora a teoria da proporcionalidade venha recebendo muitas adesões ultimamente, o nosso sistema processual penal ainda é incipiente no que concerne em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais e, portanto, ainda não preparado para a aplicação de tal teoria¹⁰⁷.

No que se refere à atuação dos agentes públicos na persecução penal, o doutrinador não vislumbra uma maior liberdade de ações, em nome da segurança pública, sem o forte vínculo constitucional de proteção dos direitos individuais, haja vista não possuímos um “Estado-investigação preparado e equilibrado”¹⁰⁸.

¹⁰⁴ SOUZA, Alexander Araújo de, op. cit., 2004, p. 192.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 192

¹⁰⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa apud SOUZA, Alexander Araújo de, op. cit., 2004, p. 193.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 358.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 358.

César de Faria Júnior aborda que, sob a ótica da constitucionalização do direito e da reverberação dos valores normativos da Constituição da República para o ordenamento jurídico como um todo, o processo penal deve ser concebido como instrumento limitador do Estado no exercício da persecução criminal e, nesse contexto, malgrado os direitos fundamentais não se revestirem de caráter absoluto, o princípio da proporcionalidade deve ser considerado com certa parcimônia, devendo ser rechaçada a sua utilização desmedida, na qual prevaleça de forma desarrazoada a supressão de garantias processuais de modo a atingir o núcleo essencial desses direitos. *In verbis*:

Todavia, como o fenômeno da constitucionalização do Direito, o Processo Penal, para além da realização do Direito Penal, há de ser compreendido como mecanismo de materialização dos direitos e garantias fundamentais, reafirmando-se sua instrumentalidade, mas agora, sob o viés constitucional. Neste prisma, à luz do princípio da supremacia da Constituição, não se pode admitir, sob qualquer argumento, um Processo Penal do Inimigo no qual prevalece a supressão de garantias processuais, num modelo de Estado Democrático e de Direito, edificado com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, mesmo considerando que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos e que a colisão entre eles é bastante comum em um texto constitucional, repudia-se a recorrente manipulação do princípio da proporcionalidade como forma de atingir a máxima restrição desses direitos. Não obstante não se tenha no Brasil um inimigo específico, claramente segmentado e determinado, não se pode olvidar que a escolha dos “inimigos de ocasião” obedece não somente à lógica do linchamento, mas, sobretudo, à lógica seletiva dos detentores do poder¹⁰⁹.

Sobre a discussão a respeito da possibilidade da flexibilização dos direitos do investigado/acusado, Américo Bedê Junior e Gustavo Senna trazem à baila o exemplo de uma interceptação telefônica não autorizada da qual resulta na descoberta de diálogo de um terrorista. Nesse caso indagam se este elemento de prova poderia ser validado para condenar o agente em razão da gravidade do delito¹¹⁰.

¹⁰⁹ FARIA JÚNIOR, César de. *O Processo Penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. 2010. 252 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

¹¹⁰ BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo, op. cit., 2009, p. 50-51.

Continuam e reconhecem serem plausíveis os argumentos de quem admite a sua utilização no processo, haja vista a desigualdade real no combate à criminalidade, pois ela não respeita qualquer limite moral ou jurídico, mas ressaltam que o entendimento majoritário é no sentido de ser inconcebível a transgressão dos direitos fundamentais, “pois seria o primeiro passo para a legalização do abuso e da ditadura”¹¹¹.

No entender dos magistrados, seria temerária a utilização da prova obtida ilicitamente para lastrear uma condenação, sob o risco do cometimento de abusos pelos agentes do Estado e lembram que o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais obsta a interpretação de admissão da prova ilícita *pro societate*, sendo o “preço que se paga para viver em um Estado Democrático de Direito”¹¹².

Discorrem que a proporcionalidade, *lato sensu*, não deve servir de fundamento para tal flexibilização, em razão de seu subprincípio, a proporcionalidade em sentido estrito, haja vista que as vantagens porventura obtidas (punição do autor de um delito) em decorrência da utilização da prova ilícita não superam as desvantagens (violações aos direitos fundamentais). Afirmam que “é preciso respeitar os direitos fundamentais inclusive daqueles que pensamos não merecê-los”¹¹³.

Cristiane Fagundes alerta que, se por um lado, utilização da técnica de ponderação entre os princípios conflitantes venha sendo mais utilizada nas decisões judiciais, de outro devem ser evitados a todo custo excessos na sua aplicação. Para a autora, “se é intrínseca ao princípio da proporcionalidade a vedação de excessos, a decisão que lhe der aplicação não pode exceder a limites objetivos, sob pena de retirar de si seu fundamento maior”¹¹⁴.

¹¹¹ BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo, op. cit., 2009, p. 51.

¹¹² *Idem*, p. 52.

¹¹³ *Ibidem*, p. 52.

¹¹⁴ FAGUNDES Cristiane Druve Tavares. *A solução de conflitos principiológicos e a proporcionalidade*. Revista dos Tribunais – Revista de processo v. 185/2010, p. 9-34, jul./2010 DTR-2010-228.

3.4. Ponderação de interesses e flexibilização dos direitos fundamentais

Douglas Fischer concorda que, na aplicação do Direito Penal e do Direito Processual Penal, os direitos e garantias fundamentais do indivíduo devem ser preservados ao máximo. No entanto, pondera que, com base nos ideais garantistas, há interpretações equivocadas de tais premissas, havendo verdadeiro exagero quanto ao protagonismo de prevalência das garantias dos investigados/acusados, deixando em segundo plano a proteção à vítima e à sociedade como um todo¹¹⁵.

Para o autor, a tese central da teoria garantista, em síntese, funda-se na estrita observância dos direitos fundamentais (também os deveres fundamentais) previstos na Constituição da República. Assim, normas hierarquicamente inferiores (e mesmo as alterações do texto constitucional), assim como interpretações judiciais, não podem desarranjar o que já está sedimentado constitucionalmente no campo dos direitos (e deveres) fundamentais. Desse modo, como forma de dar maior efetividade aos fundamentos garantistas, a função do intérprete está “em buscar quais os valores e critérios que possam limitar ou conformar constitucionalmente o Direito Penal e o Direito Processual Penal”¹¹⁶.

No âmbito da compreensão integral dos postulados garantistas, o Estado deve levar em consideração que, para dar efetividade aos direitos fundamentais, englobados os individuais e sociais, faz-se necessário garantir, igualmente, a eficiência e a segurança, a fim de se evitar a impunidade. A obrigação de garantir a segurança não se limita a evitar condutas delitivas que violem direitos fundamentais de terceiros, mas também na devida apuração – com observância aos direitos do investigado ou processado – do ato ilícito e, se for o caso, na punição do responsável. Em suas palavras:

¹¹⁵ FISCHER, Douglas. Não há direito fundamental à impunidade. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 33, dez./2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao033/douglas_fischer.html> Acesso em: 10 out. 2019.

¹¹⁶ *Idem*, acesso em: 10 out. 2019.

A Constituição Federal brasileira é garantista e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito. Mas a teoria garantista não existe apenas para proteção de interesses individuais. Se a Constituição é o ponto de partida para (também) a análise (vertical) do influxo dos princípios fundamentais de natureza penal e processual penal, decorre daí que o processo hermenêutico não poderá se assentar sobre fórmulas rígidas e pela simples análise pura (muito menos literal) dos textos dos dispositivos legais (inclusive da própria Constituição). Há se buscar o conteúdo da norma, sua essência. Na linha dos próprios fundamentos basilares do garantismo, não se afigura difícil compreender que vemos a Constituição ocupando uma função central no sistema vigente (sem gerar um panconstitucionalismo), podendo-se dizer que seus comandos se traduzem como ordenadores e dirigentes aos criadores e aos aplicadores (intérpretes) das leis (aí incluída a própria Constituição, por evidente). Como salienta Maria Fernanda Palma, “a Constituição que define as obrigações essenciais do legislador perante a sociedade. Ora, essa função de proteção ativa da Sociedade configura um Estado não meramente liberal, no sentido clássico, mas promotor de bens, direitos e valores”. Nessa linha, compreendemos também deva ser a interpretação do próprio conteúdo dos dispositivos constitucionais. Para nós, significa que a compreensão e defesa dos ordenamentos penal e processual penal também reclamam uma interpretação sistemática dos princípios, regras e valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988, há realmente novos paradigmas influentes em matéria penal e processual penal. Diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de determinados bens jurídicos e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de visualizar os contornos (integrais, e não monoculares, muito menos de forma hiperbólica) do sistema garantista. Têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples referência aos ditames do “garantismo penal”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quiçá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados. Da leitura que fizemos, a grande razão histórica para o surgimento do pensamento garantista (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais (notadamente os individuais) não eram minimamente respeitados¹¹⁷.

Paulo Trois Neto argumenta de o regime de governo vigente no Brasil antes da promulgação da constituição de 1988 contribuiu de forma significativa para uma maior rigidez quanto à observância dos direitos fundamentais do indivíduo. A nova

¹¹⁷ FISCHER, Douglas, op. cit., acesso em: 10 out. 2019.

ordem constitucional convergiu com o processo de redemocratização do país e com a concepção da imposição de limitações ao poder do Estado. Adverte, porém, não ser razoável, ao argumento de se coibir arbitrariedades e excessos, a adoção de posicionamento de extremo oposto. “Somente um modelo de princípios pode permitir a consolidação de uma ordem jurídica preocupada tanto com as garantias processuais quanto com a realização de uma justiça penal funcionalmente eficaz”¹¹⁸.

Wilson Rocha expõe que incumbe ao Estado salvaguardar os direitos fundamentais de seu povo, bem assim o dever de reconhecimento do direito subjetivo do cidadão à proteção, incluída a preventiva, contra ações abusivas de terceiros e também do próprio poder público no âmbito jurídico dos direitos fundamentais¹¹⁹.

Esse múnus de tutela dos direitos fundamentais deve ser cotejado com a proibição da proteção deficiente, ou seja, não deve o Estado, na sua função de proteção dos bens jurídicos fundamentais, “lançar mão de medidas que não garantam, preventiva e repressivamente, de modo adequado e eficiente, a proteção e a fruição daqueles direitos”. Nesse contexto, não pode o Estado se limitar, por exemplo, em criar órgãos ou instituições para a preservação dos direitos fundamentais se o desenvolvimento de suas atividades não atingir o objetivo de conferir uma proteção eficaz e proporcional à importância do bem tutelado¹²⁰.

Hodiernamente, mostra-se patente que, para dar continuidade a sua missão atribuída pela Constituição e dar respostas adequadas e razoáveis à sociedade para consecução do bem comum e de proteção à dignidade da pessoa humana, o Estado, seus órgãos e instituições a ele vinculadas, voltados para a tutela dos direitos fundamentais não podem direcionar as suas ações e se comportarem como em outros tempos.

¹¹⁸ TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. *O processo penal e a teoria dos princípios*, Revista de doutrina do TRF 4ª região. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>> Acesso em: 10 out. 2019.

¹¹⁹ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (org.) *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 151.

¹²⁰ *Idem*, p. 151-152.

O contexto de complexidade dos problemas envolvendo o convívio social, as características atuais dos ilícitos penais, o grau de estruturação, organização e propagação da criminalidade, aliados ao crescimento populacional, fatores econômicos, políticos, a escassez dos recursos públicos diante das necessidades sempre crescentes da coletividade, o aumento da corrupção praticada por agentes públicos e a impunidade exigem a adoção de um novo modelo pelas autoridades responsáveis que resulte na eficiência na tutela dos direitos fundamentais, nos quais se incluem a segurança e a ordem públicas¹²¹.

Na visão do autor, para conciliar a preservação dos direitos fundamentais, inclusive os daqueles indivíduos que de alguma forma estejam sendo investigados ou processados criminalmente, o poder público deve priorizar e direcionar sua atuação em atividades de inteligência, tática e estratégia, consoante sua proposição:

Nesse contexto de dever geral de proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado e de reconhecimento de um direito subjetivo à proteção, inclusive preventiva, contra ingerências indevidas de terceiros e do próprio Estado na esfera jurídica de direitos fundamentais do indivíduo, não vemos como aquele poderá cumprir o seu mister se os seus órgãos, suas instituições, suas entidades ou seus departamentos responsáveis especificamente pela tutela dos aludidos bens jurídicos fundamentais não subsidiarem a sua atuação com uma atividade de inteligência, estratégia e tática. É obvio que, não tendo a lei fixado o 'como', possibilitando a discricionariedade no cumprimento de tal mister, aqueles sujeitos responsáveis por essa proteção somente poderão lançar mão das medidas agressivas que estejam autorizadas e em devida proporção com a posição ocupada pelo bem fundamental que se busca proteger (...) É nesse contexto que a atividade de inteligência, como instrumento indiscutível de eficiência, deve ser aplicada no âmbito das instituições voltadas para a tutela de direitos fundamentais (dentre os quais, vale lembrar, também se insere a segurança pública). No entanto, se não há dúvida de que a inteligência representa um grande incremento na atividade das instituições voltadas para a tutela dos direitos fundamentais, também não é menos verdade que somente o controle rígido sobre ela (interno e externo) poderá evitar que a atividade se desvirtue em instrumento de violação do que pretende proteger. Vale dizer, para que tal atividade possa desenvolver-se em níveis minimamente aceitáveis e não se transmude em ferramenta de violação dos próprios direitos fundamentais, seja no Ministério Público, seja em qualquer instituição, faz-se premente a formalização interna de todos os atos de inteligência praticados (a fim de viabilizar futuros controles internos e externos), a confidencialidade de suas informações sensíveis (inclusive com o controle de acesso com base na necessidade funcional de conhecer), a sindicabilidade ordinária da unidade de inteligência pela corregedoria da instituição (além da incidência de controle externo) e, por óbvio, a possibilidade de ajuizamento de *habeas data* pelo cidadão nas hipóteses previstas na Constituição da República quando lhe for negado, indevidamente, qualquer acesso a informações/dados ao seu respeito¹²².

¹²¹ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (org.), op. cit., 2013, p. 151-152.

¹²² *Idem*, p. 154.

Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna expõem que há consenso doutrinário sobre os atributos dos direitos fundamentais que se caracterizam como núcleo essencial da Constituição de 1988, assumindo várias dimensões, imbricadas de tal maneira que deve ser realizada a análise a partir do princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais¹²³.

Nessa senda, o processo penal em um Estado Democrático de Direito deve reconhecer e observar os direitos fundamentais do acusado. Todavia, tal garantia não pode servir de escudo processual para blindar aquele que esteja respondendo à ação penal ou tornar inviável a efetivação do direito fundamental de segurança de toda a população, assim como do respeito aos direitos fundamentais da vítima. Por esse motivo, a existência prática da democracia está em combinar de forma harmônica os valores individuais e coletivos, através de um conjunto de ações por parte do Estado que assegure o equilíbrio entre os interesses do réu com os da coletividade.

Para a existência de um processo penal justo, com respeito aos postulados do devido processo legal, a ampla defesa deve ser oportunizada de forma substancial e efetiva, e não apenas formalmente, onde não pode exercer, de fato, o direito de argumentação na busca de uma decisão que lhe seja favorável¹²⁴.

No entanto, alertam que essa garantia não significa defesa irrestrita, sem limitações ou de desnecessidade de uma conduta ética, haja vista a existência de limitações imposta pelo Direito, constituindo erro a invocação do garantismo penal para legitimar posturas abusivas e desleais no exercício do direito de defesa. Para os autores:

Garantismo penal não é sinônimo de impunidade. Não pode significar deslealdade processual nem absolvição a qualquer custo. Combate-se com veemência o abuso do poder de punir do Estado e repete-se o erro com o abuso do direito de defesa, tentando-se criar nulidades inconsistentes, utilizando-se de manobras claramente procrastinatórias ou alegando-se prejuízo para a defesa sem comprovação efetiva alguma¹²⁵.

¹²³ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (org.), op. cit., 2013, p. 79.

¹²⁴ *Idem*, p. 79.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 80.

A atuação da defesa técnica, por sua natureza, desenvolve-se sob uma perspectiva de parcialidade, o que justifica a omissão em relação a determinados fatos ou circunstâncias, a fim de que tais manifestações não venham a prejudicar o réu. Todavia, não se pode admitir que esse tipo de comportamento seja praticado sem imposição de limitações, uma vez que o dever de lealdade também deve ser observado pelo acusado, sem que isso implique violações ao seu direito à ampla defesa¹²⁶.

Significa dizer que o Princípio da lealdade processual impõe a todos os sujeitos do processo o dever de manter uma postura ética e adequada em todas as etapas da persecução penal, desde a fase pré-processual até, se for o caso, a execução da pena, em consonância com os deveres de moralidade, verdade e probidade¹²⁷.

À luz de tal princípio, seria perfeitamente possível a utilização de mecanismos para coibir comportamentos desleais das partes, inclusive os da defesa, como já ocorre no processo civil, por exemplo, nas hipóteses de reconhecimento da litigância de má-fé. Embora sem previsão expressa no Código de Processo Penal, tal sanção não representaria mitigação do direito de defesa, mas tão somente proibição do seu exercício abusivo¹²⁸.

Os autores tecem críticas à parte da doutrina e da jurisprudência, que invoca o princípio fundamental da não autoincriminação e a excludente de ilicitude do exercício regular de um direito do réu, quando seu comportamento não ultrapasse os limites da relação processual sem afetar direito de terceiros, para defender a inexistência de obrigatoriedade de submissão ao princípio da lealdade por parte da defesa no processo penal.

Argumentam que, conquanto o comportamento desleal da defesa no âmbito penal não atinja, de imediato, pessoa natural como *ex adverso*, conforme acontece no processo civil, em razão das partes em litígio, tais atitudes acabam ofendendo o

¹²⁶ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (org.), op. cit., 2013, p. 80.

¹²⁷ *Idem*, p. 82.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 83.

interesse de toda a coletividade, principalmente quando criam entraves ilegítimos ao *ius puniendi* do Estado, provocando procrastinações indevidas de modo a embaraçar o bom funcionamento do processo penal e, por consequência, da prestação jurisdicional. Nessa toada, enunciam:

Que o réu não tem o dever de produzir prova contra si mesmo, ninguém questiona, mas isso não significa que tenha o direito de atrapalhar o processo. Tumultuar, procrastinar o andamento do feito não é ampla defesa, mas sim chicana processual que deve ser sancionada. O mesmo deve ser dito em relação à defesa técnica, que não deve confundir o comportamento ativo e intransigente na defesa de seu cliente com posturas intoleráveis ou até mesmo com posturas criminosas¹²⁹.

Rodrigo de Grandis lembra que o Direito Penal atua no âmbito da sociedade como forma de controle, cujo objetivo, em um primeiro momento, é evitar a prática delitiva e, em uma etapa posterior, reprimi-la, mediante a aplicação de sanções. Esse controle social, em razão de seu caráter gravoso, somente deve ser levado a efeito quando outros mecanismos informais de pacificação social (v.g. família, escola, instituições religiosas, associações) se mostram insuficientes para impedir o cometimento de infrações penais. Para além dessa função exercida subsidiariamente pelo Direito Penal, deve ser acrescida a proteção de bens jurídicos relevantes necessários para que os cidadãos tenham a garantia de viver de forma livre e segura em sociedade¹³⁰.

Por esse prisma, argumenta que novas formas de criminalidade organizada, sobretudo aquelas que provocam lesão ou expõem a perigo a ordem econômica, constituem grave violação aos postulados e as finalidades do Estado Social de Direito, pois os efeitos danosos à sociedade do delito econômico, em razão de sua natureza difusa, são mais intensos do que os dos delitos tradicionais, uma vez que prejudicam a arrecadação de tributos pelo Estado e interferem na manutenção da ordem pública, na economia, na livre concorrência, dificultando a implementação dos direitos sociais e a consecução da justiça social. Por isso afirma que:

¹²⁹ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (org.), op. cit., 2013, p. 86.

¹³⁰ *Idem*, p. 405-406.

A proteção de novos bens jurídicos reclama, assim, a mudança de modelo interpretativo – iluminista e liberal – que reinava no século XIX e na primeira metade do século XX, para que o Direito Penal possa consolidar, sob os ditames do Estado Social e democrático de Direito, a missão de garantir aos seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura¹³¹.

Para o autor, os direitos fundamentais não podem mais ser percebidos apenas como direito de defesa em face do Estado, mas como princípios objetivos e direito de defesa aos bens jurídicos essenciais a ataques intentados por qualquer pessoa, devendo o Estado assumir o seu papel de tornar efetiva a proteção constitucional. Complementa que:

O Direito Processual Penal, evidentemente, não deve ficar imune a essa nova perspectiva interpretativa, mormente quando se tem presente o seu caráter instrumental, como meio de fazer atuar o Direito Penal, tornando efetivas as funções de prevenção e repressão das infrações penais, sem perder de vista – registre-se com tintas fortes – os direitos inerentes ao investigado ou acusado¹³².

Na mesma linha de raciocínio, Fischer critica a ideia da prevalência indistinta – *prima facie* – apenas de direitos fundamentais individuais do investigado ou acusado em detrimento dos demais direitos, valores, princípios e regras constitucionais, sem qualquer sopesamento e, mormente, diante de interpretação literal e gramatical da Constituição, assim como da legislação infraconstitucional¹³³.

Para o doutrinador, ao se valorizar e difundir apenas e parcialmente a teoria garantista, voltada exclusiva e exageradamente aos interesses do acusado - denominada de garantismo hiperbólico monocular –, esquece-se de observar os direitos fundamentais dos demais indivíduos que compõem o corpo social, o que propicia sentimentos de insegurança e descrédito no sistema de combate à criminalidade¹³⁴.

Ao discorrer sobre as nulidades no processo penal, Antônio do Passo Cabral expõe que da análise de grande parte dos acórdãos de tribunais do país, chega-se a conclusão de que os julgadores ainda conferem muita importância às formalidades

¹³¹ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (org.), op. cit., 2013, p. 407.

¹³² *Idem*, p. 408.

¹³³ FISCHER, Douglas, op. cit., acesso em: 10 out. 2019.

¹³⁴ *Idem*, acesso em 10 out. 2019.

no processo penal, pronunciando, de maneira excessiva, nulidades, por vezes sem fundamentação idônea e alicerçada em argumentos vagos e assertivas puramente retóricas¹³⁵.

Afirma que a compreensão engessada das formas e das invalidades processuais resultou na banalização jurisprudencial das nulidades em matéria criminal, em que, sem justificação adequada, são consideradas absolutas, podendo ser arguidas a qualquer tempo, mesmo após sentença condenatória definitiva, ou cujo prejuízo seria presumido¹³⁶.

Ao fazer uma reflexão crítica sobre o modelo de nulidades processuais no Brasil, aponta que:

O modelo atual das nulidades no Brasil padece de vários desencontros doutrinários e jurisprudenciais. O esquema teórico tradicional demonstrou-se claramente insuficiente, separando as nulidades em critérios antitéticos entre si, fulcrados numa graduação dos vícios absolutamente imprecisa (nulidades absolutas, relativas, cominadas, não cominadas, anulabilidades). A ele se somou um regime de legalidade temperada (pela instrumentalidade das formas), o qual ao invés de “modernizar” a aplicação das nulidades, inflacionou os poderes do juiz, um sujeito imune às preclusões e que poderia decidir de ofício e quase livremente, desprezando as partes e sem qualquer necessidade de justificar racionalmente suas escolhas, decretadas com base em fórmulas fluidas e sem cientificidade, como o “prejuízo”, a mera afirmação de que “os meios devem servir aos fins”, ou um abstrato “cerceamento de defesa”¹³⁷.

Pontua também que parte da doutrina especializada ignorou por muitos anos, vários temas relevantes e pouco abordados nas obras sobre nulidades, dentre eles: o estudo dos atos processuais omissivos e dos vícios de vontade dos atos do processo; uma análise mais aprofundada das preclusões *pro judicato*, sejam temporais, consumativas ou lógicas; a aplicação dos princípios de cooperação e da boa-fé objetiva às nulidades processuais, justificando a invalidação na preservação das legítimas expectativas das partes, importante em institutos como a preclusão lógica, a vedação ao comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum*

¹³⁵ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (org.), op. cit., 2013, p. 415.

¹³⁶ *Idem*, p. 415

¹³⁷ *Ibidem*, p. 416

proprium) e a proteção da confiança; a divisão dos atos processuais em estimulantes ou postulativos, com as consequentes diferenças na invalidação de uns e de outros¹³⁸.

Em um cenário que evidencia a eficiência da prestação jurisdicional, busca-se um processo que se desenvolva em tempo razoável, cujos atos praticados de forma encadeada não sejam reputados inválidos por qualquer atipicidade formal, quando, ainda que praticados de outro modo, alcançarem suas finalidades. Assim, o princípio da instrumentalidade das formas estabelece que, para além da mera verificação da tipicidade dos atos processuais, deve-se proceder a outros exames no que concerne às finalidades dos atos do processo, a fim de se perquirir a validade ou não do ato praticado¹³⁹.

Este princípio nutre justificção na ideia de que a forma não tem importância absoluta, e por vezes não se pode danificar a tramitação do processo por qualquer irregularidade formal sem antes examinar as “finalidades do ato”, ou seja, sua função no processo. Nestes casos, o respeito às formas cede espaço para seu sentido teleológico, o *modus faciende* é suplantado pela causa *finalis*. Exemplo comum é a existência de irregularidade na citação: ainda que o ato citatório não contenha os elementos exigidos em lei, ainda assim será sanado o ato se o réu tomar ciência da imputação, pois a finalidade do ato era precisamente informá-lo das alegações do autor e lhe facultar reação, escopo atingido com o seu comparecimento (art. 570 do CPP e art. 503 do CPPM).

Neste contexto, o juiz deve realizar uma dupla análise acerca da necessidade de invalidação de um ato do processo. Primeiro verifica o binômio “perfeição-eficácia”: coteja as formas previstas no ordenamento jurídico com aquelas seguidas na execução do ato (suporte fático). Se concluir por sua conformidade formal, considerá-lo-á válido e eficaz. Se houver desrespeito à forma, não se decretará de forma automática a sua invalidade, devendo o magistrado avançar para a segunda etapa do raciocínio jurídico: a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. “A imperfeição do ato não é, portanto, suficiente para a invalidação”¹⁴⁰.

¹³⁸ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (org.), op. cit., 2013, p. 417

¹³⁹ *Idem*, p. 417.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 419.

Na prática do processo penal, em muitos casos, a defesa busca incessantemente por mecanismos que anulem o processo ou mesmo um ato específico praticado em seu bojo, a fim de que o procedimento retorne a fases anteriores para que, ao final, por exemplo, seja reconhecida uma possível prescrição pela pena aplicada na sentença¹⁴¹.

O processo não pode ser visto como um terreno em que seja permitido todo tipo de comportamentos desleais. A boa-fé, a colaboração entre os sujeitos da relação processual e a relativização das nulidades importam que, se houver silêncio proposital em arguir um vício formal, as alegações tardias devem ser consideradas inamissíveis, pois o devido processo legal deve ser margeado por um “devido processo leal”. “Não podemos assistir às omissões conscientes e intencionais, aguardando fases posteriores e, muitos anos depois do ato praticado e quiçá depois do trânsito em julgado, arguir o vício através de habeas corpus nos Tribunais Superiores”¹⁴².

Portanto, verificado um vício de forma em determinado ato, a defesa deve impugná-lo imediatamente ou, no máximo, até a prática do seu próximo ato postulatório. Caso contrário, pode restar configurada omissão legítima que indica vontade inequívoca de não pleitear a invalidação, “de conformar-se com o defeito e prosseguir na cadeia de atos processuais, tornando preclusas as alegações de nulidade posteriores”¹⁴³.

Para o autor, não convence o argumento da obrigatoriedade da defesa no processo penal para justificar a impossibilidade de preclusões para o réu. Embora o sistema processual penal, orientado pela Constituição da República, confira especial relevo aos atos de defesa, o exercício desse direito não se reveste de caráter absoluto. Para ilustrar sua opinião, descreve:

¹⁴¹ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (org.), op. cit., 2013, p. 439.

¹⁴² *Idem*, p. 440.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 440.

Mas se deve notar que, na investigação criminal, por vezes o contraditório é restringido e diferido, o que significa que não é um direito absoluto: as prisões cautelares e interceptações telefônicas (deferidas inaudita altera parte e constantemente *ex parte*) são o exemplo maior. Ou seja, a ampla defesa e seus componentes não são direitos intocáveis, e alguns “arranhões” às prerrogativas defensivas não importam necessariamente em invalidades, como inclusive já sufragado pela libertária Corte Europeia de Direitos Humanos e expressado no enunciado nº 523 da Súmula do STF¹⁴⁴.

Defende que se deve buscar um ponto de equilíbrio entre as garantias processuais do réu e a efetividade do processo penal, que não deve ter como objetivo condenar ou absolver, mas servir para a elucidação dos fatos e revelação da verdade em tempo razoável e com respeito ao contraditório e à ampla defesa; “mas com certeza o processo penal não pode se tornar uma feira de chicanas ou fábrica de nulidades”¹⁴⁵.

Impõe-se cotejar o interesse público no esclarecimento da verdade e a punição das condutas criminosas com os direitos fundamentais do réu, preservando-se seu núcleo essencial, contudo “sem revestir-lhes de um manto de impenetrável santidade”. Trata-se, pois, de trabalhar a instrumentalidade moderna, resguardando as formalidades, mas evitando a anulação sem propósito, protetora de um formalismo ultrapassado e sem objetivos¹⁴⁶.

¹⁴⁴ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (org.), op. cit., 2013 p.441.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 441.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 441-442.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República, ao estabelecer em seu artigo 5º, XXXV que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, deu tratamento constitucional aos direitos de ação e de defesa. Os mencionados direitos não se restringem apenas ao acesso a qualquer tribunal, mas também são assegurados ao longo de todo o trâmite processual de modo a garantir os direitos fundamentais dos litigantes, com rigorosa observância ao devido processo legal.

No âmbito de uma relação processual em matéria penal, os direitos fundamentais do acusado, sobretudo o *ius libertatis*, constantemente entram em conflito com a pretensão punitiva do Estado e com o direito, também assegurado constitucionalmente, à segurança que salvaguarda os demais membros da sociedade.

Nesse contexto, o processo penal, compreendido sob o viés garantista, deve ser percebido como instrumento mantenedor dos direitos e liberdades fundamentais de quem esteja sujeito à persecução criminal. Deixa de ser, portanto, um mero mecanismo para a concretização do *ius puniendi* do Estado para se converter em uma via de mais alta relevância para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do réu no curso da ação penal, corroborando as orientações estabelecidas de proteção do indivíduo diante do arbítrio estatal.

Sob esse aspecto, as garantias processuais positivadas na Constituição da República têm por objetivo legitimar e traçar os contornos da intervenção estatal nas liberdades do indivíduo que figure no polo passivo da relação processual para evitar o exercício arbitrário do poder, salientando-se que toda decisão que implique restrição de direitos deve ser devidamente fundamentada, adequada e proporcional, com a observância de garantias mínimas, a fim de se assegurar uma justa tutela jurisdicional.

No entanto, ainda que ordenamento jurídico em nível constitucional assegure um conjunto de direitos e garantias fundamentais no cenário penal e processual penal, há praticamente consenso doutrinário de que não há garantia constitucional absoluta, sendo possível a aplicação do princípio da proporcionalidade e a consequente relativização dos direitos individuais quando, em casos excepcionais, houver a necessidade de se tutelar um interesse, também constitucional, de maior relevância numa situação específica.

Nessa perspectiva, o processo penal democrático deve reconhecer e zelar pelos direitos fundamentais do acusado. No entanto, essa proteção não pode servir de blindagem para eximi-lo da responsabilidade penal, sob pena de acarretar impunidade ou tornar inviável a efetivação do direito fundamental de segurança de toda a sociedade.

Assim, o ponto nodal a respeito da possibilidade de flexibilização das garantias fundamentais do investigado/acusado reside na conciliação dos valores individuais e coletivos, por meio de um conjunto de ações por parte do Estado que garanta o equilíbrio entre os interesses do réu com os da coletividade. Deve-se, portanto, buscar alcançar um ponto de equilíbrio entre a efetividade do processo penal com as garantias processuais, sempre com a devida cautela para que o núcleo essencial dos direitos fundamentais do indivíduo seja preservado, consoante ditames do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, 627 p.

AVOLIO, Francisco Torquato. *Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 255 p.

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 400 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 953 p.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (org.) *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2013. 520 p.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 911 p.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002, 177 p.

CARVALHO, Luís Gustavo de. *Garantias constitucionais-processuais penais (a efetividade e a ponderação das garantias no processo penal)*. Revista dos Tribunais da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6 n. 23, p. 189-190, abr. 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 389 p.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó; Suxberger, Antônio Henrique Graciano (Coord.). *Projeto de lei anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2019, 572 p.

FISCHER, Douglas. Não há direito fundamental à impunidade. *Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 33, dez./2009*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao033/douglas_fischer.html> Acesso em: 10 out. 2019.

FAGUNDES Cristiane Druve Tavares. *A solução de conflitos principiológicos e a proporcionalidade*. *Revista dos Tribunais – Revista de processo v. 185/2010, p. 9-34, jul./2010 DTR-2010-228*.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – a teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 766 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, 318 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, 352 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, 1.903 p.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas 2012, 912 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008, 818 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010, 922 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010, 413 p

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019, 1.282 p.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 979 p.

PRADO, Leandro Cadenas. *Provas Ilícitas: Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores*. Niterói: Impetus, 2009, 139 p.

PRADO, Luiz Regis. *Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra*. Disponível em <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/garantismo>. Acesso em: 03 jan.2020.

FARIA JÚNIOR, César de. *O Processo Penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010, 252 p.

FERNANDES, Antônio Scarance. *O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 70/2008, p. 229-268, jan/fev. 2008. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>>. Acesso em: 17 jul.2019.

SOUSA, Marllon. *Plea Bargaining no Brasil - O Processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu*. Salvador: JusPodivm, 2019, 313 p.

SOUZA, Alexander Araújo de. *A inadmissibilidade, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta?* Revista da EMERJ, v. 7, n. 27, p. 179-191. Rio de Janeiro, jun. 2004.

TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. *O processo penal e a teoria dos princípios*, Revista de doutrina do TRF 4ª região. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>> Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigo 283, do Código de Processo Penal. ADC nº 43. Ação, por maioria de votos, foi julgada procedente. Brasília, DF, data do julgamento, 07 nov. 2019.