

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE AO**  
**PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO**  
**ESTADO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

Jéssica Caçula Rosário

Presidente Prudente/SP

2013

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE AO  
PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO  
ESTADO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

Jéssica Caçula Rosário

Monografia apresentada como requisito parcial  
de Conclusão de Curso para obtenção do grau  
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.  
Ms. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2013

**DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE AO  
PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO  
ESTADO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

Trabalho de Monografia aprovado como  
requisito parcial para obtenção do Grau  
de Bacharel em Direito.

---

Rodrigo Lemos Arteiro  
Orientador

---

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti  
Examinador

---

Antenor Ferreira Pavarina  
Examinador

Presidente Prudente, 14 de novembro de 2013.

*“É preciso que os homens bons respeitem as leis más, para que os homens maus respeitem as leis boas”.*

Sócrates

*Dedico este trabalho à minha família, pela força,  
apoio e incentivo de sempre.*

*Aos meus pais Reginaldo e Elizabeth com a minha  
eterna gratidão.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro lugar, à Deus, o Senhor de todas as coisas existentes nesse vasto mundo, o qual, um dia, eu de conhecer melhor. Agraço pela minha existência e saúde, sem a qual nada somos. Agradeço por todas as oportunidades que tenho em minha vida, elas são de ouro. Devo ao Pai todos os dias, por poder desfrutar das coisas boas dessa vida. Que eu jamais perca a fé Nele, nosso Criador, pois é ela quem guia os meus passos.

Agradeço a minha linda e abençoada família, que tanto amo. Por toda educação que tive durante esses vinte e um anos de vida. Ao meu pai, minha mãe e meu irmão. Vocês são minha razão de viver. Obrigada pela compreensão e incentivo de sempre e pela fé que depositam em mim. Sem vocês não sou nada.

Agradeço aos meus amigos e amigas, responsáveis por grandes momentos de alegria e felicidade em minha vida.

Agradeço ainda ao meu mais que amigo Gustavo Endres, que hoje, apesar de todas as dificuldades da vida, se formou em Direito e exerce a profissão de advogado com brilhantismo e humildade. Obrigada pela paciência e por compartilhar seus conhecimentos comigo. És um ser humano em forma de anjo.

Não poderia deixar de agradecer também a uma pessoa que conheço há pouco tempo, mas pela qual já tenho um carinho enorme e que merece todas as coisas boas desse mundo. Obrigada também à você, Maysa de Mello Souza.

Por fim, não poderia deixar de agradecer ao meu orientador, o professor e mestre Rodrigo Lemos Arteiro, por aceitar e escolher me orientar nesse trabalho, pelas incríveis aulas de processo penal no terceiro ano da faculdade e por todos os conhecimentos transmitidos à nós alunos, que nos espelhamos em pessoas como você para seguir em nossos objetivos.

Agradeço igualmente aos professores Marcus Vinicius Feltrim Aquotti e Antenor Ferreira Pavarina, por aceitarem compor a minha banca examinadora. Vocês são inspiração e exemplos de grandes profissionais.

À todos, enfim, **MUITO OBRIGADA!**

## RESUMO

O crime organizado vem expandindo-se cada vez mais no seio social, dificultando expressivamente a repressão e o combate as organizações criminosas através do aparelho estatal como um todo. É necessário criar mecanismos e formas de prevenção e repressão realmente eficazes, para que seja possível diminuir ao máximo a criminalidade organizada. Enfoca-se no combate ao crime organizado a restrição de direitos e garantias fundamentais. O Estado tem o dever de proteger a sociedade, garantir a ordem e a paz social, tem o dever de segurança para com os cidadãos que aceitam despende, em parte, de sua liberdade, respeitando as regras estatais de convivência mínima. Em contrapartida, deixando o Estado de agir dessa forma, sua proteção será deficiente, o que hoje, diante da criminalidade, seja ela organizada ou não, é inadmissível. No entanto, deve o Estado agir à luz do princípio da proporcionalidade. Tal princípio é analisado sob a ótica de duas vertentes. Uma está relacionada com a proibição de excesso, onde o Estado possui como limite da intervenção estatal os direitos e garantias fundamentais. O outro, por sua vez, diz respeito a proibição de proteção deficiente do Estado, ou seja, guarda relação com os deveres estatais, notadamente a segurança jurídica. Desse modo, a fim de possibilitar ao Estado, punir e conseqüentemente tentar atenuar os crimes cometidos por organizações criminosas, especialmente as próprias organizações, que hoje comandam inúmeros estabelecimentos prisionais e outros criminosos que à elas estão vinculados de dentro das próprias celas carcerárias, que sustentamos a admissibilidade das provas ilícitas, tendo-se em vista a complexidade do crime organizado. À exemplo da periculosidade e atuação dessas organizações criminosas, a maior delas, no Brasil, denomina-se Primeiro Comando da Capital. Mostra-se, além disso, a necessidade de o próprio juiz ter de encontrar aparato legal em casos concretos para que possa efetivar, assim, o Estado Democrático de Direito. Trata-se, então, do protagonismo do ativismo judicial diante da omissão do poder legislativo quanto a possibilidade de relativização de direitos fundamentais. Busca-se, como um todo, buscar motivações suficientes e eficazes, além de mecanismos que possibilitem o combate ao crime organizado, cujas conseqüências perante a sociedade são deletérias e repugnantes. O presente trabalho se baseou em entendimentos e conceitos doutrinários e jurisprudenciais.

**Palavras-chave:** Restrição. Direitos Fundamentais. Ativismo Judicial. Crime Organizado. Provas Ilícitas. Admissibilidade.

## ABSTRACT

Organized crime has been expanding increasingly within social, significantly hindering the prosecution and combating criminal organizations through the state apparatus as a whole. You must create mechanisms and ways of prevention and repression really effective, so that we can maximally reduce organized crime. Focuses on the fight against organized crime restricting fundamental rights and guarantees. The State has a duty to protect society, ensure order and social peace, security has a duty towards the citizens who accept spending, in part, of his freedom, respecting the rules of coexistence state minimum. Conversely, leaving the state to act in this way, your protection will be disabled, which today, in the face of crime, whether organized or not, is inadmissible. However, the state must act according to the principle of proportionality. This principle is analyzed from the perspective of two strands. One is related to the prohibition of excess, where the state has to limit state intervention rights and guarantees. The other, in turn, relates to the prohibition of poor protection of the State, ie, is related to the duties of state, namely legal certainty. Thus, in order to enable the State to punish and consequently try to mitigate the crimes committed by criminal organizations, especially organizations themselves, which today govern numerous prisons and other criminals who are linked to them from within their own prison cells, which sustain the admissibility of illegal evidence, taking into consideration the complexity of organized crime. In the example of dangerousness and activities of these criminal organizations, most of them in Brazil, called First Command of the Capital. It is shown, moreover, the need for the judge to have to find legal apparatus in specific cases so you can carry, so the democratic state. It is then the role of judicial activism on the omission of the legislature as the possibility of relativization of fundamental rights. Seeks, as a whole, seeking motivations sufficient and effective, and mechanisms that allow the fight against organized crime, the consequences for society are harmful and disgusting. This work was based on understandings and doctrinal concepts and jurisprudence.

**Keywords:** Restriction. Fundamental Rights. Judicial Activism. Organized Crime. Illicit evidence. Admissibility.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 DIFERENÇAS ENTRE REGRAS, PRINCÍPIOS E POSTULADOS NORMATIVOS .....</b>	<b>11</b>
<b>3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>16</b>
3.1 Os Direitos Fundamentais e o Estado Democrático de Direito.....	16
3.2 Colisão e Relativização dos Direitos Fundamentais.....	23
<b>4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....</b>	<b>29</b>
4.1 A Aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade .....	30
<b>5 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO .....</b>	<b>36</b>
<b>6 ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>40</b>
6.1 O Protagonismo do Poder Judiciário frente a Inércia do Poder Legislativo.....	40
<b>7 O CRIME ORGANIZADO.....</b>	<b>49</b>
7.1 Considerações Gerais .....	49
7.2 Características da Organização Criminosa .....	55
7.3 Procedimento Probatório.....	60
7.4 Das Provas Ilícitas.....	64
<b>8 DA RELATIVIZAÇÃO EM NOSSO PAÍS E O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO .....</b>	<b>70</b>
<b>9 CONCLUSÃO .....</b>	<b>78</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>81</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal apoiar a restrição de direitos fundamentais do cidadão quando este estiver envolvido com o crime organizado, com base no Princípio da Proibição da Proteção Deficiente do Estado. É dever do Estado patrocinar por medidas que garantam a segurança da sociedade. É sabido que hoje, um dos principais problemas por ela enfrentados é justamente o combate ao crime organizado.

Primeiramente, foi abordado os tipos de normas existentes em nosso ordenamento jurídico para facilitar a compreensão dos demais capítulos que compõem este trabalho. O nosso sistema jurídico é composto por regras, princípios e postulados normativos. Fazer uma distinção sobre cada uma dessas espécies de normas legais é fundamental para que se possa falar em relativização de direitos fundamentais.

Em seguida, nos encarregamos de falar dos direitos fundamentais, quais os tipos de normas que eles são e qual a importância dos mesmos para o ordenamento jurídico pátrio. A evolução histórica dos direitos e garantias fundamentais demonstram o porquê, atualmente, há tamanha discussão quanto a possibilidade de restringi-los.

Posteriormente, tratamos do princípio da proporcionalidade e sua atual aplicação no mundo jurídico. Não teria sido possível falar, neste trabalho, de relativização de direitos fundamentais, sem que fosse abordado um capítulo somente sobre esse princípio. Contemporaneamente, a proporcionalidade vem sendo frequentemente utilizada em decisões judiciais de grande importância, especialmente quando da ponderação de direitos fundamentais em colisão. Tal princípio fundamenta grande parte do que se pretendeu aqui defender.

Juntamente com a proporcionalidade, o princípio da proibição da proteção deficiente do Estado é outro importantíssimo princípio que teve por base discutir os deveres estatais e o limite de atuação e intervenção do Estado nas relações sociais. No quinto capítulo sua abordagem preocupou-se em convencê-lo, caro leitor, de que a segurança jurídica é dever inerente ao Estado Democrático de

Direito, do qual este mesmo Estado é o responsável por patrocinar medidas e mecanismos de proteção em defesa da sociedade, notadamente em relação ao crime organizado.

Ainda, para que seja possível relativizar direitos fundamentais, considerando que tais são cláusulas pétreas em nosso ordenamento jurídico, é necessário que haja um posicionamento legislativo nesse sentido. Ou seja, é imprescindível que o legislador crie normas que facilitem o trabalho do poder judiciário para tanto. Nesse diapasão, foram tecidas algumas considerações acerca do ativismo judicial no sétimo capítulo.

Considerando que o objetivo principal do tema abordado foi a restrição de direitos fundamentais no combate ao crime organizado, o oitavo capítulo destinou-se a cuidar tão somente da criminalidade organizada. Nele foram tratadas as recentes alterações da Lei do Crime Organizado; anteriormente a modificação legislativa vigia a Lei nº 9.034/95. Entretanto, em 02 de agosto de 2013 foi promulgada a Lei nº 12.850/13, que ab-rogou totalmente a antiga lei.

Abordou-se ainda as características das organizações criminosas, o procedimento probatório e as formas de investigação, de acordo com a Lei nº 12.850/13, bem como a possibilidade de serem aceitas as provas ilícitas como forma de combater a criminalidade organizada.

Por fim, no último capítulo nos preocupamos em sintetizar tudo o que fora objeto dos capítulos anteriores, demonstrando nosso posicionamento no que diz respeito a relativização dos direitos fundamentais em nosso país associando-o ao dever de proteção estatal.

Foram aplicados métodos dedutíveis, com pesquisa bibliográfica em leis, livros, doutrinas e artigos publicados sobre o referido tema, além de métodos históricos e lógicos, com o intuito de demonstrar a necessidade de repressão ao crime organizado.

## 2 DIFERENÇAS ENTRE REGRAS, PRINCÍPIOS E POSTULADOS NORMATIVOS

O Estado Democrático de Direito se vale de normas jurídicas para disciplinar a vida em sociedade. Desse modo, para que seja possível a compreensão do presente trabalho, é necessário fazer uma distinção entre as três modalidades de normas jurídicas existentes no ordenamento jurídico pátrio, que são as regras, os princípios e os postulados normativos, especialmente as regras e os princípios.

José Cirilo de Vargas apud Miguel Reale leciona que toda regra jurídica, e entendemos aqui, que tal expressão engloba também os postulados e os princípios, deve procurar sempre postular direitos justos. Em suas palavras (2002, p. 24-25):

[...] toda regra jurídica, além de eficácia e validade, deve ter um fundamento. O Direito, consoante outra lição de Stammler, deve ser, sempre, uma tentativa de direito justo, por visar a realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade. O fundamento é o valor ou o fim objetivado pela regra de Direito. É a razão de ser da norma, ou *ratio juris*. Impossível é conceber-se uma regra jurídica desvinculada da finalidade que legitima sua vigência e eficácia” (Miguel Reale, *Lições preliminares de Direito*, SP, Saraiva, 1980, p. 115).

Entretanto, antes de diferenciar e conceituar cada uma das espécies de normas, é preciso entender primeiramente, o que são normas jurídicas.

Norma não se confunde com texto. Norma é o resultado obtido a partir da interpretação de um texto. Texto é dispositivo, puramente artigo de lei.

Seguindo esta linha de raciocínio, pode-se dizer que é possível o mesmo texto gerar mais de uma norma, existir texto sem norma, existir mais de uma norma dentro de um único texto, como por exemplo o artigo 5º, da Constituição Federal; e é possível ainda, extrair de vários textos, uma única norma. Assim, podemos concluir que norma é diferente de texto. Humberto Ávila (2011, p. 30), citando Riccardo Guastini diz que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos

normativos, daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.

E complementa dizendo: “o importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte” (ÁVILA, 2011, p. 30).

É que existem inúmeras maneiras de interpretação, portanto, e por conta do pensamento subjetivista que cada um tem dentro de si, as normas serão aplicadas de diferentes formas em casos concretos. Dependerá de como este ou aquele julgador interpreta determinada norma e de onde ele busca a sua interpretação, sem, contudo, infringir a essência e a finalidade daquela norma. Nesse mesmo sentido, Ávila (2011, p. 34-35), ensina que:

[...] é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar a conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. [...] O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida.

Passando ao estudo individualizado de cada espécie de norma jurídica, abordaremos primeiramente o estudo das regras, que são normas imediatamente descritivas e indicam uma conduta a ser seguida pelo destinatário; e depois os princípios, que por sua vez, são normas imediatamente finalísticas e que apontam para um ideal de coisas a ser perseguido sem descrever condutas para tanto.

Luiz Guilherme Marinoni, apud Ronald Dworkin e Robert Alexy (2011, p. 49), explica:

[...] enquanto as regras se esgotam em si mesmas, na medida em que se deve, não se deve ou se pode fazer em determinadas situações, os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas.

Marinoni apud Alexy (2011, p. 50) assinala que:

[...] os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado *na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*, ao passo que regras são normas que podem ser cumpridas ou não, uma vez que, se uma regra é válida, há de ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. De acordo com Alexy, as regras contêm determinações em um âmbito fático e juridicamente possível, ao passo que os princípios podem ser realizados em diferentes graus, consoante as possibilidades jurídicas e fáticas.

Já Dworkin (ÁVILA, 2011, p. 36-37) entende que as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada, significa dizer que, ou a regra é válida ou não é assim considerada, de modo que em havendo colisão entre elas, indiscutivelmente aquela regra que não for aplicada ao caso deverá ser declarada inválida. Os princípios, sob a ótica de sua visão “não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”.

Partindo das considerações de Dworkin, Alexy precisou ainda mais o conceito de princípios (ÁVILA, 2011, p. 38-39), entendendo que:

[...] a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.

Atualmente, os princípios de um modo geral têm gerado grande repercussão jurídica, não somente pela importância que possuem dentro do ordenamento pátrio, mas pelo modo como estão sendo utilizados no dia-a-dia, como se fossem “válvulas de escape”, isto porque, situações concretas estão sendo decididas com base apenas em princípios, e o problema não está em utilizá-los, mas sim, na forma como estão sendo aplicados.

Os princípios não tem função complementar, como bem leciona Marinoni (2011, p. 50), “pois, como esclarece Alexy, eles são, tanto quanto as

regras, razões para juízos concretos de dever ser. Os princípios recortam certas parcelas da realidade e colocam-na sob seu âmbito de proteção”.

Esta espécie normativa é aplicada através da ponderação, da prevalência de um sobre outro, em que pese não ser esta a melhor forma de aplicação, pois é necessário avaliar qual princípio se adequa melhor aquele determinado caso, independentemente de seu valor ou do valor que lhe é atribuído por quem o aplica. José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 29), reportando-se à Alexy, diz que:

[...] a lei de colisão evita uma preferência e uma desconsideração dos princípios em termos gerais, mas sim considerada caso a caso, em questões individuais, formulando, caso seja correta a ponderação, uma norma de direito fundamental associada, ou seja: “uma norma para cuja formulação é possível uma fundamentação jurídico fundamental correta.

Em se tratando de conflito entre regras, existe um mandamento no ordenamento jurídico que tenta pacificar a antinomia existente entre elas, que é conhecido como os critérios de solução de antinomias. São eles, os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade. O critério cronológico estabelece que a lei posterior derroga a anterior; o hierárquico dispõe que lei superior derroga lei inferior, como por exemplo, normas da Constituição Federal prevalecem sobre as normas infraconstitucionais; e por último, o critério da especialidade, que diz que as leis especiais prevalecem sobre as leis gerais.

Desse modo, seguindo os pensamentos de Ronald Dworkin, já explanados neste trabalho e a regra estabelecida acima, sendo um dos critérios adotados, conseqüentemente, uma norma regra irá prevalecer e a outra será aniquilada, ou seja, será declarada inválida.

Por outro lado, tratando agora de outra espécie normativa e seguindo Ávila, os postulados normativos, definidos em postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta são, na verdade (2011, p. 134):

normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-

se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas [...]; os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

Os postulados normativos não se confundem com as regras e com os princípios, justamente porque se encontram num plano acima destes e por viabilizarem e estruturarem a sua aplicação. “Eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante constante relativamente a outras variáveis” (ÁVILA, 2011, p. 135).

Este breve estudo à respeito das normas jurídicas é necessário para que se compreenda os próximos capítulos deste trabalho, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais e a possibilidade de restringi-los. É importante dizer que estes direitos são normas de direito constitucional, ou seja, acima das outras normas estabelecidas pelo ordenamento pátrio. Mais que isso, são cláusulas pétreas. Significa dizer, que não podem ser abolidas ou modificadas, salvo se tal modificação for no sentido de ampliar os direitos por elas estabelecidos, como assim preceitua o artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal.

### 3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos e garantias fundamentais surgem da relação entre indivíduo e Estado, caracterizada pelo binômio liberdade-autoridade. Tal equação jurídica consubstancia-se no fato de que o Estado deve se preocupar com o homem perante a sociedade. Significa dizer que ao mesmo tempo em que deve fornecer subsídios aos homens para que eles possam conviver de forma coletiva e pacífica, deve também garantir a liberdade individual de cada um desses homens.

Sahid Maluf (1998, p. 321-322) assinala:

O que se procura, na solução do problema, é equacionar precisamente os dois termos. Não pode o Estado desprezar as prerrogativas naturais da pessoa humana, nem pode o homem prescindir da autoridade do Estado. Se o indivíduo se sobrepõe ao Estado, caminha-se para a anarquia, ou, então, para a escravização do homem pelo homem. Por outro lado, se assume o Estado uma posição de preeminência absoluta sobre o homem, chega-se ao estatismo totalitário, incompatível com a dignidade da pessoa humana, e, por isso mesmo, formalmente condenado pelo pensamento cristão [...]. Como *indivíduo*, membro do corpo social, o homem tem deveres e obrigações perante a sociedade à qual se subordina, porque nela encontra o ambiente e as garantias necessárias para o seu desenvolvimento, para a consecução dos seus ideais de paz e felicidade [...].

Dessa forma, passaremos a estudar os direitos fundamentais e sua historicidade. Veremos que os direitos fundamentais são a marca característica do Estado Democrático de Direito, bem com que são os limites às intervenções estatais.

#### 3.1 Os Direitos Fundamentais e o Estado Democrático de Direito

Direitos fundamentais, como é de nosso saber, são todas aquelas normas contidas no artigo 5º da Constituição Federal, bem como aquelas outras normas esparsas dentro do ordenamento jurídico, ou ainda as previstas em tratados e convenções internacionais do qual o Brasil seja parte, que visam a garantia da dignidade da pessoa humana.

Nos dizeres de Napoleão Casado Filho (2012, p. 19), os direitos fundamentais são:

um conjunto de direitos, positivados ou não, cuja finalidade é assegurar o respeito a dignidade da pessoa humana, por meio da limitação do arbítrio estatal e do estabelecimento da igualdade nos pontos de partida dos indivíduos, em um dado momento histórico.

Importante esclarecer que as expressões direitos fundamentais e direitos humanos, embora há quem entenda ser esta expressão utilizada para se referir aos direitos humanos previstos em tratados internacionais e aquela como menção à direitos inerentes ao ser humano previstos na Constituição ou Lei Maior de cada país, tal distinção é irrelevante para o direito brasileiro, que trata ambas as expressões como sinônimos.

Cumprido dizer também, que os direitos fundamentais são dotados de algumas características, sendo as mais importantes: a universalidade, a indisponibilidade, a inalienabilidade e irrenunciabilidade, a imprescritibilidade, a indivisibilidade, interdependência e complementariedade, a historicidade e a proibição de retrocesso e por fim, a aplicabilidade imediata e o caráter declaratório.

Quando se diz que os direitos fundamentais são universais, quer dizer que eles possuem validade e são legítimos para todos os indivíduos. Esta característica encontra-se prevista no artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o qual dispõe que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

As características da indisponibilidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade, por sua vez, traduzem-se na ideia de que os direitos fundamentais não podem ser transmitidos ou renunciados, excetuando-se os casos em que o próprio sujeito, no exercício livre da autonomia de vontades dispõe de um direito seu; este direito, entretanto, deve ser disponível, passível de renunciabilidade, além de ser necessário verificar, no caso concreto, se a livre disposição de um direito fundamental não está viciada.

No que tange a imprescritibilidade, indivisibilidade, interdependência e complementariedade dos direitos humanos, tais atributos referem-se a possibilidade do indivíduo poder exigir a satisfação dos direitos elencados no rol artigo 5º da Carta

Magna, a qualquer tempo, e não somente estes, mas também outros direitos desta natureza previsto por toda Constituição Federal. O caráter indivisível desses direitos, é no sentido de que eles se complementam, garantindo a eficácia plena da dignidade humana que, juntos, buscam alcançar.

Veja, os direitos fundamentais não precisam necessariamente um do outro para ter eficácia, pois cada qual garante um direito – como a própria denominação sugere – fundamental. É que, atuando em conjunto, as garantias fundamentais totalizam, isto é, integram, de forma máxima, o postulado normativo da Dignidade da Pessoa Humana.

Quanto à historicidade e a proibição de retrocesso, esta é uma característica que nos remete ao breve estudo das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

Inicialmente, tivemos os direitos de primeira dimensão, que surgiram como forma de proteger as pessoas das opressões manejadas pelo Estado. Foi nesta fase histórica que os cidadãos reivindicaram, especialmente na França, a separação entre o Estado e a Sociedade, ficando o poder estatal reduzido à tão somente zelar pelas liberdades individuais. Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 582), ensina que:

os direitos de primeira dimensão correspondem às chamadas liberdades públicas dos franceses, compreendendo os direitos civis, entre os quais se destacam, sobretudo pela acentuada e profunda inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei, posteriormente complementados pelos direitos de expressão coletiva (tais como os direitos de reunião e associação) e os direitos políticos (como os direitos de voto, mas de modalidade ativa e passiva).

Na segunda geração dos direitos humanos, encontramos os direitos sociais, econômicos e culturais, que foram impulsionados pela Revolução Industrial, a partir do século XIX.

De acordo com Pedro Lenza “em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como cartista – Inglaterra e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social” (2013, p. 1029).

Os cidadãos não mais reivindicavam a liberdade, que aquela altura os escravizava, mas sim, a intervenção estatal. Nos dizeres de Lacordaire Sant' Anna (professor de psicologia e ciências, poeta, dramaturgo e músico brasileiro): “em toda sociedade em que há fortes e fracos, é a liberdade que escraviza e é a lei que liberta”.

Cunha Júnior (2009, p. 588), assinala:

O que caracteriza esses direitos é a sua dimensão positiva, dado que objetivam, não mais obstar as investidas do Estado no âmbito das liberdades individuais, mas, sim, exigir do Estado a sua intervenção para atender as crescentes necessidades do indivíduo. São direitos de crédito porque, por meio deles, o ser humano passa a ser credor das prestações sociais estatais, assumindo o Estado, nessa relação, a posição de devedor. Estes direitos fundamentais sociais não estão destinados a garantir a liberdade *frente* ao Estado e a proteção *contra* o estado, mas são pretensões do indivíduo ou do grupo *ante* o Estado.

Nesse contexto, nasce o Estado do Bem-Estar Social e da Justiça Social, que visa assegurar os direitos sociais e econômicos. No Brasil, contudo, esses direitos passaram a ser ratificados a partir da Constituição de 1934, que fundou o moderno Estado intervencionista. Nela havia um título denominado “Da Ordem Econômica e Social” e um outro chamado “Da Família, da Educação e da Cultura”. “Esse sopro de socialização perdurou nas constituições seguintes, notadamente nas de 1946 e de 1988” (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 589).

Posteriormente, surgem os direitos de terceira dimensão, nomeados direitos de solidariedade ou fraternidade. Pedro Lenza classifica-os como “direitos transindividuais que transcendem os direitos do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade” (2013, p. 1030).

À exemplo de alguns desses direitos, podemos citar o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, direito de comunicação, entre outros. A finalidade de tais direitos é preservar a própria existência do grupo.

Por último, temos os direitos humanos de 4ª dimensão, os quais ainda não são totalmente positivados nas ordens jurídicas internas e internacional. São exemplos desses direitos, o direito contra manipulações genéticas, o direito à

mudança de sexo e os relacionados à biotecnologia. Pedro Lenza cita Norberto Bobbio, o qual orienta que “esta geração de direitos decorreria dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, por meio da manipulação do patrimônio genético” (2013, p. 1030).

Por outro lado, Cunha Júnior menciona Paulo Bonavides (2009, p. 592), e segundo o entendimento deste, os direitos fundamentais de quarta dimensão são:

os direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação, que constituem a base de legitimação de uma possível globalização política e deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade [...]. O direito à democracia direta e globalizada é o mais importante dos direitos fundamentais de quarta dimensão, no qual o Homem é a constante axiológica, para o qual convergem todos os interesses do sistema.

Diante do breve estudo das gerações de direitos fundamentais, é possível perceber o quão difícil foi a luta dos cidadãos no mundo todo em busca de direitos que assegurassem, de fato, a dignidade da pessoa humana. O direito, de um modo geral, segue a sociedade, ou seja, à medida em que os cidadãos evoluem, reivindicam novos direitos, pois tais existem para satisfazer as necessidades humanas. É nesse sentido que se fala em proibição de retrocesso. Corroborando com esse entendimento CUNHA JÚNIOR transpõe (2009, p. 593):

O exame dos antecedentes históricos e da evolução dos direitos fundamentais confirma a ideia de que os direitos fundamentais são o resultado de demandas concretas, ensejadas por incansáveis lutas contra as agressões e toda uma ordem de intolerância que afligiam os bens fundamentais e indispensáveis à existência digna da pessoa humana. Daí podemos concluir que eles são resultado da luta histórica pela afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial de todas as reivindicações, e do qual constituem explicitações de maior ou menor grau. A evolução dos direitos fundamentais também revela um dado que não é surpreendente: o indivíduo julgou insuficiente os direitos de liberdade como garantia contra o Estado, exigindo uma atuação efetiva do Estado para uma materialização real daqueles direitos, com o fornecimento dos meios necessários a uma existência digna.

Por derradeiro, a aplicabilidade imediata e o caráter declaratório é a última característica dos direitos humanos que será tratada neste trabalho e traduzem-se na simples ideia de que, se os direitos fundamentais já foram

declarados, devem ser garantidos à todos, prescindindo de norma regulamentadora para serem assegurados e aplicados imediatamente.

Não obstante, salienta-se que direitos e garantias fundamentais não são a mesma coisa. Pedro Lenza diz que “os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados” (2013, p. 1031).

Cunha Júnior apud Manoel Ferreira Filho (2009, p. 615) sustenta o seguinte:

é possível identificar três espécies de garantias. A primeira são as defesas postas a direitos especiais e se manifesta por meio de proibições que visam prevenir violações e direitos, como a proibição da censura para proteger a liberdade de expressão; a proibição das prisões arbitrárias para assegurar a liberdade pessoal de locomoção; a proibição do confisco para garantir o direito de propriedade, entre outras. Podem ser chamadas de *garantias-limite*, pois destinadas a limitar o poder.

A segunda consiste no sistema de proteção organizado para a defesa e efetivação dos direitos. No Brasil, o sistema judiciário; as defensorias públicas e todas as instituições organizadas para a proteção de direitos. Cuidam-se de *garantias-institucionais*.

A terceira garantia representa o liame entre a primeira e a segunda, pois reúne a defesa dos direitos específicos e o seu sistema institucional de proteção. É o que ocorre com as ações constitucionais, que são garantias de defesa de direitos especiais perante o Judiciário. São as *garantias-instrumentais*.

Após estas sucintas considerações acerca do tão debatido tema dos direitos fundamentais, podemos dizer que não há como falar em direitos humanos sem falarmos em Estado Democrático de Direito, este último visto como um postulado normativo, uma vez que está acima das outras espécies normativas funcionando como meta norma, como diretriz para criação de princípios e regras, os quais são imprescindíveis ao “Estado Ideal” que se busca alcançar.

O Estado Democrático, nos dizeres de Cunha Júnior “se assenta no pilar da soberania popular, pois a base do conceito de Democracia está ligada à noção de governo do povo, pelo povo e para o povo” (2009, p. 510).

Todavia, durante muito tempo o Estado de Direito esteve interligado ao Estado Legislativo de Direito, que se limitava unicamente na lei, o que levava ao formalismo excessivo do Direito, “na medida em que todo Estado conduzido por leis,

pouco importando o seu conteúdo, acabava sendo Direito de Direito, ainda que seja ditatorial (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 510).

Desta forma, o citado doutrinador constitucional explica (2009, p. 511):

atenta a esses aspectos, a Constituição de 1988 inovou e reuniu, em um mesmo princípio, as bases do Estado de Direito e do Estado Democrático, provocando a conexão entre os seus postulados. Assim, se é certo que o elemento básico do estado de Direito é a lei, não menos certo é que a lei deixa de ser entendida como mero enunciado formal do legislador, desprovida de conteúdo material ou substancial, para ser concebida e exigida como um ato de concretização dos valores humanos, morais e éticos fundamentais consagrados na Constituição, numa perspectiva democrática imposta pela soberania popular. Desse modo, lei que não atende a essa exigência é lei inconstitucional que deve ser desprezada [...]. O estado Democrático de Direito, portanto, é Estado Constitucional submetido à Constituição e aos valores humanos nela consagrados.

Esta concepção de Estado Democrático de Direito e direitos humanos encontra maior razão de ser ainda, na moderna teoria de direitos fundamentais, da qual reconhece cada vez mais a dupla dimensão ou dupla perspectiva desses direitos, pois “podem ser considerados tanto como *posições jurídicas subjetivas* essenciais de proteção da pessoa, como *valores objetivos* básicos de conformação do Estado Constitucional Democrático de Direito [...]” (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 606). Além disso:

os direitos fundamentais operam, para além da dimensão de garantia de posições jurídicas individuais, também como elementos objetivos fundamentais que sintetizam os valores básicos da sociedade democraticamente organizada e os expandem para toda ordem jurídica. Vale dizer, os direitos fundamentais devem ser concebidos não só como garantias de defesa do indivíduo contra o abuso estatal, mas também como um conjunto de valores objetivos básicos e diretrizes da atuação positiva do Estado. Os direitos fundamentais são, portanto, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Como direitos subjetivos, eles conferem aos seus titulares a prerrogativa de *exigir* os seus interesses em face dos órgãos estatais ou qualquer outro eventual obrigado, que se contraem do dever jurídico de satisfazê-los, sob pena de serem acionados judicialmente. Enquanto elementos objetivos da ordem constitucional, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito” (2009, p. 606-607).

Após abordarmos o estudo dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, é possível perceber que um não subsiste sem o outro. Onde há Estado Democrático de Direito, imperiosamente haverá direitos fundamentais,

sob pena de se violar a própria essência desses fenômenos que garantem a existência humana de forma pacífica. Quando um deles deixar existir, voltaremos ao totalitarismo, ao *status quo* do ser humano reivindicando direitos sem os quais a espécie humana é incapaz de sobreviver de forma digna.

### **3.2 Colisão e Relativização dos Direitos Fundamentais**

Falar em restrição e limitação de direitos fundamentais, hoje, é um trabalho árduo. Tantos foram os anos e as lutas em busca dos direitos assegurados pela Constituição, bem como pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que a simples menção à limitação desses direitos é motivo de polêmica e grandes discussões no mundo todo. Todavia, é preciso ter em mente que os direitos humanos, embora sejam fundamentais por garantirem a dignidade da pessoa humana, não são absolutos. Baltazar Júnior (2010, p. 35) sustenta:

Os direitos, ainda que fundamentais, não são absolutos, sendo inerente à vida em sociedade a necessidade de restrições, limitações e intervenções, o que é amplamente admitido, até mesmo pela necessidade de compatibilizar o exercício dos direitos fundamentais com outros bens jurídicos protegidos pela constituição, com o interesse da coletividade, ou com direitos fundamentais de terceiros, na busca da concordância prática, que tenciona fazer com que os direitos fundamentais em colisão cheguem ao ponto ótimo possível de eficácia.

Aos bandidos são assegurados os mesmo direitos previstos ao trabalhador honesto, “pois todos são iguais perante à lei”. Não que devesse haver uma diferenciação, um tratamento distinto aos criminosos; entendo que eles também são seres humanos e, mesmo privados de sua liberdade pelo cometimento de crimes, merecem um mínimo de dignidade.

É que existem determinados tipos de criminosos e determinados tipos de crime praticados por estes, que as vezes nos indagamos se aquelas pessoas são realmente seres humanos”.

Matar milhares de pessoas inocentes, assaltar bancos, queimar ônibus lotados, entre outras práticas delituosas, estes não são comportamentos dignos de

um humano, pelo contrário, causam-nos sentimentos de raiva, ódio e repúdio. Já dizia Aristóteles: “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

As desigualdades são um desencadear de vários fatores, como por exemplo a falta de educação com qualidade, a falta de oportunidades que levam o sujeito a se envolver com o odioso mundo do crime, a ganância e a busca pelo poder, os distúrbios mentais que levam o indivíduo a ter determinados tipos de conduta e, principalmente, a politicagem suja e corrupta que assola cada vez mais o nosso país, cujos protagonistas são os representantes do povo, escolhidos por nós cidadãos, que os elegemos acreditando que aqueles que foram eleitos irão melhorar o nosso Brasil, proporcionando meios para uma educação digna e, conseqüentemente, a diminuição da imensa desigualdade existente em nosso país.

Ocorre, porém, que predomina o entendimento de que os direitos humanos, por serem cláusulas pétreas e garantirem a dignidade da pessoa humana não poderiam ser modificados e menos ainda, restringidos, salvo se a modificação visar ampliar esse direitos.

Entretanto, a realidade atual em nossos Tribunais é que os direitos fundamentais podem sim ser restringidos e estão sendo diante de casos concretos, da qual a principal fundamentação utilizada pelos julgadores é o princípio da proporcionalidade.

É importante dizer, que quando houver colisões entre direitos fundamentais, é imprescindível que o magistrado ao aplicar a restrição e principalmente o próprio legislador, ao criar leis que disciplinem esta matéria, possuam um aparato de argumentação e fundamentação em nível superior à própria criação dessas normas.

Abaixo, alguns julgados a respeito do tema abordado.

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE RECLUSO EM QUARTEL MILITAR. SUSPEITO DE INTEGRAR FACÇÃO CRIMINOSA. PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA PARA O SISTEMA PRISIONAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, podendo ser flexibilizados, ou mitigados, a depender de dados concretos. A prática de condutas tidas como ilícitas, por exemplo, justificam a restrição de direitos, em especial a liberdade de ir e vir. Todavia, no momento da restrição de direitos fundamentais, principalmente quando forem relativos ao preso

provisório, indivíduo sob o qual ainda não paira a certeza do adjetivo de criminoso, a proteção ao núcleo essencial de seus direitos fundamentais deve ser feita de maneira ainda mais incisiva. (grifos nossos)

2. O fato de o Paciente encontrar-se recluso nas dependências de um Batalhão da Polícia Militar já configura, por si só, constrangimento ilegal e abusivo aos direitos fundamentais do Paciente, tendo em vista que, mais do que ser dever do Estado, constitui direito subjetivo do preso provisório a sua reclusão em estabelecimento prisional apropriado, qual seja: a Casa de Custódia.

3. Ordem concedida. (TJ-PI - Habeas Corpus : HC 201200010021431 PI).

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO. PRESSUPOSTOS DA PRISÃO CAUTELAR. DENEGAÇÃO.

1. A questão de direito tratada nos autos deste habeas corpus diz respeito à suposta ausência de fundamentação na decisão do juiz de direito que decretou a prisão preventiva do paciente, denunciado como incurso nas sanções dos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06.

2. Esta Corte tem adotado orientação segundo a qual há proibição legal para a concessão da liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 44, da Lei n 11.343/06), o que, por si só, é fundamento para o indeferimento de eventual requerimento de liberdade provisória. Cuida-se de norma especial em relação àquela contida no art. 310, parágrafo único, do CPP, em consonância com o disposto no art. 5, XLIII, da Constituição da República.

3. Houve fundamentação idônea para o decreto prisional e posterior manutenção da prisão processual do paciente, não tendo a decisão se limitado a consignar que a prisão seria mantida apenas em razão do tipo de crime perpetrado.

4. Existência de organização criminosa voltada à prática de crimes de tráfico espúrio de substâncias entorpecentes (de várias espécies), com clara divisão de tarefas, bem como utilizando-se de armamento pesado, com possíveis práticas violentas ("encomenda de morte de pessoas envolvidas com grupos inimigos"). (grifos nossos)

5. A prisão preventiva, no caso em questão, se revela legitimada em virtude da presença de fundamentos concretos e sólidos que exigem a restrição da liberdade do paciente.

6. Não há que se cogitar de qualquer tratamento anti-isonômico em relação ao paciente - comparativamente aos demais réus -, levando em conta que a matéria relacionada ao possível excesso de prazo não envolve o paciente que se encontrava foragido enquanto que os demais co-réus haviam sido presos.

7. Habeas corpus denegado. (STF - HABEAS CORPUS : HC 94921 MG).

Não obstante, se referidas normas são criadas para garantir a dignidade da pessoa humana, serão restringidas para assegurar a dignidade da sociedade, do próprio Estado Democrático de Direito.

A carga argumentativa deve ser suficiente a ponto de demonstrar que sem a restrição daquele direito, tantos outros mais importantes, de acordo com o caso concreto, é que deixarão de ser aplicados em sua máxima eficácia, e isso seria inadmissível, pois a inaplicabilidade desses direitos tido como mais importantes amparam e resguardam o postulado normativo da segurança jurídica, sem o qual nem sequer existe “Estado social”. Baltazar Júnior, com base nos estudos de Roberty Alexy (2010, p. 39), leciona:

Assim, sempre que o resultado da ação do legislador, ainda que se dê em relação a uma norma de competência, constitua um obstáculo à realização do direito fundamental, deverá exigir a correspondente fundamentação, por cuidar-se de uma norma restritiva. Isso é coerente com o conceito dado para as restrições de direitos fundamentais como normas que limitam a realização de princípios jurídicos-fundamentais.

O citado doutrinador alemão, operando no campo das restrições, e analisando o estudo das normas jurídicas exposto no capítulo anterior, propõe uma classificação baseada na distinção entre regras e princípios no que concerne aos direitos fundamentais. Assim (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 40):

Partindo de tais premissas, bem como da assertiva de que um direito fundamental somente pode ser restringido por normas de nível constitucional ou com base em normas de nível constitucional, separa as restrições *diretamente* constitucionais das *indiretamente* constitucionais”. A restrição diretamente constitucional é aquela que tem o seu conteúdo determinado pelo próprio texto constitucional [...]. Já as restrições indiretamente constitucionais, ou restrições legais, são aquelas cuja imposição está autorizada pela Constituição, sem que o texto constitucional estabeleça os pressupostos para a restrição. Tais autorizações são veiculadas por cláusulas de reservas explícitas, ou seja: “disposições jurídico-fundamentais ou partes de disposições jurídico-fundamentais que autorizam expressamente intervenções, restrições ou limitações”, deixando, assim, um espaço para conformação pelo legislador ordinário, mas de todo modo submetidas à reserva da lei (*Gesetzvorbehalt*).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XII, estabelece que é “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Veja, a própria Carta Magna restringiu um direito fundamental, logo, eles não são absolutos.

Além disso, se as restrições de direitos humanos devem ser feitas com base na Constituição, toda limitação fundamentada no postulado normativo da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito é feita com base nas normas constitucionais.

A Lei Fundamental alemã, em seu artigo 11, §2º, frase 3, ao tratar da possibilidade de restrição do direito de ir e vir, por exemplo, estabelece (BATAZAR JÚNIOR, 2010, p. 41):

Este direito somente pode ser restringido por lei, ou com base numa lei, e somente nos casos em que a falta de meios de subsistência suficientes possam acarretar encargos especiais para coletividade ou em que uma tal restrição seja necessária para a defesa perante um perigo suscetível de pôr em causa a existência da ordem fundamental liberal e democrática da federação ou de um Estado-Membro, para o combate de epidemias, catástrofes naturais e acidentes particularmente graves, para a proteção contra o abandono de menores ou para prevenção de delitos.

Difícil imaginar uma situação da qual esses dois postulados (segurança jurídica e Estado Democrático de Direito) que orientam a criação dos demais princípios e regras existentes em nosso ordenamento jurídico não possam servir de fundamentação para eventual restrição, mas subsistindo uma situação concreta nesse sentido, ainda sim seria possível a restrição de direitos fundamentais, pois como dito alhures, eles não são absolutos.

“A autorização implícita de restrições decorre, também, da adoção da teoria dos princípios, bem como do fenômeno das intersecções recíprocas e complementares dos direitos fundamentais” (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 42).

O Brasil, que tanto se inspira no direito alemão, poderia ter disciplinado na Constituição Federal o que disciplina o artigo 2º, 1, da Lei Fundamental alemã, segundo o qual dispõe que “cada um tem o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, à medida que ele não viola os direitos de outros e não infringe a ordem constitucional ou a lei moral”.

Tal dispositivo é o limitador de todos os direitos fundamentais, uma vez que o indivíduo é visto em suas relações dentro da sociedade e não isoladamente.

Todavia, embora não haja nenhum dispositivo legal correspondente, no ordenamento jurídico brasileiro, a fundamentação utilizada para as restrições dos

direitos humanos encontra seu aparato no princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, com a seguinte redação: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Este princípio nos mostra a supremacia da lei, em outras palavras, a lei está acima de tudo e de todos. Se há previsão legal para determinado tipo de conduta, então ela poderá ser realizada.

Por outro lado, havendo omissão na lei, busca-se através da analogia e dos bons costumes solucionar eventual conflito normativo, para que seja possível a satisfação de um direito, de uma obrigação ou até mesmo de um litígio. A lei disciplina o que pode e o que não pode ser feito.

Conseqüentemente, ao mesmo tempo que ela prevê os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, prevê também a limitação de sua eficácia. Desta forma, é preciso que haja equilíbrio e proporção quando das limitações desses direitos.

É cediço que hoje, além do princípio da legalidade, o princípio ou postulado normativo da proporcionalidade está sendo cada vez mais utilizado como fundamento às restrições de direitos humanos. O uso constante desta norma exige de nós um estudo mais aprofundado a respeito do tema e que será abordado no próximo capítulo.

## 4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade ou postulado, conforme veremos abaixo, justifica-se pela aplicação adequada da norma jurídica. Os meios utilizados através da utilização desse princípio deve atingir o fim almejado.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2008, p. 89) nos ensina que:

O princípio da proporcionalidade é aquele que orienta o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Objetiva a ponderação entre meios utilizados e os fins perseguidos, indicando que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma.

Conforme fora mencionado na introdução desse trabalho, o princípio da proporcionalidade possui fundamental importância para análise do tema ora abordado, qual seja, a relativização de direitos fundamentais. Além disso, possui grande aplicação e influência nas discussões jurídicas que hoje perturbam os intérpretes e aplicadores do direito. Veremos então, qual é a forma de aplicação do princípio da proporcionalidade.

À título de exemplo, um pequeno julgado em consonância com a matéria abordada:

ACÓRDAO EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. BLOQUEIO PARCIAL DE VENCIMENTOS. EXISTÊNCIA DE MEDIDA MENOS GRAVOSA SENDO, PORTANTO, MAIS ADEQUADA PARA A ESPÉCIE. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SER CONCEDIDA, SEM PEDIDO EXORDIAL, A MEDIDA DE BLOQUEIO PARCIAL DE VENCIMENTOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I. Inexiste precedência absoluta abstrata de um direito fundamental sobre um outro direito fundamental, devendo o Magistrado efetuar um juízo de proporcionalidade acerca de qual deles prevalecerá no caso concreto, observando-se as máximas parciais da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (grifos nossos)

II - O bloqueio de vencimentos possui o inconveniente de violar, frontalmente, o princípio da dignidade humana, vetor máximo da Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, inciso III), e fundamento da

República Federativa do Brasil, pois é verba alimentar e acabará por deixar os Recorridos completamente desassistidos. Nesse passo, existe uma medida menos restritiva à dignidade da pessoa humana, e igualmente eficaz no intuito de garantir o posterior ressarcimento ao Erário Público, que é a decretação de indisponibilidade de bens do agente público, prevista no artigo 16, da Lei 8.429/1992. Medida que não se enquadra na máxima parcial da adequação, a qual visa a evitar uma excessiva restrição dos direitos fundamentais colidentes.

III - Existente outra medida igualmente eficaz e menos restritiva ao direito fundamental, não há que se determinar o bloqueio de parcela da remuneração auferida pelos Recorridos, sendo certa que essa medida ferirá a máxima da proporcionalidade.

IV - O Recorrente não efetuou, dentre os seus requerimentos liminares nenhum pedido no sentido de determinar a decretação de indisponibilidade de bens, razão por que não é possível ao Judiciário conceder, ex officio, tal medida acautelatória. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça.

V. Recurso conhecido e improvido. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, por unanimidade dos votos, conhecer e negar provimento ao recurso interposto.

(TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 6101901103, Relator : NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 20/09/2011, Data da Publicação no Diário: 04/10/2011).

#### **4.1 A Aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade**

“A razoabilidade, ou proporcionalidade ampla, é um importante princípio constitucional que limita a atuação e discricionariedade dos poderes públicos [...]” (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 226).

O postulado da proporcionalidade ou princípio da proporcionalidade, como é mais conhecido e utilizado, vem sendo largamente aplicado pelos julgadores recebendo diversas significações, como já mencionado. Leonardo de Araújo Ferraz (2009, p. 103) a respeito, diz que:

ora não é sequer mencionada a palavra proporcionalidade; ora o princípio é tratado como um mero recurso a um topos, com caráter retórico e não sistemático (SILVA, 2002), apenas para afastar alguma conduta considerada abusiva; ora é tratado como sinônimo de igualdade (isonomia) e, mais frequentemente, como razoabilidade; ora invocado como devido processo legal

Já Humberto Ávila (2011, p. 174) explica o seguinte:

o postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

Citado autor completa esclarecendo que “a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita” (ÁVILA, 2011, p. 174). Isto implica em dizer que “sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico” (ÁVILA, 2011, p. 174).

Por sua vez, Solange de Toledo Barros (2000, p. 73). afirma:

A expressão *proporcionalidade* tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há, nela, a ideia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a *proporcionalidade* em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. A sua utilização esbarra no inconveniente de ter-se de distinguir a *proporcionalidade em sentido estrito* da *proporcionalidade* tomada em *sentido lato* e que designa o princípio constitucional.

A proporcionalidade, seja como postulado normativo, seja como princípio, vem sendo aplicada em todas as áreas do direito, porém, se originou primeiramente na área do direito administrativo.

Anne Martins Voltobel, em seu artigo intitulado “Breves considerações acerca do Princípio da Proporcionalidade” (sd, p. 02-03), alega:

O princípio da proporcionalidade nasce no século XVIII com vistas a se tornar uma justa medida capaz de guiar os passos do poder executivo,

impondo limites, portanto, à sua atuação, destacando-se, nessa época, nas áreas administrativa e penal.

A partir do século XIX, entretanto, ganha espaço, no direito administrativo para, finalmente, firmar-se na doutrina constitucional alemã em meados do século XX.

Sabe-se que foi a partir da propagação das teorias jusnaturalistas e com o término do Estado Absolutista que se passam a proteger os direitos fundamentais. Nessa passagem de Estado Absolutista para Estado de Direito surge o princípio da proporcionalidade como limitador dos poderes do rei.

Todavia, a sua aplicação ganha maior destaque quando se fala em direitos fundamentais, notadamente às restrições. “A origem e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade encontra-se intrinsecamente ligado à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificada a partir do surgimento do Estado de Direito burguês na Europa” (SOUZA e SAMPAIO, sd, sp).

Leonardo de Araújo Ferraz (2009, p. 119), em sua obra “Da Teoria à Crítica: PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – Uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas”, onde aprofunda os estudos acerca do Princípio da Proporcionalidade, corrobora com este entendimento, afirmando que: “não há como olvidar, como demonstrado, que a formulação do princípio da proporcionalidade [...], sempre esteve indelével e originariamente associada ao conflito envolvendo os chamados direitos fundamentais”.

Contemporaneamente, existe uma enorme discussão envolta da aplicação do postulado da proporcionalidade justamente pelo fato de estar sendo utilizado para relativizar direitos máximos. Nos dizeres de Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 227):

Utilizado habitualmente para aferir a legitimidade das restrições de direitos, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, consubstancia, em essência, uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Se vários direitos estão contidos dentro da mesma norma, onde um não possui poder hierárquico sobre outro, pois estão contidos também dentro do mesmo livro jurídico, que é a Constituição Federal - a *lex maior*, contendo a mesma eficácia jurídica, como afirmar que um direito tem maior valor em relação à outro?

É aí que surge o problema. É aqui que a *proporcionalidade* se destaca.

Por muitas vezes os operadores do direito e principalmente o Supremo Tribunal Federal vem relativizando direitos e garantias fundamentais e motivando as suas decisões com base na proporcionalidade. Vale frisar, que a questão polêmica que surge não é a aplicação desse princípio, mas a sua errônea aplicação, pois muitas vezes não é dada justificativas pertinentes, ou seja fundamentações racionais e lógicas capazes de dirimir esta discussão.

Ressalta-se, porém, que não é sempre que isso ocorre, tendo-se em vista que não raras vezes encontramos julgamentos e jurisprudências em que referido princípio é corretamente aplicado. E ainda, não se pode perder de vista que as decisões judiciais baseiam-se não somente na lei, mas sim fulcrada no Princípio do Livre Convencimento Motivado, que permite aos magistrados julgar dessa ou daquela forma de acordo com os fatos e provas constantes nos autos processuais.

Desta feita, com base em tudo que já fora dito, é possível perceber que, quando se trata de direitos fundamentais, a dificuldade em aplicar o Princípio da Proporcionalidade encontra-se no fato de que, se são direitos fundamentais, ou seja, indispensáveis à proteção da dignidade da pessoa humana, como é possível estabelecer prevalência à um em detrimento de outro?

Há determinados conflitos de interesses em que, para que haja uma solução, é necessário ponderar valores, pois caso contrário, estar-se-ia diante de um conflito impossível de ser solucionado. Neste contexto, não é incomum existirem casos, por exemplo, onde se busca ao mesmo tempo proteger, de uma lado, a sociedade e de outro, o direito à liberdade de um indivíduo, como forma de se conceber a *justiça*, um dos objetivos mais importantes do Estado Democrático de Direito.

É cediço que a liberdade é a regra no ordenamento jurídico, de modo que a restrição à este direito é medida excepcional, entretanto, a proteção da sociedade também é uma garantia constitucional. Nesta senda, o direito fundamental a liberdade, a depender do caso *in concreto* deverá ser restringido, compreendendo a aplicação da lei, mas também o princípio da segurança jurídica, onde, seguindo esta argumentação, deverá receber maior prevalência, como no caso dos crimes praticados por organizações criminosas.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes cita Miguel Reale Júnior, o qual relata o seguinte entendimento (2003, p. 65):

isso se deve ao fato de que o valor “justiça” há de ser entendido em seu sentido de justiça material, de modo que não se limita à garantia do exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário ou à garantia de que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída de sua apreciação. Ao contrário, a justiça constitui um valor a ser perseguido, e importa na concretização do justo, do razoável e proporcional, estendendo-se desde a elaboração legislativa até a aplicação efetiva das normas.

Referida autora também preceitua que o artigo 3º da Constituição Federal, estabelece a construção de uma “sociedade justa”, e que isso se dá através da busca pela justiça social, “por meio da existência de leis justas, restritivas de direitos apenas quando necessário, adequadas e razoáveis por guardarem a justa medida na imposição de gravames aos cidadãos em vista da defesa de interesses da sociedade” (GOMES, 2003, P. 65).

Atualmente, o Princípio da Proporcionalidade é visto sob o aspecto de duas vertentes, quais sejam, o Princípio da Proporcionalidade *pró-indivíduo* e o Princípio da Proporcionalidade *pró-Estado*. A primeira é analisada sob o prisma da proibição de excessos, onde o Estado deve limitar o seu direito de punir ou *ius puniendi*, buscando assegurar as garantias individuais do cidadão.

Contrariamente, o Princípio da Proporcionalidade *pró-Estado* é aquele que concebe a proibição da proteção deficiente. Em outras palavras, esta vertente indica que o Estado não pode ser omissivo, e menos ainda pode conceder tutelas de forma insuficiente, pois tem a obrigação de cumprir com os seus deveres constitucionais. Tal vertente, no entanto, será abordada com maior cautela em capítulo próprio, pois servirá de fundamento ao que se pretende defender neste trabalho.

Não obstante, considerando que ao mesmo tempo o Estado não pode agir cometendo excessos, mas também não pode deixar de cumprir o seu papel, sob pena de violar os preceitos estabelecidos pela Constituição, é inegável que haverá situações onde haverá violação de uma dessas vertentes.

Luciano Feldens apud Arthur Kaufmann (filósofo alemão) diz o seguinte (FELDENS, 2008, p. 81):

Não há uma presunção geral que estabeleça nem que o homem é, sempre e sob todas as perspectivas, livre, nem que ele nunca e sob nenhuma perspectiva o é. O conhecimento da experiência diz-nos que o homem é simultaneamente livre e não livre, umas vezes mais livre, outras vezes menos. O problema está então em saber quando e onde se deve razoavelmente postular a liberdade e quando e onde se deve razoavelmente postular a falta de liberdade.

Portanto, diante do estudo realizado, tem-se que o Postulado da Proporcionalidade existe não somente para ponderar valores, para fundamentar decisões judiciais, mas também, para dar eficiência à JUSTIÇA.

## 5 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO

O princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, da infraproteção ou da insuficiência é um desdobramento do princípio da proporcionalidade juntamente com a proibição de excesso. Ao mesmo tempo em que o Estado não pode intervir excessivamente de modo a restringir os direitos fundamentais, deve assegurar e proteger de maneira adequada e eficaz tais direitos, para que eles possam desenvolver-se e atingir sua finalidade. O dever de proteção é inerente ao Estado.

Baltazar Junior citando vários doutrinadores alemães, ensina (2010, p. 52):

os direitos fundamentais, ao lado de sua clássica função *negativa* de limitar o arbítrio das intervenções estatais na liberdade, ou seja da proibição de excesso (*Übermaßverbot*), passaram a desempenhar também o papel de mandamento de proteção (*Schutzgebote*) ao legislador, na chamada proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*) que determina a existência de deveres de proteção jurídico-fundamentais (*grundrechtliche Schutzpflichten*), na terminologia mais aceita, que enfatiza o aspecto da obrigação estatal, ou direitos de proteção jurídico-fundamentais (*grundrechtliche Schutzrechten*), expressão que dá ênfase ao direito do cidadão, e não ao dever do Estado.

O direito, por ser uma ciência (jurídica) humana, sofre constantes modificações e, por isso, deve procurar adequar-se, sempre, da melhor maneira possível, ao contexto social em que vive determinada sociedade. As gerações de direitos fundamentais é um típico exemplo das modificações que ocorrem com o ser humano e com toda a coletividade durante o passar dos anos.

Dessa forma, é necessário que o legislador se atente às estas evoluções para que possa dar um suporte de proteção satisfatório, garantindo a dignidade da pessoa humana e possibilitando o convívio social.

José Paulo Baltazar Junior apud Horst Dreier e Gerhard Robbers (2010, p. 49) diz que:

Os direitos fundamentais têm um caráter de resposta: eles representam reações a determinadas situações de perigo à liberdade pessoal”. Sendo assim, a visão tradicional dos direitos fundamentais como direitos de defesa está de acordo com o momento histórico e seu nascimento no qual as ameaças provinham, essencialmente, de fontes estatais.

E complementa dizendo (2010, p. 50-51):

Essa modificação no papel dos direitos fundamentais teve como fundamento a necessidade de adaptação da sua dogmática ao surgimento dos direitos fundamentais sociais e da mudança do papel do Estado, que passa a ser mais interventivo e atuante, necessitando prestar, positivamente, serviços, ou criar condições para que fossem prestados.

Já fora mencionado acima, que os direitos fundamentais não são absolutos e, por assim ser, podem sofrer restrições. A questão emblemática das restrições de direitos fundamentais se acentua justamente nas limitações desses direitos. Isto porque, o legislador preocupou-se tão somente em disciplinar e assegurar o lado positivo dos direitos fundamentais, quer dizer, o direito material propriamente dito e as suas garantias, deixando a cargo do intérprete do direito o que diz respeito aos seus limites e restrições (lado negativo).

Ingo Wolfgang Sarlet apud Klaus Stern afirma que (2012, p. 396):

uma separação clara entre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e suas limitações, assim como das possibilidades de limitações e os limites por sua vez postos à limitação dos direitos, não é apenas relevante para uma dogmática “límpida” dos direitos fundamentais, mas também assume importância para o manejo apropriado, especialmente por parte da jurisdição constitucional e do legislador, das normas de direitos fundamentais.

Tanto a proibição de excesso, quanto a proibição de proteção deficiente devem ser vistas sob a ótica do princípio da proporcionalidade, que “de acordo com a vertente germânica, o ponto de referência é o princípio do Estado de Direito (art. 1º, CF), notadamente naquilo que veda o arbítrio, o excesso de poder, entre outro desdobramentos” (SARLET, 2012, p. 405).

Há quem entenda, por outro lado, que o princípio da proporcionalidade guarda relação com o devido processo legal substantivo, esculpido no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Independentemente do entendimento adotado, o

importante é saber que o princípio em tela, ou postulado, é aplicado a qualquer matéria jurídica e “constitui um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro” (SARLET, 2012, p. 405).

Nesta senda, podemos dizer que a proporcionalidade atua como limitadora do grau de intervenção protecionista, aliando-se desse modo, a proibição de excesso.

Segundo Luciano Feldens (2008, p. 73):

considerando-se que um dever de proteção deve se realizar de forma suficiente (um dever de tomar medidas insuficientes seria totalmente inútil), sua análise reclama o recurso ao princípio da proporcionalidade, também em sua dupla perspectiva.

Baltazar Junior apud Markus Möstl diz, em resumo (2010, p. 60):

A proibição de insuficiência se correlaciona com a proibição de excesso do direito de defesa. A primeira determina o nível mínimo de proteção determinada, enquanto a última determina o limite máximo da intervenção para o fim de proteção.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do Habeas Corpus nº 104.410, do Rio Grande do Sul, ao preferir acórdão em 06.03.2012, citou *Bundesverfassungsgericht*, o qual pronunciou, à respeito da proibição de proteção deficiente e o princípio da proporcionalidade, o entendimento de que (*BverfGE 88, 203, 1993*) (acórdão, p. 12):

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis (...).

É possível perceber, com base nas transcrições acima, que o princípio da proibição da proteção deficiente consubstancia-se na ideia de que o Estado deve assegurar e dar proteção eficiente aos direitos dos cidadãos. Dessa forma, este

princípio é enfatizado neste trabalho visando a compreensão de que, se a segurança jurídica e a própria segurança, no sentido literal da palavra, é um princípio fundamental do Estado de Direito, logo, o próprio Estado deve promover medidas suficientes a garantir a paz social. Luciano Feldens orienta (2008, p. 74):

Os Estados modernos nascem e se justificam na medida em que constituem um meio para assegurar a paz social, defendendo os cidadãos diante de agressões partida de seus semelhantes. Nesse contexto, os deveres de proteção apresentam-se como a versão atual da contraprestação imputada ao – e assumida pelo – Estado em decorrência de um hipotético pacto de sujeição a que aderem os homens no precípua desiderato de resguardarem sua liberdade e segurança no convívio social.

Conclui-se, portanto, que se houver necessidade de intervenção nos direitos fundamentais do cidadão, assim deverá ser feito, desde que respeitados os limites impostos pela Constituição Federal.

Por conseguinte, muito embora se diga que as restrições devem pautar-se na proibição de excessos, tal excessividade, no entanto, ficará a cargo do nobre julgador e intérprete do direito, pois, muitas vezes, o que configura excesso para uns, para outros é apenas uma medida necessária calcada no princípio da proporcionalidade. Daí o porquê se mostra indispensável a positivação dessa matéria por parte do legislador. Assim leciona Luiz Flávio Gomes (sd, sp):

Não se pode, por força do princípio da proibição de proteção deficiente, superar a barreira da legalidade. A lei de lavagem de capitais menciona, como crime precedente, o decorrente de organização criminosa. Até hoje nenhuma lei no Brasil cuidou desse tema. Não se pode querer, na prática, com base na proibição da proteção deficiente, que o juiz admita o que não está na lei. A legalidade estrita, em suma, é uma grande barreira para a aplicação do princípio da proibição de proteção deficiente no Direito penal.

A partir disso, começa a surgir no direito brasileiro o chamado ativismo judicial, objeto de estudo do próximo capítulo.

## 6 ATIVISMO JUDICIAL

Ao se falar em ativismo judicial, imediatamente vem à nossa mente o princípio da tripartição dos poderes. O Estado detém determinado poder perante a sociedade, cujo poder é dividido em três diferentes esferas. O artigo 2º da Constituição Federal, estabelece que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O que se busca através da separação dos poderes é dar maior efetividade aos atos praticados pelo Estado como um todo, e, para evitar que o poder se concentre nas mãos de uma única pessoa, o poder do Estado foi separado em três distintas funções, da qual cada uma delas detém poder de controlar as atividades uma das outras, evitando-se assim medidas excessivas e abusivas através do poder que exercem. É aquilo que se denomina sistema de freios e contrapesos ou *checks and balances*.

O ativismo judicial, contudo, passa a ter maior importância e a tornar-se, de certa forma, polêmico, a partir do momento em que o poder legislativo deixa de cumprir efetivamente com sua função, deixando o poder judiciário a mercê de amparo legal no exercício da jurisdição. Devido à isso, o próprio poder judiciário passa a criar mecanismos através dos quais tenta suprimir essa ausência de amparo legal, para que possa cumprir com seu papel jurisdicional.

Dita ingerência do poder judiciário, tendo-se em vista o princípio da tripartição dos poderes configuraria então uma interferência abusiva no poder legislativo? E mais, inconstitucional?

Responderemos estas questões no tópico abaixo.

### 6.1 O Protagonismo do Poder Judiciário frente a Inércia do Poder Legislativo

Por diversas vezes têm sido mencionado neste trabalho o postulado normativo da segurança jurídica como elemento essencial do Estado Democrático

de Direito. A segurança jurídica, busca, de certa forma, sustentar a ordem social, no sentido de que o indivíduo, quando visa satisfazer determinada pretensão, sabe, que de acordo com as normas estabelecidas no ordenamento jurídico, seu direito será ou não concebido, sua liberdade será ou não restringida.

O ordenamento não pode sofrer grandes oscilações repentinas em seus dispositivos, sob pena de estar-se violando toda a ordem constitucional brasileira. Isso seria um caos jurídico que, nos tempos de hoje, não se pode admitir.

Valter Shuenquener de Araújo apud Luís Roberto Barroso e Patrícia Ferreira Baptista assim esclarece (2009, p. 37):

num Estado democrático de direito, a ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça” e “o conhecimento convencional, de longa data, situa a segurança – e, no seu âmbito, a segurança jurídica – como um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social”. O Estado de Direito é, portanto, um instituto que, “ao estruturar e racionalizar a vida estatal, se converte em instrumento de estabilidade.

É partindo da segurança jurídica que desmiuçaremos o forte tema do ativismo judicial. Este, por sua vez, pauta-se nas omissões do legislador.

A título de argumentação, pode-se dizer que a segurança jurídica está aliada ao Princípio da Proteção da Confiança, influenciado pelo instituto da boa-fé objetiva, o qual passou a desenvolver-se mais fortemente na Alemanha após a segunda Guerra Mundial.

Hoje, porém, “a necessidade de proteção da confiança se dissemina em um ambiente de crescente demanda por segurança e estabilidade em um mundo de rápidas e frequentes alterações, em que o indivíduo depende, cada vez mais, das decisões e normas estatais” (ARAÚJO, 2009, p. 22).

Na verdade, este princípio ainda é pouco utilizado no Brasil, contudo, é possível perceber que o mesmo encontra seu fundamento nos princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica, da separação dos poderes, da legalidade, bem como na proteção aos direitos fundamentais e na proibição de excesso. Todos estes princípios viabilizam o funcionamento regular do Estado Democrático de Direito, tal qual a República Federativa do Brasil.

É certo também, que o princípio da proteção da confiança guarda importante relação com os atos legislativos. Não raras vezes, as leis, “ao invés de servirem de mecanismos de estabilidade, acabam gerando mais incertezas” (ARAÚJO, 2009, p. 171).

Todavia, tendo-se em vista o princípio da separação dos poderes, é função do poder legislativo criar leis. É a cúpula legislativa que possui autonomia e liberdade para, dentro dos limites constitucionais, arquitetar novos direitos ou fazer alterações naqueles que já existem. À respeito (ARAÚJO, 2009, p. 173):

A Constituição, portanto, também desempenha um relevante papel para o alcance da estabilidade das relações sociais e deve servir como instrumento para possibilitar uma firme tutela das expectativas legítimas dos cidadãos contra inesperadas alterações legais [...].

Ainda, de acordo com o entendimento do autor citado acima “existem as mais variadas intensidades de proteção e elas devem ser adequadamente dimensionadas conforme as necessidades do caso concreto” (2009, p. 208). Assim:

Diante da tensão inerente ao conflito entre o interesse de preservação do ato que deflagrou a confiança e o de alteração do ordenamento, é preciso encontrar uma força resultante que melhor satisfaça as demandas envolvidas. A concordância prática evita que seja realizada uma precipitada ponderação de interesses em que um bem jurídico obtém uma incondicional preferência em detrimento de outro. O próprio princípio da unidade da Constituição exige uma otimização dos bens jurídicos em conflito, e não a mera exclusão de um por conta da primazia pontual de outro.

Não há um conceito puro que defina o que é ativismo judicial. Entretanto, pode-se dizer que o judicialismo ativo emana da omissão do poder legislativo. O grande problema, porém, é quanto à discricionariedade dos juízes, que de certa forma acaba levando ao subjetivismo, ou seja, num caso concreto, diante das lacunas existentes na lei, o julgador acaba por decidir de acordo com seu próprio entendimento e modo de pensar.

De fato, determinado assunto pode gerar diversas formas de pensamento. Tanto é assim que encontramos frequentemente na doutrina e jurisprudências, julgados diversos e contrários sobre uma única questão. Tal

circunstância, inegavelmente, gera insegurança jurídica. Devido à isso é que o poder legislativo não pode ser omissivo.

O magistrado, diante de um caso real, amparado ou não pela lei, é obrigado a decidir, é esta a função do poder judiciário, julgar litígios. Entretanto, sabemos que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sendo tais fundamentos retirados da própria lei, que é a fonte imediata do direito e, em segundo plano, na analogia, no bom costume e nos princípios gerais do direito, de acordo com o artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Falar sobre ativismo judicial, segurança jurídica e em Estado Democrático de Direito impõe-se falar do próprio conceito de democracia. Edinilson Donisete Machado assim leciona (2012, p. 60):

A priori pode-se adotar a célebre frase de Abraham Lincoln (GOAYARD-FABRE, 2003, p. 14), de que democracia significa governo, não apenas “do povo”, mas também “para o povo”. A partir dessa definição, pode-se indagar de qual democracia necessitamos ou qual desejamos e de quais arranjos lançamos mão, para o fim político almejado.

É claramente perceptível, que ao se falar em democracia, ou seja qual for o tema, a importância que tem o papel dos direitos fundamentais no atual panorama jurídico em que nos encontramos. Se o Estado vai criar ou abolir normas, antes, deve observar os direitos humanos. É dizer que a Constituição é a Lei Maior do ordenamento jurídico pátrio e os direitos fundamentais a *Lex Major* do próprio texto constitucional. Machado explica (2012, p. 75):

Os direitos fundamentais, por estarem inseridos no texto constitucional, funcionam como limites substanciais à deliberação da maioria, mas não para deliberação de políticas públicas, por parte de juízes, diante da limitação imposta, igualmente pela Constituição, na atribuição de competência, por via da separação dos poderes, sendo ambos o núcleo do constitucionalismo.

O tema abordado neste capítulo também nos obriga, no sentido de que é imprescindível à sua compreensão, falar do princípio da separação dos poderes. O ativismo judicial pressupõe, de certo modo, a supressão do poder legislativo, mas claro, não é no sentido denotativo de usurpar e sim, de fazer algo que o legislador deixa de fazer. O poder judiciário não tem competência para criar leis. Tem

competência tão somente para assegurar direitos com base nas leis. Sua função é meramente garantista, exercida através da jurisdição.

Entretanto, como já transcrito acima, por vezes, outra saída não resta ao julgador, que não interferir na competência legislativa para suprir a lacuna da lei e decidir o caso concreto. As partes não podem esperar a boa vontade do legislador constituinte para ter seu conflito dirimido; já basta a eterna morosidade com que caminha o poder judiciário, especialmente para aqueles de baixo poder aquisitivo.

Criado por Montesquieu, tal princípio se resume na separação ou divisão de poderes ou divisão de funções. Sua finalidade é buscar equilíbrio e harmonia entre órgãos e instituições estatais, visando a melhor realização do Estado como um todo. Em verdade, não se divide o poder estatal, mas unicamente as funções do poder do Estado; a soberania estatal é uma só.

Cunha Júnior (2009, p. 522) apud José Afonso da Silva relata:

a separação dos poderes se assenta na independência e na harmonia entre os órgãos do Poder político. Isso significa que, não obstante a independência orgânica – no sentido de não haver entre eles qualquer relação de subordinação ou dependência no que tange ao exercício de suas funções –, a Constituição Federal instituiu um mecanismo de controle mútuo, onde há “interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente aos governados.

Salienta-se que, em nenhum momento Montesquieu se referiu as nomenclaturas acima transcritas (separação de poderes, divisão de poderes ou divisão de funções), estas “surgiram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo artigo 16 declara que a sociedade que não assegurasse a separação dos poderes não teria constituição” (MACHADO, 2012, p. 85); complementando:

O brilhantismo da teoria de Montesquieu (1779) reside no princípio que estruturou um sistema de divisão de poderes entre os papéis da sociedade da época. Enfatiza que o poder político não deveria se assentar em mãos de uma única classe social.

No Brasil, o princípio da tripartição dos poderes encontra seu aparato legal tanto no artigo 2º da Constituição Federal, já mencionado, bem como no artigo 60, §4º, inciso III da Carta Magna. Referido dispositivo legal impõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda (constitucional) tendente a abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

Nesse diapasão, tendo-se em vista o objetivo principal desse trabalho e que vem sendo exaustivamente delineado, nos permitimos concluir que não se busca, através da ratificação das restrições de direitos fundamentais, a abolição dos mesmos. Pelo contrário, nenhum deles deve ser extinto do rol de direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição, nem a tripartição de poderes.

Se busca, porém, a positivação legal das restrições, pois, como já fora mencionado, o Brasil é um país que ainda está estritamente ligado ao princípio da legalidade, embora a tendência atual caminhe por caminhos diversos e menos legalistas, de acordo com o que se chama de neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.

Importante dizer que as funções estatais são divididas ainda em típicas e atípicas; *“há casos em que, para o integral cumprimento de suas próprias funções típicas, necessite um Poder valer-se, em caráter excepcional e provisório, da função típica de outro Poder”* (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 523). Explicando (MACHADO, 2012, p. 98-99):

no exercício de suas atribuições, cada função não está limitada ou estanke à sua competência exclusiva, exercendo, por vezes, as funções de outro Poder, qual seja, a competência concorrente. É que, como exemplo, à função judiciária compete, além da jurisdição, a administração de seu pessoal e orçamento. À função executiva compete, além da função governamental e administrativa, a função de julgar administrativamente. À função legislativa compete, além de sua função específica, a administrativa de seu pessoal e a orçamentária, além da função de julgar, em determinados casos. Verifica-se uma espécie de “entrelaçamento” de competências que, embora preserve a autonomia e a independência de cada função, ao mesmo tempo acaba por estabelecer uma interdependência de diferentes funções. [...] A limitação da função estatal diz respeito ao poder específico de cada função. A cada uma se atribuiu competência para a realização de seu fim específico, ressalvadas as exceções previstas na Constituição [...].

Dos três poderes-funções em comento, importa para nós especificamente a função judiciária, vez que estamos tratando do ativismo judicial, o qual tem como principal finalidade, promover a justiça. Nesta senda (MACHADO, 2012, p. 103):

Desde seu início, como forma de organização política, o Estado avocou para si a realização da justiça. Quem a aplica é a função judiciária. É vedado a qualquer pessoa fazer justiça pelas próprias mãos. Cabe à função jurisdicional o dever de julgar os conflitos, mediante provocação das partes legítimas.

Assim, a função judiciária é o guardião supremo da vontade do povo, ao passo que lhe compete a guarda da Constituição, das liberdades e dos direitos, e em especial dos direitos fundamentais, a serem observados inclusive pelo próprio Estado, uma vez que seu limite é a Constituição.

Eduardo Cambi (2009, p. 248), por sua vez, diz o seguinte:

Em conclusão, compete ao Judiciário velar pela *integridade* dos direitos fundamentais, repelir condutas governamentais abusivas, conferir prevalência à dignidade da pessoa humana, fazer cumprir as normas que protegem os grupos mais vulneráveis e neutralizar todo e qualquer ensaio de proteção estatal. A prática da jurisdição, para a efetivação da Constituição, não é interferência indevida do Judiciário na esfera orgânica dos demais poderes da República. Não é censurável o protagonismo judiciário quando, diante da inércia e da omissão estatais, a sociedade exige posicionamento jurisprudencial criativo e positivo, para que se faça prevalecer a primazia da Constituição.

Não é preciso estender o estudo em tela para percebermos que no constitucionalismo contemporâneo é perfeitamente admissível o ativismo judicial. Mais perceptível ainda são os direitos fundamentais colocados como limite desse ativismo. Aliás, como limite de qualquer intervenção estatal, independentemente da função-poder – legislativa, executiva ou judiciária – exercida.

Dirley da Cunha Júnior apud Eros Roberto Grau (2009, p. 625), ao tratar da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, assim transcreve:

o juiz não é, tão somente, (...), a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa – e, bem assim, o membro do Poder Legislativo –, vinculado pelo exercício de uma *função*, isto é, de um *poder-dever*. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de *interdependência* e não de *independência* de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a tomada de

decisões judiciais, todo ele – aliás – é um processo de perene recriação e mesmo de renovação (atualização) do direito. Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas *reproduzir*, mas *produzir* direito – evidentemente retido pelos princípios jurídicos (grifado no original).

Como bem pontua Eduardo Cambi, a sociedade exige a prevalência das normas constitucionais, notadamente os direitos e garantias fundamentais. Nesse passo, enfatizamos mais uma vez, que a segurança jurídica e a paz social também são normas de direitos fundamentais. Se assim não o fosse, a existência do Estado de Direito seria dispensável na medida em que não promoveria um mínimo de garantia de vida – digna – aos cidadãos.

Ao percorrermos um itinerário lógico pelas normas estabelecidas na Constituição Federal, concluiremos que não existe nenhum texto de lei sequer, que mencione a relativização dos direitos fundamentais. Dita restrição ou limitação, quando ocorre, é fundamentada com base na doutrina e jurisprudência, a qual, diante da omissão do legislador nesse aspecto, se encarregaram do tema. Cita-se, a título de exemplo, o princípio da proporcionalidade, ainda que este esteja implicitamente previsto na Constituição Federal, como dito alhures, seja através do Estado de Direito, seja por meio do devido processo legal substantivo.

Entendo perfeitamente possível e, não vislumbro qualquer forma de supressão do poder legislativo, a relativização dos direitos fundamentais. Claro que não se pode restringir qualquer direito, em qualquer situação. No presente trabalho, defende-se a limitação visando o combate ao crime organizado que hoje assola cada vez mais a sociedade.

Havendo direitos fundamentais em pauta e a proteção da sociedade, que é vítima da criminalidade em decorrência de inúmeros fatores, notadamente a falta de educação com qualidade e a desigualdade social, inexistindo leis que regulem as restrições, o poder judiciário, ao decidir o caso concreto, deve sim relativizar direitos em prol da maioria. A maioria nesse caso é a sociedade como um todo, é o próprio Estado de Direito.

A proteção das minorias, embora também seja dever do Estado, não pode se sobrepor à maioria, quando esta própria minoria der causa à instabilidade da coletividade e exigir um grau maior de reprovabilidade e punibilidade.

Se não há lei regulamentando as restrições de direitos fundamentais, ficará a cargo do senso comum dos julgadores tal possibilidade. Eduardo Juan Couture melhor expressa nosso entendimento em sua admirável frase: “Luta. Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça” (sd, sp).

## **7 O CRIME ORGANIZADO**

O crime, de um modo geral, acompanha a sociedade desde o seu nascimento. Vários são os motivos que levam o sujeito a praticar condutas criminosas. Por vezes, os indivíduos se unem com a finalidade de cometer crimes, uma vez que, em união é mais fácil praticar delitos com êxito, ou seja, atingir o fim almejado sem ser privado de sua liberdade por isso, em virtude da complexidade do crime organizado.

A criminalidade organizada hoje, é um dos principais fatores que causam insegurança na sociedade brasileira, dado aos ataques violentos perpetrados pelos integrantes das organizações criminosas e a frieza, insensibilidade e calculismo com que agem para atingir a finalidade que desejam.

O número de integrantes dessas organizações cresce a cada dia mais, criando forças para a prática de crimes e acúmulo de exorbitantes quantias em dinheiro. Abordaremos a partir do próximo tópico as características das organizações criminosas e a forma como elas atuam dentro e fora das penitenciárias brasileiras. No Brasil, as principais organizações de que se tem notícia denominam-se Comando Vermelho, que não mais existe; e Primeiro Comando da Capital, esta, a maior organização criminosa de que se tem conhecimento atualmente.

### **7.1 Considerações Gerais**

Inicialmente, para entendermos esse fenômeno criminológico, é necessário buscarmos uma definição-conceito a respeito do crime organizado e das organizações criminosas.

Na visão dos criminologistas, segundo Marcelo Batlouni Mendroni (2007, p. 07):

Crime organizado é qualquer cometido por pessoas ocupadas em estabelecer em divisão de trabalho: uma posição designada por delegação para praticar crimes que como divisão de tarefa também inclui, em última análise, uma posição para corruptor, uma para corrompido e uma para mandante.

Mendroni pontua que Guaracy Mingardi expôs, no Brasil, a seguinte definição de crime organizado (2007, p. 09):

Grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegidos por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo de criminoso um sistema de clientela, a imposição da Lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território.

A definição do que é, o que caracteriza organização criminosa somente ocorreu, de fato, com o advento da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Até então, não havia um conceito mínimo à respeito na legislação que cuidava dos meios de repressão de ações praticadas por organizações criminosas (Lei nº 9.034/95). Em que pese a Lei nº 12.694/12 ter conceituado o que era organização criminosa, tal conceito foi modificado pela lei que atualmente vigora, ou seja, a Lei nº 12.850/13.

Inicialmente, ante a ausência de definição e enquadramento legal a respeito da organização criminosa, utilizava-se como parâmetro a Convenção de Palermo, a qual foi homologada pelo Brasil através do Decreto nº 5.015 de 2004, que conceitua o crime organizado transnacional em seu artigo 2º, alínea "a", abaixo transcrito:

grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Posteriormente, após algumas condutas serem consideradas atípicas pelo ordenamento jurídico brasileiro, justamente por não existir previsão expressa

definindo organização criminosa, a Lei nº 12.694 de 24 de julho de 2012 passou a conceituar crime organizado. De acordo com o artigo 2º do referido diploma legal:

considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Todavia, mesmo com um conceito de organização criminosa pré definido, ainda havia uma lacuna na lei, uma vez que a Lei nº 12.694/12 deixou de criar um tipo penal incriminador para quem viesse a participar efetivamente de uma organização criminosa.

Dessa forma, em 02 de agosto de 2013, quer dizer, apenas alguns meses atrás, a Lei nº 12.850 modificou o conceito de organização criminosa e preencheu a lacuna acerca da norma penal incriminadora. O Art. 1º, §1º da referida lei, assim dispõe:

considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Já o artigo 2º tipifica o crime de organização criminosa, cuja redação é a seguinte:

Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:  
Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Portanto, hoje, somente se cogita a hipótese de crimes cometidos por organização criminosa, se quatro ou mais pessoas se associarem com o intuito de cometer infrações penais para obter vantagem, direta ou indiretamente e de qualquer natureza, ou seja, econômica ou não, cuja pena abstrata máxima seja superior à quatro anos.

Importante ressaltar que a expressão “ infração penal” é gênero, cuja espécies englobam tanto o crime-delito como as contravenções penais, ainda que estas sejam consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo, das quais a pena máxima abstrata não ultrapassa dois anos, conforme disposição legal encartada no artigo 61 da Lei nº 9.099/95, com redação criada pela Lei nº 11.313/06.

Mendroni diz que “não se pode definir organização criminosa através de conceitos estritos ou até mesmo de exemplos de condutas criminosas como sugerido”. No seu entender, as organizações criminosas “detém incrível poder variante” (2007, p. 09), assim:

Elas podem alternar suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez, que, quando o legislador pretender alterar a Lei para amoldá-la à realidade – aos anseios da sociedade –, já estará alguns anos em atraso.

Baltazar Junior apud Peter Klerks e Luís Fiães Fernandes (2010, p. 83) faz uma diferenciação entre crime organizado e terrorismo, sustentando que:

Observa-se, ainda, um certo exagero quanto ao grau de ameaça que representa o crime organizado, em especial sobre a participação maciça de agentes públicos e o risco para a democracia, alimentando, também, pela imprópria confusão entre crime organizado e terrorismo. A distinção entre grupos terroristas e grupos criminosos organizados tem como ponto central justamente o objetivo final, que é de obtenção de lucro para aqueles e de poder político para os últimos, muito embora possa haver uma justaposição entre esses objetivos. Opõe-se, ainda, à tese da tentativa de criar um poder paralelo ao Estado, o fato de que o objetivo das organizações criminosas consiste principalmente em não ser molestado pelos órgãos estatais, nomeadamente os órgãos da Polícia e da Justiça, o que é buscado mediante práticas de corrupção e clientelismo, bem como pela violência.

A origem do crime organizado, segundo estudos históricos, teve início no século XVI, cujas principais organizações eram as Máfias Italianas, a Yazuka japonesa e as Tríades chinesas.

No Brasil, a criminalidade organizada teve origem primeiramente com o movimento denominado cangaço. Os cangaceiros eram organizados hierarquicamente e atuavam em diversos lugares ao mesmo tempo “dedicando-se a saquear vilas, fazendas e pequenas cidades, extorquir dinheiro mediante ameaça de

ataque e pilhagem ou sequestrar pessoas importantes e influentes para depois exigir resgates” (ARAUJO DA SILVA, 2003, p. 25).

Entretanto, foi com o “jogo do bicho”, infração penal tipificada no artigo 25, da Lei das Contravenções Penais, que deflagrou-se as organizações criminosas no Brasil, no século XX. Araujo Silva (2003, p. 25) explica:

A origem dessa contravenção penal é atribuída ao Barão de Drumond, que teria criado o inocente jogo de azar para arrecadar dinheiro com a finalidade de salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. A idéia foi posteriormente popularizada e patrocinada por grupos organizados, que passaram a monopolizar o jogo, mediante a corrupção de policiais e políticos.

Dados recentes nos mostram que o jogo do bicho ainda é prática constante entre as organizações criminosas atuais. À título de exemplo podemos citar o recente caso denominado “Operação Monte Carlo”, cujas investigações foram presididas pela polícia federal e os principais envolvidos eram o empresário Carlos Augusto Ramos, vulgo “Carlinhos Cachoeira”, o governador de Goiás, Marconi Perillo, o deputado federal Carlos Lereia, o ex-senador Demóstenes Torres, o presidente da construtora Delta, Fernando Cavendish e o prefeito de Palmas, Raul Filho.

A ministra do E. Superior Tribunal de Justiça, Laurita Vaz, em decisão proferida nos autos do Habeas Corpus impetrado pelo advogado de Carlinhos Cachoeira, onde declarou-se suspeita, afirmou que ele estava sendo acusado dos seguintes crimes: chefe de uma organização criminosa dedicada à prática de crimes de quadrilha, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, contrabando, corrupção ativa e passiva, peculato, prevaricação e violação de sigilo, tudo com o propósito de dar suporte à exploração ilegal de máquinas eletrônicas de jogos, bingos de cartelas e jogo do “bicho” no Estado de Goiás.

Segundo consta, nos autos da ação penal nº 2012.01.1.051163-4 da 5ª Vara Criminal de Brasília, o réu “Carlinhos cachoeira” foi condenado à pena de cinco anos de reclusão; dois anos pelo crime de quadrilha e outros três pelo delito de tráfico de influência, além de cinquenta dias-multa. A sentença que o condenou foi proferida pela Juíza Ana Cláudia Barreto, titular da 5ª Vara Criminal de Brasília.

Atualmente, porém, não são essas organizações criminosas que amedrontam a sociedade, que matam inúmeras pessoas inocentes, que provocam terror através de crimes bárbaros e inigualável violência. Hoje, a principal organização criminosa brasileira é a organização então denominada “PCC – Primeiro Comando da Capital”, cujo objeto principal não é somente a obtenção de lucros, sendo a maior margem de lucro derivada da narcotraficância, mas de poder, de controle dentro e fora das penitenciárias brasileiras.

Araujo Silva (2003, p. 26) relata:

Outras organizações mais recentes e violentas emergiram nas penitenciárias da cidade do Rio de Janeiro nas décadas de 70 e 80: a “Falange Vermelha”, formada por chefes de quadrilhas especializadas em roubos a bancos, nasceu no presídio da Ilha Grande; o “Comando Vermelho”, comandado por líderes do tráfico de entorpecentes, surgiu no presídio Bangu 1; o “Terceiro Comando”, uma dissidência do Comando Vermelho, foi idealizado no mesmo presídio, em 1988, por presos que não concordavam com a prática de sequestros e com a prática de crimes comuns nas áreas de atuação da organização. No Estado de São Paulo, em meados da década de 90, surgiu no presídio de segurança máxima anexo à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, a organização criminosa denominada “PCC – Primeiro Comando da Capital”, com atuação criminosa diversificada em diversos Estados.

Não menos importante também, e cada vez mais frequentemente é a criminalidade organizada voltada ao desvio de imensas quantias em dinheiro dos cofres públicos envolvendo os três poderes estatais, executivo, judiciário e principalmente, o legislativo. Exemplo recentíssimo, inclusive com repercussão no mundo todo é a ação penal 470, conhecida popularmente como “mensalão”. Tais crimes são vulgarmente denominados crimes de “colarinho branco” e, por vezes, suas consequências são tão ou mais graves que aqueles cometidos pelas organizações acima mencionadas. Enfim, são vários os fatores que originaram as organizações criminosas em todo o mundo. Araujo Silva (2003, p. 27) diz que:

a maioria teve como nascedouro movimentos populares, o que facilitou sobremaneira sua aceitação na localidade local, assim como o recrutamento de voluntários para o exercício de suas posteriores atividades ilícitas; muitas delas passaram a atuar no vácuo de algumas proibições estatais (exploração da prostituição, jogos de azar, venda de entorpecentes e de armas sofisticadas); contaram com a conivência de agentes do Estado para o desenvolvimento de suas atividades ilícitas; e impuseram sua lei pelo emprego da ameaça e violência, voltada sobretudo para delatores e integrantes de grupos concorrentes.

Após esse breve histórico a respeito do surgimento das organizações criminosas, necessário se faz ponderar as características e modo de atuação das mesmas, diferenciando a criminalidade organizada do criminoso comum, tema que será abordado no próximo tópico.

## 7.2 Características da Organização Criminosa

As organizações criminosas podem, ao mesmo tempo, atuar em nível regional, nacional e inclusive, transnacional. Nos últimos dias aliás, segundo informações jornalísticas, a maior organização criminosa brasileira nos dias atuais atua dentro e fora do Brasil, possuindo integrantes também na Bolívia e no Paraguai.<sup>1</sup> Para Wilson Lavorenti e José Geraldo da Silva (2000, p. 11-12):

A criminalidade organizada é menos visível que a criminalidade comum. Geralmente, possui um programa delinquencial, dentro de uma hierarquia estrutural, além de organizar-se como uma *societa sceleris*. Possui um campo de atuação disforme e variado e atua de forma a intimidar eventuais testemunhas que possam compor um adminículo probatório, além de praticar infrações cujo bem jurídico tutelado é atingido de forma imediata pelo Estado e imediatamente pelo titular do bem (como nos casos de tráfico de psicotrópicos, corrupção, crimes contra o sistema financeiro etc.) [...]. As organizações criminosas, pelas características peculiares descritas, somadas ao seu poder de corrupção e interferência estatal, conseguem realizar seu programa delinquencial sob a guarida da impunidade, atemorizando a sociedade e acovardando os que se propõem a enfrentá-las.

Gomes e Cervini apud Maierovitch, a respeito das características da criminalidade organizada, alega que são (1995, p. 56):

associações delinquenciais complexas, com programa permanente e infiltrações no Estado-legal. Contam com agentes armados e algumas com código de honra. Atuam com o objetivo de o estado-delinquencial absorver o estado-constitucional. Mencionadas associações caracterizam-se pela intimidação, interna e difusa, pelo indissolúvel vínculo hierárquico e pelo silêncio solidário.

---

<sup>1</sup> Notícia publicada no dia 11.10.2013, no site: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,maior-investigacao-da-historia-do-crime-organizado-denuncia-175-do-pcc,1084346,0.htm> – acessado em 17.10.2013, às 09h45.

Mendroni (2007, p. 11-12), por sua vez, afirma que existem várias organizações criminosas atualmente e que cada uma delas possuem suas próprias características, uma vez que se amoldam ao território em que atuam e vão se delineando de acordo com suas “necessidades”. Por outro lado, afirma que há características que são básicas e, portanto, perceptíveis de imediato, possibilitando rapidamente a diferenciação entre a organização criminosa e outros tipos de criminalidade. Logo:

Organização criminosa tradicional [...], pode ser concebida como um organismo ou empresa, cujo objetivo seja a prática de crimes de qualquer natureza – ou seja, a sua existência sempre se justifica por quê –, e enquanto estiver voltada para a prática de atividades ilegais. É, portanto, empresa voltada à prática de crimes [...]. É forma de atuação clara nos dias de hoje aquela da organização criminosa que substitui o Estado em qualquer de suas funções inerentes, porque não funcionam ou funcionam mal. A ausência ou má prestação de um serviço público acarreta a criação de um “Estado paralelo” que passa a executar e controlar aqueles serviços. Essa atividade demanda certo grau de organização, embora ilegal, que contenha um comando próprio, gerência ou administração e execução – as peças-chaves de qualquer administração, pública ou privada, legal ou criminosa. Assim, a organização infiltra-se nas veias estatais e passa a estabelecer com o Estado uma disputa, como se fosse concorrência em um negócio, mas atuando ao arrepio da lei e trazendo a reboque a prática de tantas quantas forem as infrações penais necessárias ao seu sucesso.

Eduardo Araujo da Silva, entretanto, entende que uma das principais características do crime organizado é justamente a acumulação de poder econômico de seus integrantes, adquiridos através da corrupção, já que um dos mais notáveis atributos das organizações criminosas é o seu alto poder corruptivo. Em suas palavras (2003, p. 28-29):

Um dos pontos mais característicos do fenômeno da criminalidade organizada é a *acumulação de poder econômico* de seus integrantes, pois, como referido, geralmente as organizações atuam no vácuo de alguma proibição estatal, o que lhes possibilita auferir extraordinários lucros. Estima-se que o mercado envolvendo todas as modalidades de criminalidade organizada seja responsável por mais de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do dinheiro em circulação em todo o mundo [...]. O *alto poder de corrupção* de que dispõem essas organizações é uma das consequências diretas da acumulação de riqueza, que é direcionada a várias autoridades de todos os poderes do Estado: àquelas que compõem as instâncias formais de controle do Direito (Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário); àquelas integrantes das altas esferas do Poder Executivo, para a aquisição de informações privilegiadas com os altos escalões de poder, especialmente de natureza econômica e financeira; e àquelas responsáveis pelo processo legislativo, com a finalidade de paralisar qualquer elaboração de medidas limitadoras de suas atividades (corrupção política). Com a paralisação de parte do aparelho

estatal, notadamente aquela voltada para a repressão criminal, as organizações criminosas têm atuado com certa liberdade em diversos campos.

Importante fazermos um breve estudo comparativo entre as organizações criminosas e a criminalidade em massa. José Paulo Baltazar Junior faz importante distinção entre criminalidade organizada e criminalidade de grupo, criminalidade profissional, crime cometido de forma organizada, grupos terroristas e criminalidade de massa. Teceremos algumas considerações à respeito.

Embora seja praticada em pluralidade de agentes, a criminalidade de grupo não é organizada e é exatamente essa característica que a distingue das organizações criminosas, uma vez que não há planejamento, hierarquia e recursos da forma como possui o crime organizado, além da finalidade, principal característica da criminalidade organizada, que é a obtenção de lucro. Na criminalidade de grupo, as finalidades são diversas.

A criminalidade profissional, entretanto, confunde-se com a criminalidade organizada, uma vez que pode ser definida como meio de vida, de profissão propriamente dita para quem se vale desse tipo de criminalidade. A diferença reside no fato de que o crime profissional pode ser forma de sobrevivência tanto para uma pessoa isoladamente, como por exemplo um estelionatário, quanto por organizações criminosas.

Não menos importante é a distinção que deve ser feita no que tange ao crime cometido de forma organizada. A nomenclatura utilizada leva-nos a confundir esta com a verdadeira criminalidade organizada. Todavia, uma distingue-se da outra pela característica da permanência e estabilidade que permeia as organizações criminosas, enquanto nos crimes cometidos de forma organizada, ainda que haja divisão de tarefas, hierarquização e o objetivo principal também seja a fácil obtenção de lucro através de condutas ilícitas, os crimes cometidos de forma organizada são práticas eventuais, ou seja, transitórias.

Neste último caso, determinado grupo se reúne, com unidade de desígnios para praticar um crime de roubo numa agência bancária, mas tão somente uma única vez. Nessa hipótese, estamos diante do crime de roubo circunstanciado (agravado ou majorado), se praticado por duas ou mais pessoas, de acordo com o

artigo 157, §2º do Código Penal e sem que haja concurso de crimes, uma vez que no exemplo mencionado não há o crime de organização criminosa.

Imprescindível ainda, é distinguirmos organizações criminosas de grupos terroristas. Estes dois grupos, não raras vezes são tratados como sinônimos, embora não o sejam.

Os grupos terroristas não objetivam a obtenção de lucro com suas condutas criminosas, “mas sim a tomada do poder político, com o pretexto de uma ideologia política, religiosa ou étnica” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 120). Citado autor melhor explica e afirma que (2010, p. 122):

embora existam características comuns, interpenetrações e mesmo a adoção de técnicas assemelhadas em alguns casos, o terrorismo é fenômeno que goza de autonomia, em razão de particularidades, de que se reveste, razão pela qual merece tratamento doutrinário e legal específico, seja no plano interno, seja no plano internacional. A distinção dar-se-á por aplicação do princípio da especialidade, sendo a motivação e os fins políticos o traço especializante do grupo terrorista. A conclusão será diversa, todavia, se aquela organização que tem origens terroristas pouco mantém dos fins políticos que inspiraram sua criação, restando convertida em mera organização criminosa com fins de lucro.

Frisa-se, por outro lado, que nada impede de uma organização criminosa se valer de meios terroristas para atingir sua principal finalidade (obtenção de vantagens, especialmente econômica) e mostrar, para toda sociedade, quem está no comando. Curioso é o modo como agem as organizações criminosas, pois, para adquirirem o que desejam, matam e cometem atentados que realmente nos permitem confundi-las com os grupos terroristas.

Nos dizeres de Baltazar Junior (2010, p. 122):

Poderá ocorrer, ainda, de uma organização criminosa lançar mão de práticas terroristas, consistente em ataques de extrema violência contra civis, a fim de aumentar a sensação de insegurança da população e a descrença nos poderes públicos, como ocorrido no ano de 2006 em São Paul, por parte do PCC ou no caso dos atentados contra autoridades envolvidas no controle da própria criminalidade organizada [...].

Não obstante, resta-nos diferenciar a criminalidade organizada da criminalidade em massa. Para Lavorenti e Silva (2000, p. 43-44):

Ao passo que a criminalidade organizada possui as características já comentadas, a criminalidade de massa se caracteriza por se consubstanciar, diariamente, em inúmeras infrações, e praticadas por pessoas que, via de regra, não guardam nenhum vínculo, ou, no máximo, estão ligadas por uma associação criminosa consistente em uma quadrilha ou bando, ou, então, atreladas por um concurso de pessoas. Contudo, embora sejam formas de criminalidade díspares, da organização criminosa decorre parte da criminalidade de massas, além de propiciar uma criminalidade acessória como forma de consecução do fim real almejado pelo crime organizado.

Élisson Yukio Hasai, em seu trabalho de conclusão de curso, intitulado “Aspectos gerais da Repressão do Crime Organizado e o Narcotráfico” (2006, p. 30), chega a seguinte conclusão:

[...] muito embora a criminalidade de massa não se confunda com a criminalidade organizada (organização criminosa), ambas são paralelas, onde uma colabora mesmo que de forma indireta para os objetivos da outra, ocasionando insegurança no seio social e desafiando o Poder Público e, conseqüentemente o Estado Democrático de Direito.

Cumprir trazer a baila, que o crime de quadrilha ou bando não se confunde com as organizações criminosas. Todavia, a Lei nº 12.850/12 alterou a redação do artigo 288, do Código Penal Brasileiro. Neste diapasão, configura-se o crime de quadrilha ou bando, a associação de três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

Observa-se que o referido dispositivo não menciona a finalidade específica de obter vantagem, direta ou indiretamente e de qualquer natureza, tal qual disciplina o artigo 2º, da Lei de Crime organizado, além de ser necessário para configuração deste, a associação de quatro ou mais pessoas e não três ou mais sujeitos, conforme acima mencionado.

Por todo o exposto, podemos concluir que as organizações criminosas, por possuírem vários integrantes, pela divisão de tarefas que facilitam a prática de condutas criminosas e pelo fim específico de obtenção de vantagens, dada a complexidade do crimes que cometem e da forma qualificada que desenvolvem-se no mundo criminoso, é necessário que o legislador crie leis e mecanismos aptos a possibilitar a repressão e combate ao crime organizado, pois, caso contrário, haverá cada vez mais organizações criminosas no território brasileiro.

No próximo capítulo abordaremos o procedimento probatório dos crimes cometidos por organizações criminosas em conformidade com o que disciplina a nova Lei do Crime Organizado – nº 12.850/13, fazendo uma breve análise nas principais modificações entre esta regulamentação legal e a antiga lei que disciplinava o tema, a Lei nº 9.034/95.

### **7.3 Procedimento Probatório**

É cediço que o procedimento probatório dos crimes praticados por organizações criminosas é distinto dos demais crimes comuns. A Lei nº 9.034/95 já previa uma forma de repressão mais rígida e de forma a facilitar os meios de conseguir provas nesse sentido. Com o advento da Lei nº 12.850/13 não foi diferente.

O artigo 2º, da Lei nº 9.034/95, trazia em seus incisos I ao V, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: ação controlada; acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais; a captação e a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante autorização judicial e a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, também mediante autorização judicial.

Já a Lei nº 12.850/13, prevê, basicamente, os mesmos procedimentos investigatórios, todavia, com algumas consideráveis alterações, notadamente a colaboração premiada. De acordo com a redação do artigo 3º da referida Lei, os meios de obtenção de prova no caso de crimes praticados por organizações criminosas são: a mencionada colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; afastamento de sigilo financeiro, bancário e fiscal; infiltração, por policiais, em atividade de investigação e cooperação

entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Importante destacarmos como funciona algumas dessas investigações, as quais reputo mais importantes, por ora.

Primeiramente, a colaboração premiada, que consiste na efetiva e voluntária colaboração de um dos participantes da organização criminosa com o processo criminal, desde que esta colaboração permita a identificação dos demais coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, bem como a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas; a recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações penais praticadas ou, por fim, a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada, consoante disposição legal do artigo 4º da Lei 12.850/13.

Eduardo Araujo da Silva (2003, p. 77-78) acerca da colaboração premiada, leciona:

A colaboração processual, também denominada de cooperação processual (processo cooperativo), ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação criminal, além de confessar seus crimes para autoridades, evita que outras infrações venham a consumir-se (colaboração preventiva), assim como auxilia concretamente a polícia em sua atividade de recolher provas contra os demais co-autores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva). Incide, portanto, sobre o desenvolvimento das investigações e o resultado do processo [...].

Salienta-se que, após a vigência da nova lei, os principais benefícios criados pelo legislador ao colaborador é o perdão judicial, a redução da pena a ser fixada pelo juiz pela metade ou a progressão de regime, naqueles casos em que a colaboração ocorrer após a sentença e, ainda, o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia se, por ventura, o agente criminoso não for o líder da organização ou se tiver sido o primeiro a prestar efetiva colaboração à investigação e ao processo, tudo conforme dispõe referido artigo 4º da Lei do Crime Organizado.

Num segundo momento, reputa-se necessário tecer algumas considerações no que concerne a interceptação telefônica, um dos meios de investigação descritos no artigo 2º da Lei do Crime Organizado, e que ocorre quando

há interferências de terceiros em comunicações alheias; a terceira pessoa invade a privacidade e intimidade dos interlocutores de determinada conversa.

Tal prática, no direito brasileiro, é inadmissível. Dispõe o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Do mesmo modo, o inciso XI do referido dispositivo legal, disciplina:

é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Vale mencionar, que as interceptações telefônicas não se confundem com as gravações clandestinas, nem com as interceptações e gravações ambientais. Enquanto nas interceptações telefônicas um terceiro invade a comunicação existente entre outras pessoas sem o conhecimento delas, na gravação clandestina, um dos interlocutores da conversa é quem grava o diálogo que se realiza naquele momento. A gravação clandestina prescinde de autorização judicial, ao contrário da interceptação telefônica.

Segundo Mendroni (2007, p. 66):

Na gravação clandestina, ao contrário da interceptação, que é praticada por terceira pessoa, um dos interlocutores realiza a gravação. Participa, portanto, da conversa e assim divide a intimidade com outra pessoa. Assim considerado, nada impede que o faça sem autorização judicial [...].

Na interceptação e gravação ambiental, entretanto, o que ocorre é a instalação de microfones em locais escolhidos estrategicamente com o intuito de gravar conversas entre pessoas suspeitas; tratam-se de escutas. Nos dizeres do autor acima colacionado (2007, p. 67):

Torna-se mais comum a cada dia a utilização da chamada escuta ambiental, através da qual se instalam microfones dotados de potentes amplificadores em locais previamente investigados e estrategicamente selecionados. Assim, viabiliza-se a escuta e ou gravação de conversa entre pessoas suspeitas. Utiliza-se por exemplo a colocação de microfones em salas, repartições, mesas de restaurante, interior de veículos etc.

Por derradeiro, dentre os meios de investigações estabelecidos pela Lei do Crime Organizado, um dos mais importantes é a ação controlada que, de acordo com o seu artigo 8º, consiste em:

retardar a investigação policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

Eduardo Araujo Silva explica (2003, p. 91-92):

A prática tem demonstrado que muitas vezes é estrategicamente mais vantajoso evitar a prisão, num primeiro momento, de integrantes menos influentes de uma organização criminosa, para monitorar suas ações e possibilitar a prisão de um número maior de integrantes ou mesmo a obtenção de prova em relação a seus superiores na hierarquia da associação, que dificilmente se expõem em práticas delituosas. Daí porque é cada vez mais comum, em investigações criminais relacionadas ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, tolerar-se que gentes policiais não efetuem desde logo a prisão dos pequenos traficantes, para possibilitar a prisão do fornecedor do entorpecente ou mesmo do financiador do comércio ilícito.

Frisa-se que, ao retardar a prisão dos integrantes da organização criminosa visando a obtenção de mais provas, e com o intuito de prender todos os integrantes envolvidos com o crime organizado, os agentes policiais não estão sendo omissos, ou seja, deixando de cumprir com seu papel de polícia repressiva e preventiva e conseqüentemente de fornecer segurança, muito pelo contrário. dessa forma, não poderão ser punidos se optarem pela ação controlada, até porque esta é uma prática prevista em lei. Conforme Araujo Silva (2003, p. 93):

O tratamento legal dessa técnica de obtenção de prova, além de evitar que agentes policiais sejam responsabilizados penalmente pelo deliberado retardamento de suas condutas, ante a constatação de práticas delituosas em curso, visa possibilitar maior êxito na colheita dos elementos de prova, para eleição do melhor momento para intervir nos atos praticados pelos integrantes da organização criminosa. Ademais, se precedida de autorização judicial, permite que o juiz e o representante do Ministério Público tenham o controle sobre a operação policial a ser desenvolvida, evitando eventuais excessos que possam comprometer direitos e garantias individuais assegurados na Constituição da República.

Por fim, e não menos importante, está capitulada nos artigos 10 ao 14, da Lei nº 12.850/13, a infiltração de agentes de polícia nas organizações criminosas. Mencionada lei, contudo, não define o que seria, nem como devem proceder os agentes policiais infiltrados na organização. Todavia, é cediço que as polícias, seja ela militar, civil ou federal, possuem meios e estratégias próprias para atuarem no meio da criminalidade organizada, já que a principal função das polícias, em geral, é a prevenção e repressão de crimes. No mais, Lavorenti e Silva apud Coriolano Nogueira Cobra (2008, p. 58) dizem que:

o trabalho de agente de polícia consiste na sua introdução em determinado meio, sem que sua real atividade seja conhecida, para nele trabalhar ou viver, temporariamente, como parte integrante do ambiente, com a finalidade de descobrir ou apurar alguma coisa.

Diante do que fora explicitado acima, têm-se que a vida privada e a intimidade são direitos fundamentais do cidadão dentro de um Estado Democrático de Direito, englobando também aqui, a inviolabilidade de domicílio e o sigilo das correspondências, assim como a inadmissibilidade de provas ilícitas, somente podendo serem violados nas hipóteses excepcionadas pela própria lei, especialmente no que diz respeito a investigação criminal e instrução processual penal.

Não obstante, após falarmos do procedimento probatório na busca de provas de crimes praticados por organizações criminosas e principalmente, no descobrimento das próprias organizações, imperioso é tratar das provas ilícitas. Estas que tanto geram discussões polêmicas no mundo jurídico. Afinal, elas devem ser aceitas ou não? E a disposição do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal?

É o que passaremos a discutir.

#### **7.4 Das Provas Ilícitas**

Consigna-se, inicialmente, que "provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se

procura estabelecê-la” (TOURINHO, 2011, p. 233). Segundo o citado doutrinador (2011, p. 235):

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar esse fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela maneira.

O conceito de verdade, entretanto, é dotado de critérios subjetivos. Malatesta afirma (1996, p. 21):

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, uma estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que aparece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros.

Complementando (Malatesta, 1996, p. 19):

Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior, quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estarmos de posse da verdade. Para se conhecer, portanto, a eficácia da prova, é preciso reconhecer como se refletiu a verdade no espírito humano, é preciso conhecer, assim, qual o estado ideológico, relativamente à coisa a ser verificada, que ela induziu no espírito com sua ação.

Neste diapasão, como todas as normas elaboradas no plano infraconstitucional devem obedecer intrinsecamente as normas constitucionais, é vedado, em nosso ordenamento jurídico, as provas ilícitas, ainda que elas, de fato, comprovem verdadeiramente a existência de um delito. Isto porque as provas ilícitas contrariam as normas e garantias estabelecidas pelos direitos humanos, que, como dito alhures, é a lei maior da Constituição da República.

Tourinho Filho apud Ada Pellegrini Grinover, corrobora com o entendimento da inadmissibilidade das provas ilícitas no seguinte contexto (2011, p. 241):

É, assim, nas normas constitucionais e nos princípios gerais da Lei Maior que se devem subsumir a avaliação substancial do ilícito extrajudicial e a qualificação processual de sua repercussão dentro do processo, deduzindo-se a proibição de admitir as provas obtidas contra a Constituição e sua ineficácia, diretamente desta (cf. *Liberdades públicas e processo penal*, Saraiva, 1976, p. 200).

Demonstraremos, contudo, que há entendimentos, hoje, aceitando tais tipos de prova. O referido artigo 5º, LVI do texto constitucional dispõe que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Tal norma é introduzida também no artigo 157, do Código de Processo Penal, abaixo transcrito:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Importante distinguirmos as provas ilícitas das provas ilegítimas. As provas obtidas por meios ilícitos, portanto, ilícitas, são aquelas que contrariam a lei, que violam o próprio direito material. Por exemplo, as provas obtidas mediante tortura. É de nosso saber que a tortura é prática abominável em nosso sistema jurídico, cuja prática configura delito inafiançável e imprescritível (artigos 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal; 323, inciso II, do Código de Processo Penal e 1º, §6º, da Lei nº 9.455/97 – Crimes de Tortura). Salienta-se que a Constituição Federal não menciona a imprescritibilidade dos crimes de tortura em nosso país, todavia, esse é o entendimento que se têm adotado. Segundo Paulo Bonavides (12.08.2008):

O crime de tortura é um dos mais hediondos que fere os direitos naturais da pessoa humana. Não há direito mais sagrado do que a integridade moral e a integridade física do homem em toda a dimensão do princípio superlativo, que é o da dignidade da pessoa humana. O direito à liberdade e à inteireza do ser humano é inviolável. É, logo, um crime imprescritível, pois ofende nas

suas raízes o direito natural. Uma sociedade que não se fundamenta no direito natural não é uma sociedade constitucional do ponto de vista da materialidade dos valores éticos, que devem conduzir sempre essa conduta.<sup>2</sup>

Por outro lado, as provas ilegítimas são aquelas que violam o devido processo legal, que infringem a norma processual, ou seja, o próprio procedimento. Havendo violação à forma legal para determinado tipo de prova, tal objeto de comprovação será ilegítimo.

Ressalta-se que, não importa se a prova é ilícita ou ilegítima, em ambos os casos, ela será nula. A prova ilícita gera nulidade absoluta, podendo ser declarada de ofício pelo juiz. Já a prova ilegítima, em regra, é relativamente nula, podendo ser sanada a depender do caso concreto e utilizada durante a instrução processual (artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal). Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 245), assim entendem:

A prova não pode ser sanada quando a ilicitude é a sua causa. A prova somente pode ser sanada quando constitui o ponto final de um procedimento *em que houve uma ilicitude*. Nessa linha, é possível dizer que a prova que resulta da violação de um direito material não pode ser sanada, não acontecendo o mesmo com a prova em cujo procedimento ocorreu um ilícito.

Ainda, de acordo com o artigo 157, acima delineado, existem as provas originariamente ilícitas e as provas derivadas das ilícitas que, conseqüentemente, também são viciadas pela ilicitude, sendo inviável a sua utilização durante o processo.

Tal postulação advém da chamada *teoria da árvore dos frutos envenenados*, “segundo a qual o defeito da árvore transmite-se a seus frutos” (SILVA, 2010, p. 22). César Dario Mariano da Silva apud Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho explica (2010, p. 22):

Na posição mais sensível as garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são assim igualmente banidas do processo.

---

<sup>2</sup> <http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/169954/constitucionalistas-afirmam-nao-ha-prescricao-para-crime-de-tortura> – acessado em 28.10.2013, às 15h50.

Em verdade, as provas ilícitas por derivação são legítimas, porque obtidas através de meios lícitos e legítimos, quer dizer, em consonância com as regras processuais vigentes, todavia, são derivadas de uma outra prova, esta sim, obtida mediante meios ilegais e ilícitos.

Excetuam-se, porém, as provas que embora derivadas das ilícitas, são admitidas pelo ordenamento pátrio e poderão servir de provas a comprovar uma ocorrência criminosa, compilando na convicção do juiz. São duas as hipóteses.

A primeira cuida das provas obtidas através de uma fonte independente, da qual, seguindo-se os trâmites legais, chega-se à mesma prova obtida através da ilegalidade/ilicitude. É, pois, uma fonte de investigação paralela que, embora o resultado fático-probatório seja o mesmo daquele circunstanciado diante das provas ilícitas, dele se distancia, já que feito de acordo com as normas e regras constitucionais e legais.

Num segundo plano, subsistem as provas extraídas das ilícitas, desde que comprovado a inexistência de nexos de causalidade entre umas e outras. Assevera Silva (2010, p. 24):

quando não evidenciado o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a sua derivação. Nesse caso, não se trata de exceção propriamente dita, mas de inexistência da derivação. Isto porque, não havendo nexo de causalidade entre a prova ilícita e outra prova qualquer, esta não será contaminada, uma vez que não decorrente da prova considerada ilícita.

Conforme demonstrado, sempre, e de qualquer forma, as provas ilícitas, ou as derivadas delas, como regra, são inadmissíveis pela legislação pátria vigente. O motivo principal: os direitos e garantias fundamentais, consubstanciados principalmente no direito a liberdade e igualdade.

Noutro parâmetro, pode-se dizer que após a vida, o direito à liberdade é o direito mais importante para todo e qualquer indivíduo. É simples chegarmos à esta conclusão, pois se não houver vida, sequer haverá que se falar em liberdade. Da mesma forma, inexistindo liberdade, inviável falar-se em tantos outros direitos, já que o sujeito está impossibilitado de ir e vir.

Por derradeiro, refere-se à igualdade no sentido de que o Estado possui um aparelho estatal mais elaborado, amplo e sofisticado que a defesa. O

Estado está acima, quer dizer, “no topo da pirâmide”, logo, tentando diminuir o poderio estatal em relação ao indivíduo marginalizado é que se fala em paridade de armas.

Daí o porquê de existir o princípio da presunção de inocência e de militar a favor do réu todo e qualquer benefício relacionado à liberdade, como por exemplo, o *ônus probandi* voltado exclusivamente para acusação, representada pelo órgão do Ministério Público estadual e federal e os respectivos promotores ou procuradores de justiça.

Deixando o órgão acusador de cumprir com seu ônus e comprovar a configuração de um delito, de modo a formar na convicção do juiz que o acusado não praticou determinada infração penal, ou que o arcabouço probatório se presta insuficiente para um decreto condenatório, a absolvição do réu é medida de rigor e que se impõe.

Não obstante, a natureza da criminalidade organizada é complexa. A amplitude que abarca o crime organizado exige medidas que facilitem a produção de provas, não somente pela complexidade do crime em si, pela quantidade de agentes infratores envolvidos ou pela quantidade de crimes praticados, mas principalmente pela nocividade das organizações criminosas para com a sociedade.

É nesse sentido que entendemos pela admissão das provas ilícitas em nosso sistema penal e processual penal. Não raras vezes, diversas provas que poderiam comprovar a existência de uma organização criminosa ou de crimes por elas cometidos deixam de ser usadas, e seus agentes saem impunes porque o conjunto de provas que eventualmente comprovaria tais fatos não podem ser utilizados dentro do processo penal.

Curioso perceber o quão atrelada está todas as normas de cunho punitivo e sancionatório aos direitos e garantias fundamentais. Aliás, se ditos direitos configuram o limite do poder de atuação do Estado, não poder-se-ia chegar a outra conclusão, que não esta. Agora, a indagação que nos resta é: porque não admitir estas provas, porque não relativizar o absoluto caráter de inadmissibilidade das mesmas diante do combate ao crime organizado? Qual a razão? Os direitos e garantias fundamentais? E o dever de proteção do Estado? Tais indagações serão respondidas no capítulo conclusivo do presente trabalho.

## 8 DA RELATIVIZAÇÃO EM NOSSO PAÍS E O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO

Como restou observado durante todo o transcorrer desse trabalho, não se procura a não-aplicação dos direitos fundamentais, e sim, sua relativização em prol da defesa da sociedade.

Mencionada relativização possui diversos pormenores que estaremos tratando neste capítulo, tendo como paradigma a seguinte indagação; seria possível a relativização na prática? Se possível, há casos em nossa jurisprudência? Quais reflexos referida prática ocasionaria em nosso País?

Inicialmente, vale mencionar que nosso sistema legal, proveniente do sistema romano-germânico, apresenta regras, princípios e postulados normativos no direito positivo, assim, quais seriam aptos a efetiva relativização?

A resposta é nítida e ligeira, aqueles que tratam de direitos e garantias fundamentais do homem. Até mesmo regras ou postulados normativos? É preciso lembrar, como já informado (vide capítulo 2), que não importa a natureza jurídica da norma, se tratando de direitos e garantias fundamentais, estará configurado um princípio com caráter coercitivo, de proteção, aplicação e obediência por todos.

Desta monta, tendo como base para se pensar em uma suposta relativização de direitos e garantias fundamentais do homem, todo e qualquer princípio que trate da matéria, seria ele parcial? Ou seja, aplicado tão somente em *pro societate*, da vítima ou do acusado?

Entendemos que não, primeiramente em relação a sociedade como um todo, é por demais óbvio que a sua relativização se impõe como medida deveras suficiente na busca da efetiva proteção de direitos de uma coletividade.

Com relação a vítima e ao acusado, como será demonstrado no decorrer deste capítulo, é claro que há limites na relativização de direitos fundamentais, no entanto, é possível imaginar hipóteses em que poderá haver sim, a relativização desses direitos.

Enfatizamos, contudo, antes de adentrar no mérito da discussão, que a relativização de direitos e garantias fundamentais não é e nem pode ser uma medida absoluta, caso contrário, estaríamos frente a uma medida que derruba por terra toda segurança jurídica que o próprio sistema romano-germânico criou com a positivação do direito.

Trazendo tal discussão para o crime organizado, já fora mencionado que a criminalidade organizada possui cunho totalmente destrutivo em nossa sociedade. Logo, entendemos pela possibilidade da relativização de diversos direitos e garantias fundamentais do homem, inclusive em benefício do próprio réu.

Tal medida se propõe em face dos seguintes motivos que hoje perpetram nossa sociedade:

- a) A notória falência da persecução criminal em nosso sistema;
- b) Ineficácia da reeducação/reabilitação do condenado em execução, em face da total precariedade de nosso sistema penitenciário, com ênfase ao instituto do “efeito criminológico”;
- c) Fragilidade de meios legais e eficazes para o combate ao crime organizado, inclusive, em resposta a tal indagação que adveio a Lei 12.850/13;
- d) Proteção da sociedade/coletividade, com a relativização de direitos a despeito da ofensa a apenas um indivíduo (consenso pró maioria);
- e) Proibição da proteção deficiente do estado, quando este é o garantidor de toda a segurança da coletividade;
- f) Falta de interesse dos demais poderes do Estado quanto à questão, fazendo com que o judiciário fique de “mãos atadas”, ou ao menos, crie meios de inovar legalmente, com a edição de súmulas e decisões de controle de constitucionalidade.

Não são taxativos os motivos acima elencados, servindo tão somente de base para que se possa vislumbrar a necessidade de relativizar os direitos e garantias do homem em determinados casos frente ao combate ao crime organizado.

Por conseguinte, uma vez realizado tal relativização proposta neste trabalho, qual seria seu limite? Poderia ser aplicada sobre toda e qualquer garantia fundamental?

A princípio não. Há, inclusive, aqueles que defendem que alguns princípios e garantias fundamentais não podem ser relativizados, tais como a tortura e a integridade física e mental do indivíduo.

Observe que o motivo é simples, o ser humano como ser vivente procuraria em seu instinto animal, o término da condição de tortura imposta em que é submetido com o fornecimento do objeto que procura o torturador, seja com informações ou confissões, em vista de sua sobrevivência.

Dentro deste panorama, e sendo também meramente exemplificativos, entendemos serem relativizados os seguintes princípios fundamentais do homem em prol do combate ao crime organizado:

- a) Liberdade *latu sensu*;
- b) Igualdade (art. 5º, caput, CF);
- c) Propriedade e domicílio (art. 5º, caput e XI, CF);
- d) Identificação criminal (art. 5º, LVI, CF);
- e) Direito a indenização por danos morais e materiais (art. 5º, X, CF);
- f) Sigilo de correspondências (art. 5º, XII, CF);
- g) Provas ilícitas, inclusive, interceptação telefônica e quebra de sigilo fiscal e bancário, uma vez devidamente comprovada a legitimidade dos fatos e das partes (art. 5º, LVI, CF);

Posto o acima, passaremos a analisar pormenorizadamente alguns dos citados princípios e sua relativização em prol do combate ao crime organizado.

Inicialmente, quanto ao princípio da liberdade, dentro de uma investigação criminal diversos são os modos de que referido princípio possa prejudicar a eficácia do Estado-administração na obtenção de autoria e materialidade para eventual denúncia.

Em que pese, atendendo ao encargo do Estado em propiciar a efetiva proteção da coletividade quando esta sede parte de sua liberdade para viver em

conjunto, bem como atendendo aqui ao princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, o princípio da liberdade em suas diversas formas (expressão, física) é suscetível de relativização.

Exemplificando, temos o caso em que há uma iminente notícia de que determinada organização criminosa possa estar prestes a atacar um local público, assim, sem tempo para determinações judiciais e, ainda, no fervor da situação, a polícia militar ou civil *restringe a liberdade de determinado indivíduo* que possa ter ciência do caso em questão para fornecer informações *em defesa da coletividade*.

No entanto, vale dizer que existem certos casos que nem com a restrição de liberdade de certos indivíduos podemos dar mais efetividade no combate ao crime organizado por motivos óbvios, qual seja, a grande maioria das ações partem de dentro do sistema penitenciário em que estão presos os líderes de determinadas facções – *com suas liberdades restringidas*.

Entretanto, sabermos que o aparato estatal é demasiadamente precário no sistema carcerário, seja em relação as péssimas condições de vida dentro dos estabelecimentos prisionais, seja no fornecimento de segurança, de tecnologia propriamente dita, apta a efetivamente proibir qualquer tipo de comunicação dos detentos de maior periculosidade com os de menor ofensividade, que, através da comunicação, lastreiam e fomentam a prática de diversos crimes, conseguindo cada vez mais integrantes para a organização e aumentando expressivamente o poder intimidatório do crime organizado como um todo em face da sociedade.

De outra banda, com a aplicação de modos diferenciados em certas situações na relativização de direitos fundamentais do indivíduo, decorre a não observância do princípio da igualdade.

Sendo a propriedade e o domicilio direitos e garantias individuais de todo homem, inclusive, com sua conseqüente inviolabilidade, seria possível imaginar a relativização destes princípios com a busca e apreensão em situações de iminente perigo *em defesa da sociedade*.

Destarte, fica claro que a atuação dos agentes ostensivos do Estado, nas hipóteses de relativização, cria a qualquer indivíduo um dano moral ou

patrimonial, devendo o direito de indenizar, em face da coletividade, ser desconsiderado em determinados casos.

Não obstante, gostaríamos de consignar o quão contraditório é o raciocínio do Estado, uma vez que de um lado cria direitos e garantias ao homem a seu bel prazer, e posteriormente, vinculado e adstrito a tais princípios, limita seu poder de atuar a ponto de ter que relativizar o que criou anteriormente.

Resta a seguinte indagação: é melhor um Estado pecar pelo excesso de direitos e garantias a despeito da grande limitação de atuar (em todos os campos do direito) ou seria melhor que a própria sociedade ditasse quais direitos e garantias fossem os mais importantes a serem protegidos, como no sistema anglo-saxão (*common law*) onde não há uma positivação de princípios excessiva, pelo menos expressamente? A resposta fica a critério do subjetivo de cada sujeito.

Porém, retornando ao debate, em relação as provas ilícitas, já exploradas neste trabalho, cumpre mencionar que devem ser relativizadas em atenção ao combate ao crime organizado. Em outras palavras, diante do caso concreto, notadamente em se tratando da criminalidade organizada, devem as provas ilícitas integrarem o arcabouço probatório de determinado processo. Isto porque, sem tais provas, pode ser que não seja possível provar, ônus atribuído ao órgão acusador pelo próprio Estado, dada a “desigualdade” entre defesa e acusação.

Nesse caso, inexistindo provas suficientes capazes de gerar uma possível e certa condenação, outra hipótese não vislumbramos que não a absolvição do réu, ou réus – tendo em vista que somente haverá crime de organização criminosa com a associação de quatro ou mais pessoas – circunstância que, diante do atual panorama social, não se pode admitir.

Adiante, excluídas as provas ilícitas provenientes de tortura ou ofensa a integridade física ou mental do agente, casos em que a informação ou objeto da prova estará viciada, a medida que se impõe é a utilização das provas ilícitas em prol da sociedade, da vítima, e até mesmo do acusado, a depender a situação fática real.

Primeiramente em *pro societate*, a quase dez anos, o Supremo Tribunal Federal no *leading case* proveniente do RE nº 251.445/GO alterou seu

posicionamento sobre a admissibilidade das provas ilícitas em prol da condenação dos agentes.

Referida decisão passou a ser fonte da mais abalizada doutrina e jurisprudência quanto ao assunto, o que certamente motivou o desenvolvimento do tema por todo o País, com a relativização da utilização das provas obtidas por meios ilícitos.

Em que pese, em outra decisão, o Pretório Excelso admitiu ofensa a direito fundamental com a violação das correspondência dos condenados pela administração penitenciária, sob o argumento de que o sigilo não pode ser invocado para a prática de infrações por parte daquele que está preso, nos termos do HC nº 70.814/SP. Consequentemente, houve a relativização dos direitos em conflito, com a utilização da prova obtida ilicitamente em prejuízo do preso, ou seja, *pro societate*.

Quanto a vítima ou ao acusado, a doutrina é pacífica, Grinover, Scarance e Magalhães (2009, p. 27):

é praticamente unânime o entendimento que admite a utilização no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, seja com fundamento no princípio da proporcionalidade, seja por meio da aplicação das causas excludentes da ilicitude do direito penal (legítima defesa ou estado de necessidade, conforme as circunstâncias do caso concreto).

Neste sentido, vale mencionar o formulado nas mesas de processo penal da USP (Universidade de São Paulo) sobre o tema, através do enunciado da súmula 50: “podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”.

“Percebe-se que o motivo para tal entendimento é simples, “*seria um não-senso sua inadmissibilidade*”, uma vez que deve pesar o bem maior, no caso a liberdade, pelo menos como decorrência do princípio do *favor libertatis*” (TOURINHO, 2009).

Entretanto, Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 312) informam que é preciso tomar cuidado com certas relativizações dos direitos fundamentais, estando a coletividade mais protegida se amparada do núcleo básico de garantias de todos, assim:

a ponderação de interesses dá vazão a uma ampla fluidez e instabilidade de garantias, podendo visivelmente albergar arbítrios na concepção utilitária e maniqueísta, já ressaltada, entre interesse social contrapondo-se aos do réu.

Colacionado o acima, chegamos à conclusão de que, para haver a relativização dos direitos fundamentais, sejam quais forem e sejam para quais crimes precisar, é sempre importante termos como limite o princípio ou postulado da proporcionalidade, já exaustivamente mencionado neste trabalho.

De outra banda, concordando com Nestor Távora, com a constante relativização de direitos fundamentais, sem limites ou freios, estaríamos abrindo chance para o chamado *direito penal do inimigo* difundido pelas palavras de Günther Jakobs.

Brevemente analisando, o direito penal do inimigo revela-se na “orientação punitivista mais radical como resposta à nova realidade da criminalidade, defendendo não só a legitimidade das medidas que vem sendo adotadas, mas até mesmo seu aprofundamento” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 90).

Segundo Jacobs (2012, p. 40):

O Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. Ambas perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também possam ser usadas em lugar equivocado.

O citado doutrinador alemão diz que:

Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído (2012, p. 47).

Ademais, outro motivo que corrobora com a aplicação do princípio da proporcionalidade é o princípio da proibição da proteção deficiente do estado, ou seja, tal princípio possui dois efeitos práticos, tanto proíbe o Estado de se ausentar

de sua tutela, como também protege o indivíduo da ação em ofensa a seu direito fundamental.

Como exemplo, citamos a RE Nº 251.445/GO (MEDEIROS, 2010), no qual o Rel. Min. Celso de Mello informa que a violação, covarde, de direitos fundamentais (à segurança, à proteção da incapacidade, à intimidade e outros tantos) de vários menores não merece a aplicação do princípio da proporcionalidade, preferindo-se manter a proteção do domicílio do acusado, já que, como se sabe, é essa (inviolabilidade do domicílio) uma garantia individual expressa (art. 5º, XI, da CF). esta decisão fez prevalecer a vedação a proteção deficiente em prejuízo dos menores do caso em tela.

Nos dizeres de Jakobs (2012, p. 40):

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* trata-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

Enfim, acreditamos que para um efetivo combate ao crime organizado, tal como hoje se encontra na sociedade brasileira, é necessário a relativização de direitos e garantias fundamentais do homem com a aplicação do princípio da proporcionalidade como norte para toda e qualquer ação.

## 9 CONCLUSÃO

É imprescindível a existência de direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito. Entretanto, devemos nos atentar para o fato de que a democracia está ligada à vontade do povo e para o povo, logo, quando houver necessidade de restrição de direitos fundamentais em busca da proteção da sociedade, como é o caso do crime organizado, tal medida se impõe.

Não se busca um Estado “contramajoritário”, isto é, que atue através de seus poderes, legislativo, executivo e especialmente judiciário, com base apenas na vontade do povo, da maioria. O povo, em sua maioria, é leigo, quer dizer, não tem conhecimento jurídico suficiente para entender como funciona todo o aparelho estatal. Em verdade, nós, que estudamos e procuramos conhecer de forma aprofundada e específica nosso Estado de Direito, nem sempre sabemos o que é certo ou errado.

Todavia, deve o Estado, sem deixar de aplicar a lei obviamente, criar outras leis ou aparatos legais que possibilitem e viabilizem a restrição de direitos e garantias fundamentais quando houver real necessidade. Será que não é nítido a expressiva atuação do PCC – Primeiro Comando da Capital em todo território brasileiro?! Especialmente em relação ao narcotráfico, maior fonte de renda dessa organização criminosa, como já demonstrado.

Outra situação nítida em que deveria ocorrer a restrição de direitos fundamentais é no que diz respeito aos crimes de colarinho branco, aos crimes de corrupção por parte daqueles que deveriam proteger o Estado e administrá-lo visando o bem comum, o que nem sempre ocorre. A ação Penal 470 é um típico exemplo de agentes políticos envolvidos em crimes de lavagem de dinheiro, corrupção e organização criminosa, o que é uma vergonha para o Estado brasileiro. Isso sem mencionar o foro de prerrogativa de função que, ao meu ver, é imposição desigual e desnecessária. Contudo, não adentrarei ao mérito desse assunto, limito-me a citá-lo como exemplo à relativização de direitos fundamentais.

O principal fundamento utilizado para tanto, hoje, é o princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade é entendida aqui, como aquela que, ao ser

aplicada, busca medidas e decisões calcadas pelo bom senso e principalmente, baseada na justeza. Deve-se ter em mente, porém, que toda e qualquer restrição de direito fundamental deve conter expressiva carga de argumentação jurídica, pois, caso contrário, a razão de ser da medida restritiva deixará de prevalecer e, conseqüentemente, a restrição deixará de ser vista como uma medida indispensável ao fim que se deseja atingir, no caso, a segurança e proteção da sociedade frente às organizações criminosas.

Se o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional – e disso ninguém duvida – logo, ao fundamentar suas decisões com base neste princípio, não estaria o poder judiciário infringindo os ditames constitucionais e “legislando”, como ultimamente têm-se afirmado. Aliás, pelo contrário, se o poder legislativo é omissivo, o poder judiciário e a sociedade de um modo geral não podem ficar a mercê da justiça, sem solução para seus conflitos litigiosos. Daí porque o ativismo judicial, não raras vezes é *medida necessária*, e não decisão inquisitiva, que se perfaz simplesmente por livre vontade e mero achismo de eminentes julgadores.

O Estado tem o DEVER de proteger a sociedade e o deve fazer através das funções incumbidas a cada um dos três poderes estatais. Ao querer proteger a sociedade e os indivíduos que a ela pertencem, bem como para limitar seu poder de atuação, criou tantos direitos e garantias fundamentais, muitos normatizados como princípios constitucionais, que fundado no mesmo dever de proteção e segurança precisa relativizá-los.

Chegamos a mencionar também, se não seria melhor um Estado análogo ao sistema common law, que atende as necessidades ditadas pela própria sociedade, sem que seja necessário tantos direitos e garantias fundamentais positivados. Acredito que deve haver modificação na lei que permita efetivamente a restrição de direitos fundamentais, especialmente no que tange ao combate ao crime organizado, entretanto, acreditar que no Brasil o sistema adotado pelos norte americanos funcionaria, considerando que os brasileiros, já acostumados e acomodados com “tantos direitos”, saberiam discernir seus próprios deveres e obrigações é demasiado utópico.

É nítida a insegurança com que hoje vive a sociedade diante da “guerra” travada entre os criminosos e aqueles que repreendem - ou pelo menos

tentam, a criminalidade. A todo tempo são noticiados casos de ações terroristas pelo Brasil e pelo mundo, como os vários ônibus queimados nas cidades brasileiras nos últimos anos, deixando várias vítimas inocentes mortas; os ataques às polícias militares, civis, as delegacias e estabelecimentos congêneres, entre outros.

Toda infração penal cometida desencadeia consequências não só nas vítimas, mas também em toda coletividade. É como se o crime em si fosse um ímã, que tem força de atrair todos os objetos à sua volta; as consequências de um delito tem força atrativa, onde uma consequência atrai várias outras, atingindo por sua vez, um número indeterminado de pessoas.

A gravidade desses crimes – praticados por organizações criminosas – é muito além de uma simples infração penal, exigindo-se assim um procedimento diferenciado, e claro, com sanções penais mais rígidas.

Por este motivo é que, em defesa da sociedade deveriam ser admitidas também as provas ilícitas – e também as derivadas destas, quando for necessário a adoção pelo magistrado de tal medida e em situações excepcionais.

Não há razão para suprimir-se o valor probatório dessas provas às normas da legislação pátria. Ainda que elas violem direitos materiais, se estamos defendendo a restrição de direitos fundamentais, logo, acreditamos na possibilidade de admissão das provas ilícitas. É necessário sopesar primeiramente, qual a razão e a consequência que uma provável impunidade pode gerar sob o crivo da sociedade, pois não estamos tratando aqui de um crime de tráfico de drogas qualquer, mas de organizações criminosas que comandam todo o fornecimento e distribuição de drogas por todo o Brasil.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito que tem por objetivo principal estabelecer a igualdade entre os indivíduos que nesse Estado habitarem, proporcionando direitos e deveres aos mesmos, de modo a garantir a dignidade do homem (direitos fundamentais) e a certeza de julgamentos justos.

Ocorre, porém, que não raras vezes é necessário restringir os direitos fundamentais do cidadão para atingir um julgamento justo e, principal e essencialmente, garantir a segurança da sociedade.

## BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12 ed., ampliada. Malheiros Editores, 2011.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BARROS, Susana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Lei nº 9.034 de 03 de maio de 1995. **Crime Organizado**. Brasília, DF: Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Senado, 1995.

BRASIL, Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013. **Crime Organizado**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado: 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Núcleo de estudos, pesquisa e extensão – NEPE. **Normalização para apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso da Toledo de Presidente Prudente**. 5. ed. Presidente Prudente, 2009.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da Teoria à Crítica PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: Uma Visão com base nas Doutrinas de Roberty Alexy e Jürgen Habermas**. Editora Dictum. Belo Horizonte, 2009.

FILHO, Napoleão Casado. **Coleção saberes do direito – Direitos Humanos Fundamentais**. Editora Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raul. **Crime Organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da proibição de proteção deficiente**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>, 16 de dezembro de 2009.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.116.ii TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.27

HASAI, Élisson Yukio. **Aspectos gerais da repressão do crime organizado e o narcotráfico**. 2006. 161f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2006.

<http://nota-dez.jusbrasil.com.br/noticias/100199322/mpdft-mp-obtem-exito-em-pedido-de-condenacao-de-carlinhos-cachoeira-e-de-mais-sete-membros-de-organizacao-criminosa> (acessado em 25.10.2013).

[http://pt.wikipedia.org/wiki/Eduardo\\_Juan\\_Couture](http://pt.wikipedia.org/wiki/Eduardo_Juan_Couture) (acessado em 14.10.2013).

<http://senado.jusbrasil.com.br/noticias/100237123/comeca-reuniao-da-cpi-do-cachoeira-para-votacao-do-relatorio-final?ref=home> (acessado em 25.10.2013).

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2912806/habeas-corpus-hc-94921-mg> (acessado em 24.10.2013).

<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3082629/habeas-corpus-de-carlinhos-cachoeira-sera-redistribuido> (acessado em 25.10.2013).

<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3082629/habeas-corpus-de-carlinhos-cachoeira-sera-redistribuido> (acessado em 25.10.2013).

<http://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21572734/habeas-corpus-hc-201200010021431-pi-tjpi> (acessado em 24.10.2013).

[http://www.pivaadvogados.adv.br/webcontrol/upl/e\\_13\\_1.pdf](http://www.pivaadvogados.adv.br/webcontrol/upl/e_13_1.pdf) (acessado em 24.10.2013).

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. Editora Podivm, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. 1.ed. – São Paulo: Letra Jurídicas, 2011.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei, em **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**, Editora e Distribuidora BOOKSELLER, vol. 1, 1996.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 24. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Provas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEDEIROS, Júlio Cesar de. **O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal**. <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5601/O-mito-da-proibicao-de-provas-ilicitas-pro-societate-no-processo-penal>.

MENDES, Gilmar. **Habeas corpus nº104.410**. Inteiro teor – acórdão. Decisão proferida em 06.03.2012, página 12.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo**. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime organizado: procedimento probatório**, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Crime organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUZA, Carlos Affonso e SAMPAIO, Patrícia Regina P. <http://www.algoso bre.com.br/direito-administrativo/principiodaproporcionalidade.html> (acessado em 23.04.2013).

TÁVORA, Nestor e ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**, 2.ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2009, p.312.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal**, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Processo penal - vol 3**. 33. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

VARGAS, José Cirilo de. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.