

## **A RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO COMBATE AOS CRIMES CONTRA O ESTADO**

### ***THE RESTRICTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN COMBATING CRIMES AGAINST THE STATE***

**Rafael Gonçalves Mota**

Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade de Fortaleza. Professor de Processual Penal da Faculdade Ari de Sá. Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.  
*E-mail: rafaelgmota@yahoo.com.br*

**Marcelo Dias Ponte**

Advogado. Professor da Universidade de Fortaleza. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.  
*E-mail: marceloponte@unifor.br*

#### **Resumo**

O presente estudo analisa a restrição de direitos fundamentais e sua relação com o combate aos crimes contra o Estado, notadamente o terrorismo, o crime organizado e suas variações. Inicialmente cabe analisar o que podemos compreender como direitos fundamentais, especialmente considerando a existência ou não de um acervo padronizado de direitos, ou mesmo a figura de um núcleo duro ou essencial. A seguir, os crimes contra o Estado são tratados, concluindo que tal assunto apresenta uma multiplicidade de conceitos e significados, porém indicando que no caso brasileiro o crime organizado ainda se apresenta como o grande elemento delituoso que age contra os interesses e a estrutura do estado. Por fim tratamos da restrição de direitos fundamentais, num primeiro plano em linhas gerais, para ao final analisar tal assunto diante da realidade específica dos crimes contra o estado.  
**Palavras-chave:** Terrorismo. Direitos fundamentais. Crimes contra o Estado.

### **Abstract**

*The present study analyzes the restriction of fundamental rights and their relationship with the fight against crimes against the State, especially terrorism, organized crime and its variations. Initially it is necessary to analyze what we can understand as fundamental rights, especially considering the existence or not of a standardized collection of rights, or even the figure of a hard core or essential. Next, crimes against the State are treated, concluding that this subject presents a multiplicity of concepts and meanings, but indicating that in the Brazilian case organized crime still presents itself as the great criminal element that acts against the interests and structure of the state. Finally, we deal with the restriction of fundamental rights, in a general outline, in order to analyze this matter in the face of the specific reality of crimes against the state.*

**Keywords:** *Terrorism. Fundamental rights. Crimes against the State.*

## **1 INTRODUÇÃO**

Os novos tempos políticos brasileiros trouxeram consigo novos problemas e dificuldades, especialmente quanto à segurança pública e institucional, sobretudo considerando a complexidade das novas relações sociais, onde o Estado passa a ter uma estrutura essencialmente democrática e as novas instituições devem se estruturar para concretizar os princípios fundamentais e consequentemente atender aos desejos sociais mais caros.

O presente trabalho tem como objetivo central analisar em que termos é possível restringir direitos fundamentais em nome de uma proteção social e estatal, especialmente nos momentos onde as ações criminosas ganham maior proporção, violência e gravidade.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um considerável acervo de direitos e fundamentais, individuais e coletivos, cuja aplicação caracteriza efetivamente que o Estado deve ser visto como um ente a serviço do indivíduo, o que caracteriza o Estado Moderno, abandonando a visão clássica do indivíduo como “vassalo” do ente estatal.

Falar em restrição de direitos fundamentais significa determinar os termos precisos da relação entre a complexa relação entre o indivíduo e o Estado, entre o privado e o público, entre o individual e o coletivo.

Inicialmente indica-se qual é a nova criminalidade que caracteriza o Século XXI, especialmente considerando a realidade das organizações criminosas, tais como as terroristas ou aquelas que praticam crimes de corrupção, que apesar de já existirem a algum tempo, ganharam grande relevância nas últimas décadas.

Em seguida analisa-se como é possível restringir direitos fundamentais, especialmente considerar as regras constitucionais.

Por fim analisaremos a possibilidade de restrição de direitos fundamentais, especialmente determinando em que casos ela pode ocorrer, dentro de que limites e com quais referenciais.

## 2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conceituar direitos fundamentais constitui umas das mais árduas atribuições do cientista do direito, especialmente considerando as significativas alterações políticas e ideológicas que influenciaram tal construção semântica.

No presente estudo, consideraremos a definição construída após as grandes revoluções liberais, notadamente a Revolução Francesa, que teve como consequência natural de seu desenvolvimento a mudança no eixo central das relações sociais, onde o Estado, personificado no soberano ou monarca, deixa de ocupar o lugar central e passa a se localizar num cenário periférico, sendo substituído pelo indivíduo.

A ideia de um acervo mínimo de direitos atribuídos ao indivíduo surge como uma forma de limitar essencialmente o poder do Estado, onde este passa a ser visto de forma contundente como o agente que irá promover a paz e o equilíbrio sociais, notadamente caracterizado por elementos que tragam ao ser humano o reconhecimento da sua própria condição humana, sujeitos de direitos e reconhecidamente participantes ativos no tecido social e jurídico.

Devemos lembrar que a ideia de um acervo mínimo de direitos essenciais para o indivíduo representa significativo avanço na estrutura jurídica da humanidade, representando uma opção política, onde o Estado reconhece que o exercício do seu poder é limitado, e que o ator central do cenário político é o ser humano.

Para CANOTILHO podemos compreender direitos sob dois prismas, os “direitos do homem e os direitos fundamentais”. Aqueles são entendidos como “direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista). Já estes são vistos como os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”. (CANOTILHO, 2003, p. 393)

Como iremos tratar em breve de limitações e restrições a direitos fundamentais, devemos trabalhar com algumas ideias já consolidadas no pensamento jurídico, sobre a essência central desse conjunto de direitos fundamentais, sobretudo considerando que atualmente já é pensamento pacífico que não existem em regras direitos absolutos, uma vez que quando inseridos no cenário completo dos direitos, todos ganham importância relativa.

Dentro de um cenário hermenêutico não podemos considerar que todos os institutos ou direitos são relativos de forma plena, pois devemos obrigatoriamente dentro de um Estado de direito e sobre uma sociedade organizada, criar regras e interpretações uniformes e gerais, criando um cenário juridicamente seguro. Do contrário teríamos uma lógica insegura e imprecisa, abrindo caminho à fragilidade interpretativa e conseqüentemente a debilidade jurídica.

Essas ideias não são contraditórias já que apesar de não terem um sentido único, absoluto e imodificável, deveremos ter um conjunto mínimo de direitos cuja aplicação deve ser constante e a respectiva interpretação relativamente uniforme e definida.

A noção de um núcleo duro, essencial ou primário já é efetivamente aceita no nosso pensamento jurídico. O problema hermenêutico não reside na existência ou aceitação desta ideia, mas sim no conteúdo desse núcleo, ou seja, quais direitos devem estar presentes nesse acervo.

A análise desse conteúdo passa necessariamente por entendermos quais seriam aqueles valores imprescindíveis para o convívio social, ou seja, aqueles bens jurídicos dos quais a sociedade não poderia deixar de contar.

O problema central está em definir qual seria o conteúdo ou objeto desse núcleo, ou seja, quais os valores que irão compor esse conceito, aqueles ligados ao indivíduo ou os de dimensão mais coletiva. Deve-se ainda definir qual o valor desse núcleo, se absoluto ou relativo, tendo esse aspecto importância decisiva no tratamento da presente questão, sobretudo quando consideramos o assunto aqui tratado, qual seja a possibilidade e intensidade da restrição de direitos.

Passemos a tratar desses dois pontos fundamentais.

a. Objeto ou conteúdo do Núcleo Duro/Essencial

Tratando desse assunto nos ensina VIZZOTTO (2006, p. 143) que podemos visualizar duas teorias fundamentais de explicam o assunto, quais seja, a teoria objetiva e a teoria subjetiva. Assim, a teoria objetiva indica que o conteúdo do núcleo duro diria respeito a proteção geral e abstrata prevista na normal, desprovida de um sentido específico de definido no caso específico.

Por exemplo, se tomarmos o princípio da dignidade humana como elemento constituidor desse núcleo, teremos que em qualquer situação ele deverá ser preservado, independentemente da aplicação específica ou no caso concreto. Temos com isso uma prevalência da dimensão coletiva, onde a convicção é a proteção geral e social.

Quanto à teoria subjetiva, nas palavras de VIZZOTO (2006, p. 143) ela tem como foco a proteção ao direito fundamental do indivíduo, ou seja, eu prisma é primordialmente particular.

Mais uma vez nos deparamos com a dicotomia essencial entre público e privado, ou seja, qual dimensão deve prevalecer quanto a proteção dos direitos mais caros e fundamentais, se o indivíduo ou o coletivo. No presente estudo esse raciocínio será recorrente quando consideramos especialmente a necessidade de muitas vezes realizar uma salva-guarda da própria figura do Estado, sendo cada vez mais comum ataques criminosos a sua estrutura ou a sua autoridade.

b. Valor do núcleo essencial

O presente estudo versa sobre a restrição de direitos fundamentais, logo saber a se é possível restringir esse núcleo duro, em sendo, em que medida é fundamental para que possamos indicar a medida da limitação imposta em nome da proteção social e estatal.

Inicialmente devemos analisar qual a mais adequada valoração do citado núcleo, se relativo ou absoluto. Antes mesmo que analisemos qual a ideia que deve ser associada a cada uma dessas dimensões, devemos reforçar a idéia de necessidade de proteção do Estado, porém resta saber em que medida essa proteção ao ente estatal pode efetivamente interferir no acervo de direitos fundamentais.

A teoria absoluta contempla no núcleo essencial ou duro um acervo absolutamente intangível, ou seja, desprovido de qualquer possibilidade de relativização. Já para a teoria relativa é possível admitirmos algumas relativizações, normalmente regidas pelo princípio da proporcionalidade. Nas palavras de VIZZOTTO (2006, p. 144), ao tratar do tema, “deste modo, a restrição só seria legítima quando fosse exigida para a realização de outro direito ou bem constitucionalmente protegido e só na proporção que essa exigência se imponha ao direito fundamental.”

VIZZOTTO (2006, p. 144) cita ainda o entendimento do jurista português Vieira de Andrade, adepto da teoria absoluta e para quem a “dignidade do homem concreto como ser livre.”

CANOTILHO filia-se a teoria relativa, indicando que sempre o princípio da proporcionalidade deve ser o tempero pelo qual os valores fundamentais serão ponderados, ou seja, mesmo no núcleo duro deveremos considerar alguns direitos passíveis de serem relativizados nos casos concretos, dependendo dos valores que estejam em conflito.

### 3 DOS CRIMES CONTRA O ESTADO: CONCEITO E IDEIAS GERAIS

O Estado Moderno passa a ser o grande gerente das relações humanas, especialmente considerando a necessidade de utilização de um conjunto de normas,

princípios e regras específicas para preservação dos direitos e valores fundamentais e mais caros a determinado grupo social.

Com isso, passa-se a viver constantemente ataques e ofensas a estrutura do Estado, uma vez que a desestabilização deste significa a instabilidade de toda a sociedade, e conseqüentemente a fragilização das regras jurídicas, éticas e até mesmo morais.

Durante muito tempo as ações contra o Estado tiveram fundamento político ou ideológico, sobretudo durante grande parte do Século XX. O fim do último século marcou de forma significativa mudanças significativas na relação do ente estatal com a criminalidade, onde a criminalidade organizada passa a diversificar, realizando atos ilícitos das mais variadas naturezas, porém sempre coordenados em nome de um objetivo comum, maximizar lucros e resultados e enfraquecer a atuação do próprio Estado como ente de proteção social e responsável pela persecução criminal.

A definição de crimes contra o Estado é complexa, porém, podemos sintetizar indicando que sempre que o ente estatal estiver no polo passivo da relação criminal, direta ou indiretamente, este poderá ser entendido como vítima da prática criminosa.

A expressão maior desse tipo de crime é visualizada pelo terrorismo, ou seja, a prática criminosa que tem como objetivo desestabilizar o Estado por meio do uso de instrumentos violentos que imponham o terror a sociedade e causem profunda instabilidade social, normalmente com o mínimo de meios ou instrumentos.

O terrorismo esteve tradicionalmente ligado a aspectos religiosos, políticos ou ideológicos, porém é possível citarmos exemplos de ações terroristas com fundamento econômico ou social, ou até mesmo ligado a uma motivação típica e exclusivamente criminosa, como é o caso dos atos perpetrados pelos carteis de narcotraficantes colombianos.

O crime organizado pode ser visualizado como outro elemento que efetivamente gera um grave comprometimento da ordem estatal, especialmente

considerando que age de forma centralizada, coordenada e dirigida a minimizar a atuação do Estado no enfrentamento dessas comunidades “delinquentes”.

Encontrar, porém um conceito único e perfeito de crimes contra o Estado, ou mesmo, especificamente de crime organizado é tarefa exaustiva e complexa. A legislação brasileira, especificamente a Lei n. 12.850/2013 em seu art. 1º, §1º define o crime organizado como:

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.

MENDRONI *apud* GUARACY MINGARDI (2017, p. 135) indica que podemos considerar crime organizado como um:

[...] 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 protegido por setores do Estado.

Tal conceito é didático, notadamente por lembrar que é da natureza essencial do crime organizado a prática de atos de corrupção, uma vez que ao corromper agentes públicos ganha para si uma significativa proteção, uma vez que diminui ou anula qualquer conduta do Estado de imposição de responsabilização criminal.

Apesar da utilidade de tal conceito nos lembra MENDRONI que o conceito de crime organizado ou organizações criminosas deve sempre ser visto sob um ângulo plural e essencialmente doutrinário, sendo difícil a obtenção de um conceito legal único. Nesse sentido indica (MENDRONI, 2007, p. 10) que

[...] o dispositivo legal teria na verdade que abranger todas as hipóteses de infrações penais praticadas por uma organização criminosa, como, por exemplo, roubos de carros e de cargas, receptação, tráfico ilícito de entorpecentes, os diversos crimes dele decorrentes, crimes fiscais etc., todos muito evidentes na realidade de nosso país etc.

Ensina-nos MAIEROVITCH (1997, *on-line*) que:

[...] associações criminosas que seguem o modelo mafioso são aquelas que objetivam o controle social. Mantêm conexão com os poderes constituídos, mediante uma rede parasitária de intermediação. Apresentam-se como de tipo gangsterística, ou seja, promovem, quando convém, a eliminação física dos seus adversários.

Percebemos, portanto que dentro de um cenário democrático, a atuação eficaz e coercitiva contra essas modalidades criminosas é absolutamente indispensável, sobretudo considerando que os ataques perpetrados contra as instituições estatais têm reflexos em toda a sociedade, sobretudo quando consideramos a missão estatal promoção e garantia do equilíbrio social e regulação das relações humanas.

#### **4 DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A restrição de direitos fundamentais é assunto absolutamente relevante quando consideramos a natureza específica da matéria constitucional, qual seja, verificar até que ponto deve ser limitado o poder do Estado, ou seja, em que medida pode o ente estatal interferir nos direitos fundamentais para preservar interesses e valores sociais.

O Estado moderno, cujo conceito foi forjado depois das grandes revoluções liberais, notadamente a francesa, tem como principal característica o fato de que o exercício da sua autoridade é limitado por um acervo de direitos e garantias cuja titularidade reside no indivíduo.

Nem sempre foi assim, no período medieval o poder em grande parte residia nos senhores feudais, e naqueles países que já haviam conseguido se unificar, estava na figura do soberano.

Com a mudança de foco, os indivíduos passam a contar com uma indicação expressa de valores reconhecidos e que geram uma obrigação imposta ao Estado de atuar dentro de determinados limites, quais sejam, aqueles que conferem o ser humano a mínima condição de se impor às condutas do Estado, sobretudo quando tratar de limitação de direitos primários, como liberdade.

Desde o século XVIII, portanto fica evidente o reconhecimento dessa nova forma de relação entre o Estado e o indivíduo, porém as questões essenciais tornaram-se outras, vejamos.

No pensamento jurídico ocidental contemporâneo algumas questões estão definidas. Primeiramente é incontestado que há um conjunto de direitos intrínsecos a natureza humana. Também se mostra pacificado o entendimento de que, em regra, nenhum desses princípios pode ser visto como absoluto, ou seja, no caso concreto é sempre possível termos conflitos entre determinadas opções principiológicas e políticas feitas pela sociedade e com isso escolhas e opções devem ser feitas.

Questão complexa e que merece maior atenção de nossa parte trata-se de possibilidade de limitações ou restrição a esses direitos, pois resto-nos determinar claramente quais podem ser limitados e principalmente em que caso e sob qual limite, proporção ou referencial.

#### **4.1 Tratamento constitucional da restrição de direitos**

A Constituição brasileira de 1988 não traz nenhuma regra expressa que, dentro de uma situação de normalidade jurídica e política, possibilite a restrição de direitos fundamentais, não dispondo de qualquer indicação de quais seriam as hipóteses onde poderia haver tal limitação.

As únicas indicações expressas de limites ao exercício de direitos prevista na Carta Constitucional vigente no Brasil só é vista quando esta trata dos estados

de defesa e de sítio, especialmente considerando a excepcionalidade do momento, normalmente caracterizado por uma realidade crítica.

No plano internacional poucas constituições trazem expressamente as hipóteses, intensidades e possibilidades de restrições a direitos fundamentais. Oportuno citar o exemplo destacado por VIZZOTTO (2006, p. 135) que nos indica que a Constituição turca traz regra expressa, em seu art. 13, indicando que:

Direitos e liberdades fundamentais podem ser restringidos pela lei, em conformidade com a letra e o espírito da Constituição, objetivando salvaguardar a integridade indivisível do Estado com seu território e nação, soberania nacional, a República, segurança nacional, ordem pública, paz geral, interesse público, moral e saúde pública, e também por razões específicas dispostas nos artigos da Constituição. As restrições de direitos fundamentais e liberdades não podem entrar em conflito com os requerimentos da ordem democrática da sociedade e não deverão ser impostas para nenhum objetivo que não aqueles para os quais foram prescritas. (VIZZOTTO, 2006, p. 135)

Diante da ausência de indicação expressa das situações e hipóteses onde é possível haver a limitação de direitos fundamentais, devemos obrigatoriamente utilizar regras e a lógica de hermenêutica constitucional para resolver a questão, especialmente considerando a necessidade de determinação de critérios mínimos para o enfrentamento dessas situações críticas e diferenciadas.

#### **4.2 Da restrição de direitos**

Tratamos agora de analisar em que termos podem ser feitas limitações de direitos fundamentais. Inicialmente devemos considerar que diversos são os critérios para a realização de tais limitações, e nesse sentido tomaremos aqueles indicados por Alexy e Canotilho. Aquele indica a existência de restrições diretamente constitucionais (explícitas e implícitas) e a restrições indiretamente constitucionais, enquanto que este visualiza limites ou restrições constitucionais imediatos, limites ou restrições estabelecidas por lei e limites imanentes ou limites constitucionais não escritos.

Leciona ALEXY (2002, p. 268) que:

*El concepto de restricción de un derecho sugiere la suposición de que existen dos cosas – el derecho y sus restricciones – entre las cuales se da una relación de tipo especial, es decir, la de la restricción. Si la relación entre derecho y restricción ha de ser definida de esta manera, entonces existe, primero, el derecho en sí, que no está restringido, y segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el derecho restringido.*

Infere-se com isso que a existência de restrições a direitos, essenciais ou não, representam uma realidade compatível com o direito posto. Assim é possível a existência de um sistema jurídico onde coexistem direitos fundamentais e limitações clara a estes.

#### **4.2.1 Restrições diretamente constitucionais**

Tal modelo de restrição de direitos é previsto e criado pela própria Constituição Federal quando esta excepciona algumas situações, indicando que o exercício de direitos estará sujeito a limitações.

Já CANOTILHO (2003, p. 1276) indica que:

*[...] as **restrições constitucionais imediatas** são positivadas pelas próprias normas constitucionais garantidoras de direitos. Exs.: o art. 45º/1 estabelece como limite expresso do direito de reunião o seu caráter pacífico e não armado; o art. 46º impõe limites expressos ao direito de associação (proibição de associações de caráter militar, militarizado ou fascista). (grifo no original)*

Alguns exemplos podemos citar, como lembra VIZZOTO (2006, p. 137):

*[...] os direitos de liberdade de expressão religiosa e ao direito à reunião e livre manifestação de pensamento. Nos próprios dispositivos em que tais direitos estão consagrados, existem certas limitações/restrições ao exercício dos mesmos. Logo, pode o cidadão expressar suas convicções*

religiosas, filosóficas e morais, desde que não as use sob o pretexto de eximir-se de obrigação legal; pode reunir-se pacificamente, mas sem armas; e pode manifestar livremente seu pensamento, desde que não o faça de modo anônimo.

Outros exemplos podem ser considerados quando observamos o regramento constitucional previsto na Carta de 1988 para o tratamento das situações críticas, especialmente quando da utilização do Estado de Sítio e do Estado de Defesa.

Quando por exemplo for decretado o estado de defesa, é autorizado ao Estado pela CF/88 a limitação aos direitos de *reunião*, *ainda que no seio da associação*<sup>1</sup>, bem como aos direitos de *sigilo de correspondência e comunicação telegráfica e telefônica*<sup>2</sup>. Tratando-se de estado de sítio, as restrições podem acontecer de forma mais grave e radical, indicando o art. 139 que:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

- I - obrigação de permanência em localidade determinada;
- II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
- III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
- IV - suspensão da liberdade de reunião;
- V - busca e apreensão em domicílio;
- VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;
- VII - requisição de bens.

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

---

1 Art. 136, I, da Constituição Federal de 1988.

2 Art. 136, I, da Constituição Federal de 1988.

Por fim, vale lembrar um dos exemplos mais simples de restrição de direitos fundamentais previsto na Constituição vigente que é o que trata da proteção ao domicílio, uma vez que a inviolabilidade deste é reconhecida<sup>3</sup>, porém nas hipóteses previstas no próprio texto constitucional é possível haver a entrada e permanência em qualquer domicílio, mesmo sem a autorização expressa de seu dono, proprietário ou responsável desde que haja grave e iminente perigo ou quando da ocorrência de flagrante delito<sup>4</sup>.

Esta modalidade de restrição é a mais evidente e óbvia de todas, pois a própria Carta constitucional indica as regras por ela observadas, bem como as potenciais exceções indicadas.

#### 4.2.2 Restrições indiretamente constitucionais

Outra espécie de restrições pode ser compreendida quando visualizamos determinados dispositivos constitucionais que autorizam expressa que a lei, ou seja, normas infraconstitucionais limitem direitos, abre-se, portanto a essa categoria de normas, e conseqüentemente ao legislador ordinário.

ALEXY (2002, p. 282) é enfático ao definir tais restrições, indicando que *las restricciones indirectamente constitucionales son aquéllas cuya imposición está autorizada por la Constitución*.

Para CANOTILHO (2003, p. 1277) existem **restrições estabelecidas por lei quando os preceitos garantidores de direitos, liberdades e garantias admitirem, de forma expressam, a possibilidade de restrições destes através da lei (reserva da lei restritiva)**.

Com isso passamos a ter necessariamente a obrigação de observar quais seriam as regras previstas na esfera infraconstitucional sobre a matéria.

---

3 Art. 5º XI, da Constituição Federal de 1988.

4 A definição, no entanto, de flagrante delito é dada pela legislação processual penal, mais precisamente pelo art. 302 do Código de Processo Penal.

Podemos citar como exemplo a regra indicada no art. 5º, II da Constituição Federal quando nos indica que tudo aquilo que não está expressamente vedado em lei é autorizado, ou seja, a lei poderá ser qualquer sombra de dúvidas limitar o exercício de direitos fundamentais.

Podemos lembrar que algumas garantias constitucionais também são limitadas por norma infraconstitucional, como exemplo temos o Mandado de Segurança, que tem seu prazo de utilização definido em lei, qual seja, 120 (cento e vinte) dias<sup>5</sup> do ato impugnado.

Analisando o assunto, VIZZOTTO ainda indica quais seriam as espécies de limitações legais aceitas: a reserva de lei restritiva simples e a reserva de lei restritiva qualificada. Aquela pode ser entendida “quando a Constituição não determina ou especifica requisitos para a elaboração da lei”. Já a última deve ser entendida, em um conceito simples, “quando a Constituição fixa requisitos objetivos para a lei restritiva e, dessa forma, limita a discricionariedade do legislador ordinário para estabelecer a restrição ao direito fundamental” (VIZZOTTO, 2006, p. 138).

Como exemplos de reserva de lei restritiva qualificada temos o direito ao sigilo de comunicações, dados fiscais, bancários e telefônicos, uma vez que é a lei que efetivamente determina em que condições podem tais direitos serem limitados e restringidos, em nome de um bem coletivo. No item seguinte do presente trabalho aprofundaremos esse ponto por ter direta utilização nos crimes contra o estado.

#### **4.2.3 Restrições tácitas constitucionais**

Outra espécie de modalidade de restrições que devemos analisar tratam daquelas que são tacitamente decorrentes no texto constitucional.

A realidade nacional é imensamente dinâmica, o que gera necessariamente a possibilidade concreta de conflitos ou choques entre princípios fundamentais, surgindo daí a necessidade de utilizarmos critérios e técnicas para a resolução do conflito.

---

5 Art. 18 da Lei n. 1.533/51

Muitos desses choques ocorrem entre valores inegavelmente privados e aqueles que tem uma visão nitidamente pública, notadamente relacionados a segurança pública ou institucional.

A maioria desses conflitos são resolvidos por atuação direta do judiciário, e tem como principal elemento ou técnica de resolução está na aplicação do princípio da proporcionalidade.

#### **4.2.4 Princípio da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade mostra-se como principal referencial para a efetiva solução entre conflito de direitos fundamentais, sendo grande elemento de ponderação, fazendo com que caso a caso devemos verificar qual valor deve prevalecer, ou seja, em que medida poderemos preservar tais mandamentos em nome do maior valor indicado na situação específica.

Tal princípio surge no direito administrativo e depois migra para o direito constitucional, irradiando daí para todos os ramos do direito, sobretudo aqueles da natureza mais pública, onde os interesses do estado, da sociedade e do indivíduo tornam entram constantemente em choque (BARREIRA, 2000, *on-line*).

Esse princípio pode ser segmentado em três subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro diz respeito de que a utilização do princípio deve ser feita da forma mais adequada, ou seja, determinando a medida ideal para a restrição de direitos.

O segundo subprincípio nos indica que ele “tem como pressuposto que a medida restritiva indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos lesiva.” (BARREIRA, 2000, *on-line*).

O último dos subprincípios é o mais relevante, já que determina que a utilização da técnica deve ser feita exclusivamente diante da ponderação específica, ou seja, analisando caso a caso, qual deve ser o valor que irá prevalecer na situação. Diante de um conflito direto entre bens jurídicos vitais, devemos ponderar qual é o princípio que prevalecerá e em que medida.

Resumindo a aplicação de tal princípio, destaca VIZZOTTO (2006, p. 142) que:

Assim, o primeiro elemento deve demonstrar que a medida que se avalia deve ser adequada para a consecução de um fim constitucionalmente lícito. O segundo, que a medida deve ser necessária, e não existe alternativa menos gravosa. Por derradeiro, avaliam-se os custos e benefícios, ou seja, as vantagens que se obtém com a medida devem ser maiores que as desvantagens que a mesma gera.

E citando um pertinente exemplo, indica VIZZOTTO (2006, p. 142) uma decisão do Tribunal Constitucional colombiano:

O conceito de proporcionalidade serve como ponto de apoio da ponderação entre princípios constitucionais: quando dois princípios entram em colisão, por que a aplicação de um implica a redução do campo de aplicação de outro, corresponde ao juiz constitucional determinar se essa redução é proporcional, à luz da importância do princípio afetado.

A lição de ALEXY é bem resumida por FREIRE (*on-line*) quando comentando o princípio da proporcionalidade indica que:

Alexy, com base nos critérios de estrutura e aplicação, divide as normas em duas categorias: as regras e os princípios. Neste sentido, as regras expressam deveres definitivos e são aplicadas mediante subsunção. Por sua vez, os princípios expressam deveres *prima facie* dos quais o conteúdo definitivo somente é fixado após o sopesamento com princípios colidentes. Destarte, os princípios são normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas.

Portanto, a proporcionalidade, desde a teoria estrutural de Alexy, não pode ser concebida enquanto princípio, vez que não produz efeitos de forma gradua, nem sequer é aplicada mediante regras de prevalência no caso concreto de modo a outorgar-lhe primazia em certas hipóteses fáticas. O próprio Alexy categoriza explicitamente

a proporcionalidade enquanto regra, afastando a possibilidade de enquadrá-la como princípio nos termos de sua proposta de modelo normativo.

Segundo Alexy, a proporcionalidade não pode ter a mesma sorte dos princípios no sentido por ele proposto, uma vez que as máximas parciais da proporcionalidade não são ponderadas em face de algo distinto. Assim, *“no es que unas veces tenga precedencia y otra no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como regias.”* Nesse sentido, cita como posicionamento semelhante o entendimento de Haverkate, segundo o qual as regras aplicam-se por meio de subsunção.

Com isso, percebemos claramente o princípio da proporcionalidade mostra-se com ferramenta hermenêutica fundamental para a correta e precisa ponderação de valores tidos como conflitantes, já que a melhor técnica nos indica que não devemos excluir ou abandonar qualquer dos princípios conflitantes, mas harmonizá-los no caso concreto.

Tal análise no tratamento de direitos fundamentais é essencial quando analisamos que esse conflito pode ter origem na complexa dicotomia público-privado, ou seja, valores ligados a segurança pública e a paz coletiva e a direitos individuais e particulares, sobretudo no cenário onde crimes contra o Estado, notadamente o crime organizado é um dos principais vetores ilícitos contemporâneos.

## **5 DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO COMBATE AOS CRIMES CONTRA O ESTADO**

Conforme visto anteriormente o Estado atualmente passou a figurar como vítima constante de crimes dirigidos a desestabilizar sua autoridade ou mesmo impedir que atue como elemento central de condução da paz e do equilíbrio sociais.

A correta e precisa atuação do Estado nesses casos mostra-se vital, sobretudo quando consideramos que o mesmo figura em dois espaços, qual seja, como vítima e agente julgador simultaneamente.

Obviamente não devemos esquecer a clássica divisão de poderes do Estado. Ensina-nos a Teoria Geral do Estado que o poder do Estado é uno e indivisível, porém suas funções serão repartidas para que a missão estatal seja mais eficaz e precisa.

Com isso, a efetiva proteção do Estado passa a figurar como elemento essencial para efetivar a concreta proteção social ou coletiva, ou seja, um complexo sistema de proteção do Estado passa a ser imaginado para garantir que sua existência se prolongue pelo tempo, e por via de consequência a subsistência da sociedade.

Ao tratar do presente assunto, qual seja, o ente estatal como sujeito passivo de crime e conseqüentemente a necessidade de sua proteção, nos deparamos com inúmeros conflitos de direitos fundamentais diretos ou indiretos, ou seja, reavivando o complexo choque entre os interesses públicos<sup>6</sup> e os privados.

Nas últimas décadas assistimos a um crescimento vigoroso das organizações criminosas de variadas vertentes e matizes, sobretudo dirigidas a prática de crimes em grande escala e conseqüentemente desestabilizar, direta ou indiretamente a autoridade estatal.

Diante dessa nova realidade, já tratada no item 2 do presente artigo, percebemos claramente que o Estado passou a permitir, tolerar e alguns casos estimular a restrição de direitos fundamentais, em especial quando da apuração de fatos tidos como criminosos.

Em primeiro lugar trataremos do crime de terrorismo, que sob determinado ponto de vista mostra-se como o mais grave atentado criminoso a estrutura do Estado, especialmente considerando que esta tem como característica que pequenas e localizadas ações geram enorme clima de insegurança e terror na sociedade, minando qualquer possibilidade de paz e equilíbrio sociais.

---

6 Nesse momento devemos lembrar que pela pertinência temática no presente trabalho, ao falarmos em interesse público, consideramos aqueles ligados a segurança pública e a institucional. Aquela está ligada a segurança da própria sociedade, ou seja, dos indivíduos enquanto grupo social. Já esta está ligada a necessidade de proteção e salvaguarda das instituições públicas, como pilares centrais de atuação do Estado.

A Constituição Federal expressamente traz limitações expressas de direitos fundamentais, dos quais podemos citar, a vedação prevista no texto constitucional de concessão “graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. (BRASIL, 1988)

Inicialmente devemos lembrar que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto um tratamento contundente sobre o terrorismo, apesar de não haver um regramento legal, ou seja, não existe uma tipificação criminal precisa e eficazmente determinada<sup>7</sup>.

Oportuno lembrar a tal indicação constitui significativa inovação constitucional, e nos lembra GUIMARÃES (2007, p. 92) que

[...] verifica-se, dessa forma, que pela primeira vez uma Constituição Federal tratou da matéria de modo específico, ainda que sucintamente, porém empregado expressamente o termo em seu texto e, mais que isso, alocando-se em posição de destaque, inserido que foi, repita-se, nos princípios, direitos e garantias.

No mesmo sentido, encontramos no texto constitucional indicação expressa que limitação de direitos quando da prática de ações diretamente voltada ao ataque do Estado Democrático de Direito, mesmo em ações não caracterizadas tipicamente como atos de terrorismo. Observamos tal regra na indicação expressa do art. 5º, que em seu inciso XLIV indica que *constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*.

---

7 Devemos lembrar que o art. 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83) dispõe que *devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas*, sendo tal dispositivo de constitucionalidade discutível, Vitor Eduardo Rios Gonçalves se posiciona pelo entendimento da constitucionalidade. O STF ainda não se pronunciou em sede de controle concentrado sobre a matéria.

Com isso percebemos que a própria Constituição Federal indica no seu corpo de regras essenciais limitações no exercício de direitos para a proteção estatal. Neste caso específico percebemos que o instituto da fiança criminal é importante direito reservado ao indivíduo, para que este possa restabelecer sua liberdade de forma célere, mesmo que em caráter provisório.

Esta limitação constitucional ainda atinge de forma direta a prescrição penal. Tal instituto pode ser definido como “o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção de punibilidade”. (GRECO, 2007, p. 729)

Assim, a prescrição é antes de tudo um direito do indivíduo para limitar o exercício do poder punitivo do Estado, que neste caso crítico o próprio texto constitucional excepcionou, fazendo com que não haja prazo máximo para a efetivação da punição aos indivíduos que tenham praticado tais crimes.

A Carta Constitucional igualmente prevê um acervo significativo de inviolabilidades e sigilos garantidos aos indivíduos, limitando de forma enfática a atuação do Estado como ente responsável pela persecução criminal.

A regra é que o domicílio é inviolável, ou seja, nele só poderá ingressar ou permanecer aqueles expressamente autorizados pelo seu dono, proprietário ou possuidor. Porém o próprio texto constitucional indica expressamente que em determinadas situações é possível a ingresso nesses locais, independente de autorização prévia. Estão estas situações previstas no art. 5º, que em seu inciso XI são caracterizadas pelos casos “de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

Devemos lembrar que tais limitações ocorrem em qualquer situação criminosa, porém quando tratamos de crimes praticados contra o Estado tal permissão mostra-se ainda mais necessário diante da repercussão coletiva destes.

Quanto ao acesso ao domicílio, bem sabemos que por ordem judicial pode o Estado intervir em qualquer local, porém dentro da realidade do processo penal brasileiro, a ordem deve ser restrita e específica, ou seja, determinando qual o objeto da diligência, em que local será realizada e com que objetivo.

Nos dias atuais, como nos lembra VIZZOTTO, nos deparamos com muitos casos e utilização judicial e policial de mandados de busca e apreensão genéricos, imprecisos e indeterminados, constituindo grave limitação indevida a direitos fundamentais. Assevera o autor (VIZZOTTO, 2006, p. 148-149):

Tem causado polêmica, no Brasil, a prática dos mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos, utilizados normalmente em subúrbios e favelas, os quais permitem que os agentes públicos da Segurança Pública ingressem em áreas delimitadas, por exemplo, um quarteirão inteiro ou até mesmo em uma comunidade inteira, efetuando verdadeira varredura no interior dos imóveis que se encontram enquadrados na citada porção. Além disso, tem-se os casos de escritórios de advocacia que tem tido seu interior devastado, de modo indiscriminado, com base em mandados de busca e apreensão genéricos e amplos em demasia. Aqui, repete-se o ocorrido nos Estados Unidos. Expressões amplas, abertas, que dão margem à interpretação dúbia, causam lesão ao princípio da legalidade, o que ocasiona a mutilação de garantias nucleares, que devem permanecer intactas, ainda que o fator que as motive seja o atendimento ao direito coletivo à Segurança Pública. No Estado Democrático de Direito não há espaço para arbitrariedades. A interpretação aberta é mais afeta e adstrita ao campo dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 é expressa ao prever quais seriam os sigilos expressamente conferidos aos indivíduos, indicando em seu art. 5º que:

[...]

XII- 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.

Assim, temos um exemplo de limitações indiretamente constitucionais, reservando à lei a possibilidade de indicar os casos onde o sigilo de correspondências, comunicações e dados e quebrado para servir de provas em processos criminais. Atendendo a esse dispositivo constitucional, podemos citar a Lei complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe:

[...]

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

I - de terrorismo;

II - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra o sistema financeiro nacional;

VI - contra a Administração Pública;

VII - contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII - lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX - praticado por organização criminosa.

As interceptações telefônicas são disciplinadas pela Lei n. 9.296 de 24 de julho de 1996, e interessante observar que as informações obtidas com as interceptações devem ficar restritas ao processo criminal onde foram produzidas, não podendo sofrer qualquer espécie de divulgação externa, preservando-se assim o sigilo parcial das informações.

O exemplo acima, bem evidencia o uso do princípio da proporcionalidade, já que se limita o sigilo de dados de variadas espécies, porém sempre no que tenha pertinência e relevância com a apuração processual criminal.

A utilização destes instrumentos tem sido recorrente na realidade jurídica brasileira, especialmente no combate a crimes de corrupção e suas variações, onde os interesses e valores do estado são diretamente atingidos e ofendidos.

No Brasil vemos, no entanto que o crime organizado não possui ainda uma estruturação típica de grupos terroristas, apesar de entendimentos em contrário<sup>8</sup>.

---

8 Nesse sentido o entendimento de Leo da Silva Alves (2014, *on-line*) que indica que O crime, compreenda-se, na forma como aparece em nosso país – e a exemplo das associações criminosas que agem no mundo – é uma outra modalidade de terrorismo. Não se trata do simples descontrole da criminalidade, disseminada e sem planejamento. Há, por trás dessas organizações, uma estrutura formatada, com objetivos estratégicos, tal qual em um projeto de revolução armada. No elenco de propósitos, estão a desestabilização do poder de polícia do

Porém, é inegável que a atuação desses grupos gera graves limitações ao poder do Estado, criando zonas de exclusão da atuação estatal.

O aperfeiçoamento do crime organizado no Brasil tem suas origens ligadas ao governo militar instaurado em 1964, que reunia com muita habitualidade criminosos políticos e criminosos comuns no mesmo estabelecimento prisional, fazendo com que aqueles, reconhecidamente mais desenvolvidos intelectual e politicamente, instruísem e orientasse estes no sentido de que a organização para a prática de crimes é essencialmente mais lucrativa e duradoura.

Não se pretende aqui responsabilizar aqueles acusados de crimes políticos pela formação do crime organizado, porém tal relação é indispensável para a compreensão plena do assunto<sup>9</sup>.

Sobre o tema afirma Leo Alves (2004, *on-line*) que nos indica:

Curiosamente o crime encontra maior espaço nas grandes democracias. Como observa Paul Wilkinson <sup>(5)</sup>, nas democracias o Estado está impossibilitado de exercer, por imperativo legal, intromissões na esfera privadas dos cidadãos. É um Estado preso à legalidade, às condutas éticas, às garantias dos indivíduos. Os criminosos, por seu turno, não têm esse compromisso e abusam das suas liberdades para atropelar os direitos, mesmo fundamentais, como o da vida, dos demais cidadãos. Diante a isso, é hora de renovar o questionamento sobre o papel do Estado face a essa realidade. Ou o Estado protege indiscriminadamente a todos e, neste caso, corre o risco de desassistir os honestos; ou limita os direitos dos marginais em nome da segurança da maioria do povo.

Com isso, fica evidente que o Estado Democrático de Direito teve que se cercar de instrumentos mais ágeis, mais eficientes e contundentes para fazer frente

---

Estado e a submissão do povo ao terror do banditismo. Portanto, o enfrentamento tem que ser diferenciado, específico, como as reações que tiveram vários países quando acometidos de ondas crescentes de movimentos terroristas. O Código Penal e o Código de Processo Penal do cidadão comum não podem ser os mesmos dos bandidos armados de fuzis, metralhadores e granadas.

9 Sugerimos para compreensão desta idéia o documentário *Notícias de uma guerra particular*, de Walter Sales e Kátia Lund.

a esta situação, o que muitas vezes levou a necessidade de restrição ou limitação de direitos fundamentais.

Fora aqueles exemplos já citados acima, podemos comentar que constitui outra limitação o chamado flagrante presumido, vejamos. A Constituição Federal de 1988 indica expressamente que a regra é a liberdade, ou seja, as limitações a esta regra devem ser expressamente previstas no próprio texto constitucional<sup>10</sup>, que só admite duas hipóteses, quais sejam, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”<sup>11</sup>.

Com isso, a CF/88 não indicou qual seria o conceito de flagrante, reservando ao Código de Processo Penal, em seu art. 302 o conceito de flagrante<sup>12</sup>. Com isso, é facultativo a qualquer do povo e obrigatório aos agentes policiais e seus agentes que efetivamente realizem a prisão em flagrante.

Esta modalidade de prisão, no entanto segue expressa disciplina legal, que deve ser observada com precisão considerando ser a única das prisões processuais que não depende de ordem judicial prévia. Com isso, não estando em uma das hipóteses previstas na lei adjetiva penal não é possível a utilização da prisão.

Ocorre que, considerando a natureza específica do crime organizado, imaginou-se uma modalidade de prisão em flagrante que estendesse os conceitos limitados previstos no Código de Processo Penal, qual seja, o chamado flagrante postergado ou prorrogado, previsto no art. 8º, da Lei n. 12.850/2013, que autoriza:

---

10 Art. 5º, LXI, Constituição Federal de 1988.

11 O Art. 5º, LXI, CF/88, admite apenas mais duas hipóteses, que por serem mais específicas não analisamos no presente trabalho, são elas, nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei

12 Disciplina o Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Consiste a ação controlada em retardar a intervenção 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.

Com isso, percebemos que a legislação infraconstitucional flexibiliza sobremaneira as regras inicialmente aplicadas aos crimes quando tratamos de crimes contra o Estado, notadamente os praticados por organizações criminosas.

Fica evidente, portanto, com todos esses exemplos a necessidade de entendimento mais preciso das possibilidades de restrição e direitos fundamentais, sobretudo considerando a grave colisão de direitos da qual é derivado.

Convém lembrar, no entanto que o entendimento jurisprudencial atual do Supremo Tribunal Federal ainda não admite toda e qualquer restrição, ficando evidente o apego a direitos fundamentais de primeira grandeza, mesmo no trato de criminosos identificados com organizações criminosas.

Neste sentido podemos citar a decisão tomada pelo STF que autorizou o Sr. Luiz Fernando da Costa, conhecido como *Fernandinho Beira-Mar*, a comparecer pessoalmente a audiência de instrução em processo onde figurava como réu. Vejamos:

**HC 86634 / RJ - RIO DE JANEIRO**

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 18/12/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJ 23-02-2007 PP-00040 EMENT VOL-02265-02 PP-00265

RJSP v. 55, n. 353, 2007, p. 179-186

LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 394-405

Parte(s)

PACTE.(S): **LUIZ FERNANDO DA COSTA**

IMPTE.(S): MARCO AURÉLIO TORRES SANTOS

COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HABEAS CORPUS N. 46.974 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa

**E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - INSTRUÇÃO PROCESSUAL**

- RÉU PRESO - PRETENDIDO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA PENAL - PLEITO RECUSADO - REQUISIÇÃO JUDICIAL NEGADA SOB FUNDAMENTO DA PERICULOSIDADE DO ACUSADO - INADMISSIBILIDADE - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA: UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DA CLÁUSULA DO “DUE PROCESS OF LAW” - CARÁTER GLOBAL E ABRANGENTE DA FUNÇÃO DEFENSIVA: DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA (DIREITO DE AUDIÊNCIA E DIREITO DE PRESENÇA) - PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS/ONU (ARTIGO 14, N. 3, “D”) E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/OEA (ARTIGO 8º, § 2º, “D” E “F”) - DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR, AO RÉU PRESO, O EXERCÍCIO DESSA PRERROGATIVA ESSENCIAL, ESPECIALMENTE A DE COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS, AINDA MAIS QUANDO ARROLADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - RAZÕES DE CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA OU GOVERNAMENTAL NÃO PODEM LEGITIMAR O DESRESPEITO NEM COMPROMETER A EFICÁCIA E A OBSERVÂNCIA DESSA FRANQUIA CONSTITUCIONAL - NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO. - **O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm - nem podem ter - precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição.** Doutrina. Jurisprudência. - O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do “due process of law” e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU (Artigo 14, n. 3, “d”) e Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, “d” e “f”). - Essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam

qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu processado por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. Precedentes.

Decisão

A Turma, preliminarmente, por votação unânime, afastou a incidência da Súmula 691 e, também por unanimidade, deferiu, “ex officio”, o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. 2a. Turma, 18.12.2006. (grifos nossos)

Com isso, percebemos que a restrição de direitos fundamentais é admitida no nosso ordenamento jurídico, porém sem com limites definidos e estabelecidos pela própria Carta Constitucional.

## 6 CONCLUSÃO

No presente trabalho analisamos como é possível limitar direitos fundamentais em sentido geral, mas sobretudo quando analisamos a matéria criminal, notadamente quando o próprio Estado é a vítima maior do crime, comprometendo toda a ordem democrática e a paz social.

De início podemos concluir que a limitação de direitos já possui entendimento aceito no prisma jurídico, residindo nas hipóteses de utilização e na sua abrangência o ponto central de análise.

A Carta constitucional expressamente autoriza a realização e limitações a direitos fundamentais, fazendo-o em seu próprio texto e forma expressa ou reservando a norma infraconstitucional tal atribuição.

Independente da origem normativa da restrição percebemos que o princípio da proporcionalidade se mostra com principal elemento de ponderação no choque de valores, princípios ou direitos, sobretudo quando visualizamos o conflito entre interesses públicos e privados.

Nesse sentido, ganha ainda mais relevância o assunto quando analisamos a necessidade de proteção do próprio Estado, já que atualmente cada dia é mais comum o ataque ao ente estatal, na tentativa de desestabilizar a sociedade ou somente facilitar a obtenção do resultado criminoso pretendido, com o enfraquecimento do poder estatal.

Por fim, concluímos que a necessidade de tratamento mais restritivo na preservação do Estado é fundamental, especialmente para a preservação das instituições democráticas, porém, a observância das disposições constitucionais é indispensável para a efetivação do direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ALVES, Leo da Silva. *Restrição de direitos no enfrentamento ao terror*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev.2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4854>> Acesso em: 15 nov. 2007

BARREIRA, Ingrid. *Princípio da Proporcionalidade*. **Revista PGM - Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**, [S.l.], v. 8, p. 259-274, nov. 2000. ISSN 2595-0789. Disponível em: <<http://revista.pgm.fortaleza.ce.gov.br/index.php/revista1/article/view/128>>. Acesso em 21 nov. 2007.

BRASIL. **Lei n. 12.850**, de 02 de agosto de 2013. 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **Colisão de direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade**. Disponível: [http://www.tj.ma.gov.br/site/conteudo/upload/9287/20070305\\_esmam.doc](http://www.tj.ma.gov.br/site/conteudo/upload/9287/20070305_esmam.doc) Acesso em 15 nov. 2007.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Tratamento penal do terrorismo**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. *Associações mafiosas*. **Revista CEJ**, V. 1, n. 2 maio/ago. 1997. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/102/145>>. Acesso em 01 dez. 2007

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema constitucional das crises**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004

VIZZOTTO, Vinicius Diniz. *Restrição de direitos fundamentais e segurança pública: uma análise penal constitucional*. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 57, out-dez, 2006.

VIZZOTTO, Vinicius Diniz. *A restrição de direitos fundamentais e o 11 de Setembro. Breve análise de dispositivos polêmicos do Patriot Act*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 521, 10 dez.2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6037>>. Acesso em: 07 nov.2007.

**SUBMETIDO:** 01/11/2018

**APROVADO:** 20/11/2018