

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: a restrição de direitos como tutela penal e o devido processo legal

Edimar Carmo da Silva

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Especialista em Sistema de Justiça Criminal (UFSC), Mestrando em Ciências Criminais (PUCRS).

SUMÁRIO: Introdução. 1 Direitos fundamentais: noções. 2 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais. 3 Restrições constitucionais de direitos fundamentais. 4 O devido processo legal na restrição de direitos. 4.1 A inobservância do devido processo legal material na restrição de direitos. 4.2 A inobservância do devido processo legal processual na restrição de direitos. Considerações finais. Referências.

Introdução

A dogmática constitucional tem dispensado maior atenção acerca do tema eficácia e necessidade de tutela aos direitos fundamentais. A partir dessa leitura, pretende-se, brevemente, verificar o alcance da dimensão objetiva desses direitos e a relação conflituosa na hipótese de restrição e a observância do devido processo legal.

Desde a superação do Estado de Direito clássico a doutrina constitucional tem traçado contornos de legitimação e maior eficácia aos direitos fundamentais, seja enquanto direitos individuais, sociais, coletivos e difusos. No que interessa ao escrito, destaca-se a mudança de foco do mero direito de defesa para uma exigência de postura positiva do Estado como incremento do dever de tutela aos direitos fundamentais.

Nesse sentido vinga a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Consubstancia-se no (re)direcionamento das ações estatais para incremento dos deveres de tutela dos direitos fundamentais, exigindo eficientes ações positivas

dos poderes públicos de modo a resguardar os direitos fundamentais no plano vertical (contra atos dos poderes públicos) e no plano horizontal (contra atos de particulares). A tanto, o poder público estará legitimado, inclusive, a regulamentar.

Nesse sentido vinga a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Consubstancia-se no (re)direcionamento das ações estatais para incremento dos deveres de tutela dos direitos fundamentais, exigindo eficientes ações positivas dos poderes públicos de modo a resguardar os direitos fundamentais no plano vertical (contra atos dos poderes públicos) e no plano horizontal (contra atos de particulares). A tanto, o poder público estará legitimado, inclusive, a regulamentar os mandamentos constitucionais expressos ou implícitos de penalização como incremento de proteção aos direitos fundamentais e, nessa medida, incriminando abstratamente possíveis ofensas concretas aos bens jurídicos a eles correlatos.

Como se tentará deixar claro, a intervenção do direito penal, como dos demais instrumentos de tutela dos direitos fundamentais, pode culminar na restrição de certos direitos fundamentais, cuja legitimidade estará satisfeita somente quando atendidos os ditames do devido processo legal.

1 Direitos Fundamentais: noções

O presente ensaio toma por distinta a compreensão entre os direitos do homem (ou direitos humanos) e os direitos fundamentais. Porquanto essa distinção possa aparentar de somenos importância, na verdade não o é. Assim se compreende ante a necessidade de estabelecer parâmetros de vigência e eficácia do direito, vinculando-o ao mundo jurídico no qual inserido e nas relações com outros direitos da mesma dignidade. Autorizada literatura pontua que os direitos do homem são aqueles que guardam relação com os documentos pertinentes ao direito internacional, enquanto que os direitos fundamentais são os “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo”¹.

Apesar da referência a “direito constitucional positivo”, não se está a sustentar que os direitos fundamentais sejam tão-somente aqueles expressamente

contemplados no rol dos direitos e garantias individuais de algum texto constitucional. No modelo brasileiro, exemplificando, não se esgotam no artigo 5º da atual Constituição Federal, senão também possam estar positivados em outras partes do texto constitucional ou em tratados internacionais que contemplem direitos dessa natureza².

Para avanço do tema, afigura-se oportuna a tentativa de colocar em destaque algumas notas introdutórias de caráter geral considerada a universalidade do tema e a efetiva mudança percebida no mundo ocidental a partir do Século XVIII.

Sem pretensão de alcançar um marco preciso acerca da origem dos direitos fundamentais, consoante autorizada literatura as progressivas recepções de direitos, liberdades e deveres individuais podem ser consideradas como seus antecedentes, as quais culminaram nas primeiras declarações surgidas no final do século XVIII. São essas as bases dos atuais direitos fundamentais. Muitos desses direitos, mesmo de bases naturais, como o direito de igualdade perante Deus (preconizado pelos cristãos), às cartas de franquia e os forais dos reis portugueses e espanhóis a alguns direitos contemplados na “Magna Charta” inglesa de 1215, servem de informadores dos direitos fundamentais, cujo aprofundamento se remete às lições de Sarlet³.

Nessa direção, merece registro que os direitos fundamentais são, de fato, produto do Estado de Direito. Somente com dificuldades é possível sustentar a origem desses direitos fora da modernidade, obra marcante da racionalidade humana do final do século XVIII e da origem das Constituições.

A partir dessa idéia, destaca-se, em um primeiro momento, a Declaração da Virgínia - “The Virginia Declaration of Rights” de 1776 - que objetivou a independência do governo inglês. Segundo a lente de Grimm, esse solene documento elaborado ao “bom povo” da Virgínia elencava diversos direitos, destacando-se, dentre outros, a conclamação dos direitos de igualdade e de liberdade como direitos naturais daquele povo. De outro, emerge a Revolução Francesa, em 1789, visando à derrubada do governo monárquico - caracterizado

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 6. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35-36.

² SARLET, op. cit., p. 92-96.

³ SARLET, op. cit., p. 43-53.

pelo feudalismo e pelo paternalismo -, “substituindo-o por uma nova ordem legal baseada nos princípios da liberdade individual e igualdade”⁴, apregoando um rol de direitos com relativo caráter de universalidade, referindo aos direitos do homem e do cidadão.

Para Sarlet, ainda seja difícil apontar a “paternidade” dos direitos fundamentais ou a “aspiração universal e abstrata da Declaração francesa dos direitos nela reconhecidos”, em paralelo ao “maior pragmatismo das Declarações americanas”, é consenso que o “sentido revolucionário da Declaração de 1789 radica na fundamentação de uma nova Constituição, no processo constitucional norte-americano este sentido revolucionário das declarações de direitos radica na independência”⁵. Essa é a confirmação da Declaração da Virgínia como marco dos direitos fundamentais, eis que voltada para o plano interno e sem a nota da generalidade da Declaração de Direitos francesa, fonte de inspiração da Declaração dos Direitos do Homem, de 1948.

2 A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais

Antes de iniciar a investigação acerca da dimensão objetiva, cumpre assentar um rápido apontamento acerca do que a doutrina convencionou de dimensão subjetiva do direito fundamental, vez que antecedente daquela e que será mais vagarmente explorada.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais decorre da primeira vertente dos direitos invocados na modernidade, por meio da qual se conclamava a abstenção do Estado em intervir no exercício da liberdade e da igualdade públicas conferido ao indivíduo: “direito de defesa”⁶. Vale frisar, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais decorrentes, em especial, do modelo de Estado liberal, cumpre uma exclusiva função: de proibir ingerências do Estado na esfera jurídica individual,

exigindo “omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos”⁷. No dizer de Zagrebelsky,

La creación de los derechos determinaba el límite entre el poder del Estado y la libertad de los particulares y, según los principios del Estado de derecho, como se ha visto, esta determinación era tarea de la ley. Los distintos derechos se reducían así, ‘a una aplicación caso por caso de aquel general principio formal según el cual los órganos de la administración, de acuerdo con la idea de Estado de derecho, sólo podían intervenir en la libertad y en la propiedad de los particulares sobre la base y dentro de los límites establecidos por la ley’⁸.

Registrando que o tratamento das dimensões ou efeitos dos direitos fundamentais não é tão simples quando parece, convém esclarecer que a referência a direito subjetivo, conforme acima referido e tentado deixar claro (*em simetria ao status negativo*, segundo a teoria dos *status* de Jellinek)⁹, não se confunde com direito a prestação (que se aproxima do *status positivo*, do referido autor), vez que esse último está exatamente em posição contrária ao direito subjetivo clássico. O direito a prestação busca uma ação positiva do Estado de modo a implementar algo em prol do cidadão.

Feita essa rápida referência à dimensão negativa do Estado, no que mais interessa ao presente escrito é exatamente a dimensão oposta à exigência de abstenção do Estado frente ao indivíduo.

Produz eco, na atual dogmática constitucional, a dimensão objetiva (ou positiva) dos direitos fundamentais. Essa dimensão não se contenta com a exigência de respeito a esses direitos. Para além, exige do Estado a necessária proteção da ameaça dos atos estatais (verticalidade), como ainda de possível ameaça de lesão proveniente de terceiros, em especial de (e entre) atos de particulares¹⁰ (horizontalidade).

⁴ RIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 149-152.

⁵ SARLET, loc. cit., p. 51-53.

⁶ DIMOULIS, Dimitri. Elementos e Problemas da Dogmática dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Jurisdição e Direitos Fundamentais. Anuário 2004/2005 – vol. 1, tomo II – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 74.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 408.

⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Trad. Marina Gascón, 5. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 48.

⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed., alemã “Theorie der Grundrechte”. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 254-269.

¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 249.

Desse modo, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais acentua o dever de proteção aos mencionados direitos, o que autorizada literatura nomina de “imperativo de tutela”¹¹. Daí advém a máxima da proporcionalidade a sopesar o grau do dever de tutela estatal suficiente para cada direito fundamental.

Essa é a prevalência e a melhor representação da eficácia dos direitos fundamentais que, agora, possui, dentre os vários instrumentos estatais, a intervenção penal como medida de proteção de bens jurídicos, dispondo de mandamentos constitucionais expressos ou implícitos de penalização para as hipóteses de ofensa a bens jurídicos correlatos aos direitos fundamentais.¹²

Na verdade, como apontado por Sarlet, para além da intervenção penal como medida de incremento da tutela de bens objetos dos direitos fundamentais, no plano da dogmática constitucional ganha força o que a doutrina alemã denomina de eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, afinados com o princípio da dignidade da pessoa humana, “fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional”, ou propriamente dito para a “necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais”, tal como o critério da interpretação conforme a Constituição, fazendo ruir a clássica concepção dicotômica entre o público e o privado, reafirmando a unidade do sistema jurídico.¹³

No ponto que mais interessa aos efeitos dessa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, especialmente na intervenção penal como instrumento de tutela de bens jurídicos, destaca a nova roupagem assumida pela Constituição como limite (formal e material) do direito penal e da política criminal. Para tanto, ao Estado é atribuído o dever de zelo geral de efetivação da tutela e da ampla proteção de bens jurídicos não somente em decorrência de atos estatais, sobretudo das agressões

provenientes de particulares. Não por outra razão Sarlet, com segurança, considera que “um dos importantes meios pelos quais o poder público realiza o seu dever de proteção em relação a direitos fundamentais é justamente o da proteção jurídico-penal dos mesmos”¹⁴.

Mostra-se oportuno, nesse momento, ressaltar um ponto que, para além de meramente conceitual, certamente evitará má compreensão do que se busca sustentar acerca da relação entre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a legítima intervenção do direito penal como instrumento de tutela desses direitos.

Quando se admite a intervenção do direito penal como incremento de tutela aos direitos fundamentais não se está a sustentar que essa intervenção se legitima a partir da “violação” de um direito fundamental. Na verdade, como bem tratado na moderna dogmática jurídico-penal, a intervenção do direito penal não se concretiza na violação do direito¹⁵ enquanto posição jurídica abstrata, mas pela ofensa ao bem jurídico (vida, saúde, integridade física, patrimônio público ou privado, meio ambiente etc.) tutelado pela norma fundante do direito. Nesse sentido foi o estudo de Birnbaum, em 1834, quando, por certo, além de contestar a abstração teórica que concebia o crime como violação de direitos subjetivos, propugnou que “os comportamentos delitivos não afetavam direitos senão bens; o objeto jurídico da tutela jurídico-penal corresponderia, portanto, à ofensa de um bem e não à violação do direito subjetivo de outrem”¹⁶.

Ocorrendo, pois, algum fato ofensivo a bem jurídico-penal, ter-se-á legitimada a intervenção penal para, observado o devido processo legal, possibilitar a restrição de direitos fundamentais com aplicação da pena privativa de liberdade ou da pena restritiva de direitos previstas em lei.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 207-244.

¹² FELDENS, Luciano. A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 223 p.

¹³ SARLET, 2008, loc. cit., p. 214-216.

¹⁴ SARLET, 2008, loc. cit., p. 220.

¹⁵ D’ÁVILA, Fábio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. In: D’ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Coord.). Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 76.

¹⁶ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 49.

3 Restrições Constitucionais de Direitos Fundamentais

A Assembléia Nacional francesa, na “Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789”, além de retratar uma manifestação de rompimento com um regime totalitário, tornou explícita a possibilidade de restrição de certos direitos então concebidos como fundamentais, tais como a liberdade e a propriedade. Mencione-se o disposto no artigo 4 da mencionada Declaração:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o outro: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão naqueles que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites não podem ser determinados senão por lei.¹⁷

Faz-se o registro dessa importante opção para enfatizar que, mesmo com a nota fundamental, nenhum direito foi concebido como absoluto ou ilimitado, mas sim passível de restrição.

Falar de restrição de direito fundamental equivale a compreender o alcance ou propriamente o limite do âmbito de proteção do direito que se tem em conta¹⁸. Essa noção de limite traz em si a compreensão de que restrição não se confunde com violação, eliminação ou aniquilamento de algum dos direitos em colisão.

Apenas para registro, dada a limitação do presente escrito, a dogmática constitucional informa duas teorias que versam sobre a restrição de direitos fundamentais. Elas vingam a partir da concepção estanque, ou da relação, entre o direito e a sua restrição. Concebendo como situações distintas - direito e restrição -, ter-se-á como admitir, num primeiro momento, a existência do direito não restringido; em segundo momento, após ocorrência de alguma restrição, o direito restringido. Essa é a teoria externa que, segundo Alexy, dela decorre a negação de uma relação necessária entre o direito e a restrição, podendo essa última hipótese

ocorrer quando uma situação externa reclamar a conciliação entre dois ou mais direitos. De outro modo, ainda segundo Alexy, é possível ter “o direito com um conteúdo determinado” e não as duas situações - direito e sua restrição -, vale dizer, “o conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite”. Está a falar da teoria interna, pela qual quando se fala da restrição de direito, na verdade, está-se a falar dos limites do direito.¹⁹

Conforme sinalizado, a colisão entre dois direitos fundamentais não implica o aniquilamento de algum deles. Daí, adequado admitir que o direito fundamental possua um conteúdo essencial intangível. A natureza dos princípios não os submete ao jogo do vale tudo - próprio das regras - e não se coaduna com o caráter absoluto de um sobre o outro. Nesse campo a doutrina trata do valor de proteção de cada princípio por duas teorias: a teoria absoluta e a teoria relativa. Para a primeira (absoluta), o princípio “possui no núcleo essencial um conteúdo normativo irrestringível”; a segunda (relativa), vê no núcleo essencial o resultado do “processo de ponderação de bens”²⁰.

Pondere-se, contudo, que essas teorias não são únicas ou dotadas de caráter universal no trato do conteúdo dos direitos fundamentais, eis que contraditadas pela existência da pena de morte em Estados de Direito. Não por outro motivo Bernal Pulido formulou, dentre outras, a seguinte indagação: “Quais medidas de proteção penal são suficientes para proteger o núcleo do direito à vida?”. A partir daí expõe a lição de Lübbe Wolff, nominada de “conteúdo prefigurado dos direitos fundamentais”, segundo a qual os direitos fundamentais têm um só conteúdo prefigurado pela Constituição, o qual o legislador não pode restringir. Bernal Pulido reconhece, porém, a insuficiência da proposta de Lübbe Wolff por rejeitar os direitos fundamentais como princípios.²¹

¹⁷ Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, tradução nossa. “Article 4 – La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit à autrui: ainsi, l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi”. Disponível em: <<http://www.textes.justice.gouv.fr>>. Acesso em: 08 set. 2008.

¹⁸ CANOTILHO, loc. cit., p. 410.

¹⁹ ALEXY, loc. cit., p. 277-278.

²⁰ CANOTILHO, loc. cit., p. 459; ALEXY, loc. cit., p. 297-298.

²¹ BERNAL PULIDO, Carlos. O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 818-820.

De toda sorte, de teoria a teoria prevalece a compreensão do núcleo essencial de cada princípio, na hipótese de colisão, como intangível. Nesse sentido é a posição de Vieira de Andrade que tem no núcleo essencial do direito fundamental a expressão da dignidade da pessoa humana,²² embora não acolhida por parte da doutrina.²³

Prosseguindo, afigura-se possível conceber algumas modalidades de restrições de direitos fundamentais levando em consideração a sede autorizativa da restrição. Assim, ter-se-á a restrição de algum direito fundamental pelo próprio texto constitucional ou em virtude da própria Constituição. Nesse sentido, há (1) restrições diretamente constitucionais quando autorizadas por normas de hierarquia constitucional; (2) restrições indiretamente constitucionais quando por normas infraconstitucionais, mas autorizadas por normas constitucionais;²⁴ (3) ou restrições não referidas expressamente na Constituição.²⁵

Em simetria ao direito alemão (artigo 8, 1, da Lei Fundamental da RFA) indicado por Alexy,²⁶ há no modelo brasileiro, como exemplo de restrição diretamente constitucional, o direito de reunião (sem armas e sem frustrar outra reunião antes convocada para o mesmo local) previsto no inciso XVI do artigo 5. da atual Constituição Federal brasileira, eis que nesse caso a própria constituição estabelece o limite de intervenção no direito fundamental de reunião.

De outro ponto, as restrições indiretamente constitucionais ficam reservadas ao legislador (representante do povo) a possibilidade de, nos termos de lei específica, estabelecer os limites da intervenção no direito fundamental. Percebe-se que entre essas modalidades de restrição de direito fundamental há clara distinção. Na verdade, no plano constitucional dar-se-á a restrição constitucional de direito fundamental apenas na hipótese feita diretamente pela própria constituição, vez que na via indireta o que ocorre é a fixação de uma norma de competência

²² ANDRADE, loc. cit., p. 268-269.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 124.

²⁴ ALEXY, loc. cit., p. 286.

²⁵ CANOTILHO, loc. cit., p. 1276-1277.

²⁶ ALEXY, loc. cit., p. 286-287.

autorizativa da restrição, não a restrição propriamente dita. No dizer de Alexy, a norma de competência apenas serve de fundamento para a possibilidade jurídica da restrição nela referida.²⁷

A hipótese de restrição diretamente constitucional não deixa maiores questionamentos, vez que o âmbito de proteção ou o alcance da restrição é expressamente definido pela constituição, servindo de exemplo o já citado direito de reunião.

Ressaltando que nem toda reserva de lei significa a restrição do direito a que se refira, na restrição indireta o alcance da restrição fica vinculado à edição da respectiva lei restritiva. Como autorização constitucional, tome-se o exemplo a edição de lei que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal brasileira, quando prescreve a possibilidade de interceptação de comunicações telefônicas para fins de investigação ou instrução processual penal (Lei n. 9.296/96). Nessa modalidade a doutrina faz distinção entre reserva simples e qualificada. Na primeira hipótese - reserva simples - a competência para estabelecer a restrição é tão-somente assegurada pela Constituição, sem mais exigências, como ocorre na possibilidade da identificação criminal do civil identificado previsto no inciso LVIII do art. 5º da Constituição Federal brasileira. Na reserva qualificada o texto constitucional já impõe limitação ao conteúdo da restrição autorizada, como na hipótese da interceptação telefônica, acima referida, somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Como esclarecido por Vieira de Andrade, na reserva qualificada “o legislador só está autorizado a restringir o conteúdo dos direitos para essas *finalidades*”²⁸ expressas no texto constitucional.

No que respeita à restrição não expressamente autorizada no texto constitucional, afigura-se tal possibilidade na situação concreta que resulte na colisão entre direitos e princípios também com dignidade constitucional, assim considerado em face do princípio da unidade. Nesse caso, embora de escasso exemplo na doutrina, Canotilho registra a hipótese de a Constituição não estabelecer limites ao direito de greve, mas que o legislador salvasse outros direitos ou bens também constitucionalmente

²⁷ ALEXY, loc. cit., p. 282.

²⁸ ANDRADE, loc. cit., p. 303.

garantidos, prevendo exigência mínima de serviços em hospitais e nos serviços de segurança²⁹. No modelo brasileiro serve de exemplo o conflito - concreto - entre o direito de liberdade de expressão com o direito à privacidade (incisos IX e X, ambos do art. 5. da atual Constituição Federal), daí podendo resultar na restrição de algum deles pelo Poder Judiciário. Registre-se, porém, que essa opção não fica imune a críticas por duas razões principais. A primeira, quando indaga acerca de uma possível “quebra da sistemática constitucional que decidiu (com ou sem razão) diferenciar entre direitos fundamentais com reserva e outros sem reserva legal”; a segunda no sentido de todos estarem submetidos ao regime legal cujo limite foi, inclusive, negado ao legislador. Dessas duas situações decorre um questionamento: a restrição por ato de lei possui a vantagem da “democraticidade”³⁰ do ato e da possibilidade de avaliação da constitucionalidade pelo Poder Judiciário; a restrição por ato/decisão do Poder Judiciário pode “cristalizar” um único entendimento em jurisprudência.

Apesar da referência à lei restritiva de direitos fundamentais, merece observar, na linha de Canotilho, que, na verdade, não é o ato legislativo que atinge o âmbito de proteção do direito, mas sim um ato judicial. Com propriedade, referido autor esclarece que a “lei restritiva” possibilita a “intervenção restritiva” por meio de ato jurídico que se concretiza sobre algum direito fundamental, como ocorre na hipótese da decisão judicial que decreta a prisão preventiva ou aplique pena e daí restringe a liberdade de alguém.³¹

4 O Devido Processo Legal na Restrição de Direitos Fundamentais

Do até aqui exposto, ressalta a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como dever de tutela dos direitos fundamentais, destacando-se, nos limites do presente escrito, a intervenção jurídico-penal como incremento de tutela dos mencionados direitos. Evidência desse incremento de tutela decorre dos mandamentos constitucionais expressos ou implícitos de penalização, cujo aprofundamento se remete ao profícuo trabalho de Feldens.³² Exatamente nesta

sede ganha significativa expressão o princípio da proporcionalidade na proibição de excesso e na proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais.³³

Também já visto que a intervenção penal ocorrerá quando verificada a ofensa de algum bem jurídico-penal amparado por algum dos mencionados mandamentos de penalização, seja por ato estatal ou por ato de particular. Referida penalização, no caso concreto, somente será legítima quando observado o devido processo legal em suas variadas dimensões.

A cláusula do devido processo está difundida em vários modelos do Estado de Direito Constitucional. No inciso LIV, artigo 5º, da atual Constituição Federal brasileira, impõe-se como um verdadeiro princípio a orientar que ninguém pode ser privado da liberdade e de seus bens sem que se obedeça às normas formalmente estabelecidas pelo poder competente.

Prescindindo de elaborar razões históricas acerca das origens do devido processo legal, mas dada a importância, pode-se consignar que está contemplada no documento maior acerca dos direitos do homem: precisamente na Declaração Universal de 1948, da Organização das Nações Unidas. Consta, respectivamente nos artigos 8 e 10 da referida Declaração Universal, que “Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei;” e que “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela”.

Decorre, pois, do devido processo legal na seara penal e processual penal, a observância da legalidade estrita na incriminação, do exercício do contraditório, do direito de defesa, do juiz natural da causa, da vedação de tribunal de exceção, vedação da dupla incriminação, inadmissibilidade de prova ilícita, exigência de publicidade etc. Nessa direção, situam-se como efeitos jurídicos do devido processo

²⁹ CANOTILHO, loc. cit., p. 1277.

³⁰ DIMOULIS, loc. cit., p. 89-90.

³¹ CANOTILHO, loc. cit., p. 1265.

FELDENS, loc. cit., 223 p.

³² FELDENS, loc. cit., 223 p.

³³ FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 73-98.

legal as dimensões processual e material. A primeira prima pela observância das leis estabelecidas pelo poder competente; a segunda, pela proteção substantiva dos direitos fundamentais de modo suficiente a afastar os atos carregados de excesso, as ações arbitrárias e irrazoáveis.

Sempre que algum ato restritivo (intervenção restritiva) ou alguma norma restritiva (lei restritiva) de direito fundamental estiverem contaminados pela insuficiência de atenção ao devido processo legal, em qualquer uma dessas situações fatalmente deixará aberta a guarda para o manejo do instrumento jurídico adequado e suficiente a corrigir o ato maculado e/ou a lei autorizadora, seja ao fundamento da ilicitude, seja invocando a eiva máxima da inconstitucionalidade.

A proposta do presente ensaio não é de esgotar os diversos aspectos pertinentes ao devido processo legal, mas tão-somente elaborar um caminho razoavelmente seguro para compreender a necessidade de observância das suas dimensões formal e material, pertinentes na restrição de algum direito fundamental. Para tanto, e a título demonstrativo, seguirão alguns julgados que poderão, por si, ilustrar e externar a dimensão dos efeitos irradiados pela desatenção ao devido processo legal.

É certo que a restrição de algum direito fundamental, em maior ou menor proporção, atendidas as normas de competência fixadas constitucionalmente, não se esgota na seara penal. É corrente em diversas situações e em cada esfera do Direito (Cível ou Penal). Nesse sentido é o que parece demonstrar o alcance do devido processo legal contemplado na atual Constituição Federal brasileira (art. 5, inciso LIV), deixando em evidência que a privação da liberdade e de bens não fica circunscrita apenas na esfera penal - mencione-se a hipótese de prisão por dívida alimentícia, ínsita da esfera cível -, apesar de na esfera penal ter nítida preponderância.

No modelo constitucional brasileiro algumas possibilidades expressas e implícitas de restrições a direitos fundamentais estão elencadas em alguns incisos do artigo 5 da atual Constituição Federal, ressaltando que lá não se esgotam.

O mandamento constitucional de observância obrigatória do devido processo

legal constitui cláusula limitadora do poder dirigida não somente ao legislador ordinário, mas também aos atores do direito. O grau da inobservância de qualquer uma das dimensões (formal ou material) do devido processo produz, como se verá adiante, efeitos diversos, desde o aniquilamento do ato maculado à negativa total do procedimento.

4.1 A Inobservância do Devido Processo Legal Material na Restrição de Direitos

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7 DF o Supremo Tribunal Federal³⁴ colocou em destaque a anterioridade tributária como garantia individual do contribuinte, além, dentre outros fundamentos, da imunidade tributária recíproca como garantia da Federação. Nessa ação direta foram atacadas a Emenda Constitucional n. 3/93 e a Lei Complementar n. 77/93, pelas quais se procurou legitimar a cobrança de tributo no mesmo ano da instituição, além de não ressaltar a incidência tributária sobre pessoas jurídicas imunes, sobre as quais incorria a cláusula da imunidade tributária recíproca. Nesse julgado o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de expressar que os mencionados atos normativos atingiam cláusulas pétreas - incisos I e IV, § 4º, do artigo 60 da Constituição Federal -, reconhecendo a anterioridade tributária - prevista na alínea *b* do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal - como “garantia individual do contribuinte”, além da imunidade tributária recíproca como cláusula assecuratória da forma federativa do Estado. Nesse julgamento o Supremo Tribunal Federal destacou a impossibilidade, seja pelo poder derivado, seja pelo legislador ordinário, impor “sacrifício desarrazoado” às garantias constitucionais mencionadas, ficando implícita a ofensa material ao devido processo legal.

Em outro julgado, sob o fundamento de flagrante violação do devido processo legal o Supremo Tribunal Federal,³⁵ no Recurso Extraordinário n. 413.327-BA, deu

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n. 939-7 DF. IPMF. Relator Min. Sydney Sanches. Julgamento: 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 nov. 2008.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE n. 413.327-BA. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listaJurisprudencia.asp>>. Acesso em 23 nov. 2008.

provimento ao recurso reconhecendo que “não foram observadas as formalidades necessárias para a garantia do sigilo da votação referente à cassação do mandato do recorrente”.

O fato dizia respeito ter o recorrente, vereador e único opositor político do então prefeito, usado veículo de som divulgando texto segundo o qual o prefeito sustentou em palanque que o recorrente o procurou para se “vender por três mil reais (R\$ 3.000,00)”. Daí o recorrente foi denunciado perante a Câmara de Vereadores local por falta de decoro parlamentar. Na primeira sessão de votação o recorrente foi absolvido. Contudo, esse julgamento foi anulado sob a invocação de rasura em uma das cédulas de votação, rasura essa que, segundo o recorrente, não ficou provada. Procedeu-se, assim, a uma segunda votação. Nessa última votação houve distribuição de duas cédulas a cada vereador, uma contendo o dizer “SIM”, outra o dizer “NÃO”. Porém, houve apenas uma urna receptora dos votos, sem outra que recolhesse as cédulas não utilizadas, de modo a garantir o sigilo da votação, como ocorre no Tribunal do Júri. Mais. Esse método teria sido imposto pelo prefeito para assegurar a cassação do recorrente. Nesse julgado o Supremo Tribunal Federal reformou o acórdão atacado para decretar a anulação do julgamento da Câmara de Vereadores, reconduzindo o recorrente ao cargo de vereador.

Em outra oportunidade, no julgamento da Extradicação n. 633-9 CH, o Supremo Tribunal Federal³⁶ indeferiu a extradicação, requerida pela República Popular da China, de acusado da prática de estelionato. O indeferimento teve como fundamento não apenas pela desproporcional previsão da pena de morte ao delito, mas também pela imprecisão da tipificação penal, eis que considerada vaga e até indefinida, o que subverteria os princípios legalidade e da dupla incriminação. Ficou assentado, ainda, que o fato da pessoa estar na condição jurídica de extraditado não a torna incompatível com a essência da dignidade da pessoa como titular de direitos fundamentais, dentre os quais avulta o devido processo legal.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ext. 633/CH. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 28 de agosto de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listaJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 nov. 2008.

Por fim, significativo o julgamento do Superior Tribunal de Justiça,³⁷ no HC n. 76.686-PR, por meio do qual foi reconhecida a falta de razoabilidade na prorrogação, durante quase dois anos, de escutas telefônicas para subsidiar investigação criminal. Assim, deixou assente que a autorização de primeiro grau mostrou-se fora do razoável ao superar, inclusive, o limite estabelecido constitucionalmente para o estado de defesa.

4.2 Inobservância do Devido Processo Legal Processual na Restrição de Direitos

Para além dos atos abusivos e desarrazoados, tem-se por inadmissível o efeito de algum ato procedimental cuja prática não observou a formalidade prevista em lei como garantia individual e como consectário do devido processo.

No julgamento do HC n. 80.949-RJ o Supremo Tribunal Federal, analisou pretensa “confissão” obtida por meio de gravação em fita cassete de “conversa informal” de suspeito, em sede policial, desatendida a formalidade de reduzir a termo o mencionado ato, de assegurar direito ao silêncio, de assistência e comunicação a familiar ou advogado³⁸. Nesse caso o Supremo Tribunal Federal considerou a peculiaridade de o paciente ter sido “detido” e “conduzido” à unidade policial sem existência de flagrante, oportunidade em que feita a oitiva informal e obtida a pretensa “confissão”. Concedeu-se, em parte, a ordem, determinando o desentranhamento da fita cassete, da degravação de seu conteúdo e das declarações prestadas pelos policiais que procederam à mencionada gravação.

Em outra ocasião, sopesando a única fonte indicadora do pretense fato delituoso objeto da investigação, no julgamento do HC n. 80.948-ES, o Supremo Tribunal Federal³⁹ reconheceu a ilicitude de gravação telefônica feita por terceira pessoa,

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC n. 76.686-PR. Relator Min. Nilson Naves. Julgamento em: 09 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp>>. Acesso em 23 nov. 2008.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC n. 80.949-RJ. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 30 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 nov. 2008.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC n. 80.948/ES. Relator Min. Néri da Silveira. Julgamento em: 07 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 nov. 2008.

sem autorização judicial. Deixa à evidência que, para além da insuficiência a revelar a existência do fato ilícito, a fonte informadora do pretense fato foi obtida em flagrante violação do devido processo legal, decidindo pelo “trancamento da investigação” fundada “em elemento de prova ilícita”, sem prejuízo de o Ministério Público proceder à apuração criminal.

Sem mudança de tom, no julgamento do HC n. 2008.059.04669 o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concedeu ordem para anular o processo, desde a acusação, por considerar inadmissível a obtenção de “provas ilícitas” e em flagrante violação do devido processo legal. Foram sopesados: prisão no interior da residência quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão; o “requerente” do mandado foi um oficial (que estava de folga) da Polícia Militar; mandado cumprido por volta das 20h00min; localizados pequena quantidade de substância entorpecente e um projétil de arma de fogo; mandado expedido sem requerimento do Ministério Público, embora posteriormente essa Instituição ratificasse o procedimento e a “prova” obtida.⁴⁰

Considerações finais

A vocação oriunda do Estado de Direito incorpora à ordem jurídica a idéia de direitos inatos, cabendo ao poderes instituídos reconhecê-los e respeitá-los.

Compreendendo a inexistência de direitos absolutos, nem mesmo os fundamentais, fica fácil entender que na colisão entre direitos fundamentais, enquanto princípios, não pode haver a eliminação ou supressão de um em detrimento do outro, mas sim a prevalência de um ao outro, sem aniquilamento, mantendo um núcleo essencial mínimo.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, dentre várias exigências de ações estatais positivas na tutela dos direitos fundamentais, impõe ao Poder Público um verdadeiro dever de incremento na tutela dos mencionados direitos, inclusive por meio da intervenção jurídico-penal. A própria Constituição contempla

verdadeiros mandamentos expressos e implícitos de penalização para as hipóteses estabelecidas em lei como ofensa a bem jurídico, orientando o legislador com a máxima da proporcionalidade como a proibição de excesso e a proibição de insuficiência de tutela.

No Estado Constitucional de Direito as possibilidades de restrição dos direitos fundamentais estão, de regra, contempladas no texto constitucional. Nessa sede existe a outorga, ao legislador ordinário, dos limites de intervenção que objetiva regular as modalidades de restrição, tudo submetido às exigências do devido processo legal.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, autorizando a intervenção penal como incremento de tutela, não se compraz com a inobservância do devido processo legal na restrição de direitos, em vista da unidade da Constituição. Do contrário, ter-se-á o reconhecimento da ilicitude ou da eiva máxima da inconstitucionalidade do ato praticado em desconformidade com o devido processo legal em qualquer das suas dimensões, conforme assentada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Quinta Turma Criminal. HC n. 2008.059.04669. Relator Des. Geraldo Prado. Julgamento em: 11 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2008.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã Theorie der Grundrechte. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. 424 p.

BERNAL PULIDO, Carlos. O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 805-830.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *HC* n. 76.686-PR. Relator Min. Nilson Naves. Julgamento em: 09 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp>>. Acesso em 23 nov. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *HC* n. 80.949-RJ. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 30 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 nov. 2008.

_____. _____. Segunda Turma. *HC* n. 80.948/ES. Relator Min. Néri da Silveira. Julgamento em: 07 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 nov. 2008.

_____. _____. _____. *RE* n. 413.327-BA. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listaJurisprudencia.asp>>. Acesso em 23 nov. 2008.

_____. _____. Tribunal Pleno. *ADI* n. 939-7 DF. IPMF. Relator Min. Sydney Sanches. Julgamento em: 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 nov. 2008.

_____. _____. _____. *Ext.* 633/CH. Relator Min. Celso de Mello.

_____. *fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 149-165.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 493 p.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 164 p.

_____. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 207-244.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 438 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trad. Marina Gascón, 5. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2003. 156 p.