



TÓPICOS DE LIBERDADE NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

José Celso de Mello Filho¹

SUMÁRIO: 1. A celebração de uma data impregnada de relevo histórico e político. 2. O significado da defesa da Constituição. - 3. O Supremo Tribunal Federal, em tema de interpretação constitucional, quando no desempenho de sua atividade jurisdicional, tem o monopólio da última palavra, notadamente em sede de controle normativo abstrato. - 4. A proteção jurisdicional dos direitos humanos: um encargo irrenunciável do Supremo Tribunal Federal e de todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário. - 5. Extradicação e terrorismo. - 6. O acesso das pessoas em geral, inclusive de estrangeiros não domiciliados no Brasil, ao remédio constitucional do “habeas corpus” e à garantia constitucional do “*due process of law*”. - 7. A prerrogativa constitucional contra a autoincriminação e os atos de persecução estatal. - 8. A delação anônima nos procedimentos penais.

1. A CELEBRAÇÃO DE UMA DATA IMPREGNADA DE RELEVO HISTÓRICO E POLÍTICO

O ano de 2018 iniciou-se *sob a égide virtuosa da comemoração* de uma data de significativa importância e de alto relevo político e social na história de nosso País.

Refiro-me ao *30º Aniversário* de promulgação da Constituição democrática de 1988.

O exame comparativo da Constituição de 1988 com aquelas que a precederam revela e permite ressaltar a importância, a originalidade e o caráter inovador que qualificam a nossa vigente Lei Fundamental, elaborada e aprovada, *em ambiente de plena liberdade*, pelos representantes do Povo brasileiro reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, em um momento histórico impregnado de densas significações, em que o Brasil, *situando-se entre o seu passado e o seu futuro*, rompeu, *vitoriosamente*, a ordem autocrática imposta por um regime sombrio que havia aniquilado a vida democrática em nosso País, frustrando, *assim*, os sonhos de liberdade de toda uma geração de brasileiros.

Nada mais justo e oportuno, *desse modo*, do que celebrar o 30º aniversário da promulgação da Constituição da República de 1988, que é *um dos mais significativos*

¹ Ministro e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

estatutos constitucionais de todos quantos regeram o sistema político-jurídico brasileiro ao longo de quase dois séculos de existência soberana e de vida independente de nosso País como Estado nacional.

2. O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

Impõe-se *ao Supremo Tribunal Federal*, tornado *fiel depositário* da preservação da autoridade e da supremacia da ordem constitucional, reafirmar, *a cada momento*, o seu respeito, o seu apreço e a sua lealdade ao texto sagrado da Constituição democrática do Brasil.

Nesse contexto, incumbe, aos magistrados e Tribunais, notadamente aos Juízes da Corte Suprema do Brasil, o desempenho do dever que lhes é inerente: *o de velar* pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, *o de repelir* condutas governamentais abusivas, *o de conferir* prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, *o de fazer cumprir* os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias *e o de neutralizar* qualquer ensaio de opressão estatal.

O Supremo Tribunal Federal possui a exata percepção dessa realidade e tem, *por isso mesmo*, no desempenho de suas funções, um grave compromisso com o Brasil e com o seu povo, e que consiste em preservar a intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, sendo o garante de sua integridade, impedindo que razões de pragmatismo governamental ou de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos prevaleçam e deformem o significado da própria Lei Fundamental.

Torna-se de vital importância reconhecer que o Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição *por expressa delegação do poder constituinte* – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, *se* a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, *a integridade* do sistema político, *a proteção* das liberdades públicas, *a estabilidade* do ordenamento normativo do Estado, *a segurança* das relações jurídicas *e a legitimidade* das instituições da República restarão profundamente comprometidas.

Nenhum dos Poderes da República pode submeter a Constituição *a seus próprios* desígnios, ou a manipulações hermenêuticas, ou, *ainda*, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência política ou de pragmatismo institucional, eis que a relação *de*

qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, *necessariamente*, uma relação de incondicional respeito, *sob pena* de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado Democrático de Direito *em uma palavra vã e em um sonho frustrado* pela prática autoritária do poder.

Nada compensa a ruptura da ordem constitucional, *porque nada recompõe os gravíssimos efeitos* que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental.

É por isso que se pode proclamar que o Supremo Tribunal Federal – que não se curva a ninguém, nem tolera a prepotência dos governantes, nem admite os excessos e abusos que emanam *de qualquer* esfera dos Poderes da República – desempenha as suas funções institucionais e exerce a jurisdição que lhe é inerente de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição.

Isso significa reconhecer que a prática da jurisdição, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – *um gesto de indevida interferência* da Suprema Corte na esfera orgânica *dos demais* Poderes da República.

É importante assinalar (e lembrar) que o Supremo Tribunal Federal – não desconhecendo as delicadas questões que podem surgir das controvérsias instauradas em torno de matérias que transitam *entre a esfera do Direito e o domínio da Política* – consolidou orientação jurisprudencial firmada *desde a primeira década republicana* (HC 1.073/DF, Rel. Min. LÚCIO DE MENDONÇA, 1898) e desenvolvida *ao longo do período histórico subsequente*, notadamente *durante a Primeira República* (HC 3.536/DF, Rel. Min. OLIVEIRA RIBEIRO, 1914 – HC 3.554/DF, Rel. Min. ENÉAS GALVÃO, 1914 – HC 3.697/DF, Red. p/ o acórdão Min. ENÉAS GALVÃO, 1914 – HC 4.014/PI, Red. p/ o acórdão Min. GUIMARÃES NATAL, 1916 – HC 8.800/RJ, Rel. Min. GUIMARÃES NATAL, 1922), no sentido de reconhecer plenamente legítima a intervenção do Poder Judiciário, sempre que provocado a amparar direitos, garantias e princípios de natureza constitucional, quando alegadamente desrespeitados por atos dos Poderes políticos (Legislativo e Executivo), sem que os magistrados e Tribunais, *ao assim procederem*, incidam em transgressão ao princípio fundamental da separação de poderes, tal como tem sido afirmado, *em inúmeros precedentes* (MS 25.668/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal:

O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

– A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição.

Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.

– O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República.

O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes.

Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República.

(RTJ 173/805-810, 806, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL

– O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo.

– Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional. Questões políticas. Doutrina. Precedentes.

– A ocorrência de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito justifica, plenamente, o exercício, pelo Judiciário, da atividade de controle jurisdicional sobre eventuais abusos legislativos (RTJ 173/805-810, 806), sem que isso caracterize situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República. (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM TEMA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, QUANDO NO DESEMPENHO DE SUA ATIVIDADE JURISDICIONAL, TEM O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, NOTADAMENTE EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO

Não custa lembrar, *considerada a essencialidade do princípio constitucional da separação de poderes*, a advertência histórica de ALEXANDER HAMILTON (“Publius”), em “*O Federalista*” (“The Federalist Papers”, nº 78), que acentuava *a necessidade de proteger-se o Poder Judiciário (“the least dangerous of the branches of government”)* contra a *inaceitável submissão institucional* a outros Poderes do Estado, em situações aptas a comprometer a própria independência orgânica dos corpos judiciários e a liberdade decisória de seus magistrados.

Inegável reconhecer, *por isso mesmo*, que compete ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição indisputável *de guardião da Lei Fundamental*, interpretá-la e de seu texto extrair, *nesse processo de indagação hermenêutica*, a máxima eficácia possível, em atenção e respeito aos grandes princípios estruturantes que informam, *como verdadeiros vetores interpretativos*, o sistema de nossa Carta Política, em ordem a fazer prevalecer *a força normativa da Constituição*, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, *por isso mesmo*, não de ser valorizadas, *em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico*, como enfatizam autores eminentes (ALEXANDRE DE MORAES, “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, p. 109, item n. 2.8, 2ª ed., 2003, Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, “Controle de Constitucionalidade”, p. 50/57, 1999, RT; RITINHA ALZIRA STEVENSON, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. e MARIA HELENA DINIZ, “Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia”, p. 98/104, 1989, Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “Tribunal e Jurisdição Constitucional”, p. 08/11, item n. 2, 1998, Celso Bastos Editor; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, “A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 215/218, item n. 3, 1995, RT, v.g.).

Cabe destacar, *bem por isso*, presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional de “*guarda da Constituição*” (CF, art. 102, “*caput*”) confere-lhe *o monopólio da última palavra* em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem assinalado, *com particular ênfase*, a jurisprudência do Tribunal, para quem “[...] *A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição [...]*” (RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei).

A circunstância de o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de “*organo di chiusura*”, dispor de competência para interpretar o ordenamento constitucional, encerrando,

em caráter definitivo, as controvérsias jurídicas a ele submetidas, não significa *que suas decisões sejam imunes* à crítica, à divergência e ao debate no âmbito da sociedade civil e no plano das comunidades jurídica e acadêmica, especialmente se se considerar a afirmação de que se vive sob a égide de uma “*sociedade aberta dos intérpretes livres da Constituição*”, como a ela se refere Peter Häberle.

Inquestionável, *desse modo*, o reconhecimento, *em favor* da generalidade das pessoas e das instituições, inclusive dos próprios Poderes da República, de verdadeira “*abertura hermenêutica*”, que lhes permite discutir o alcance, o significado e a abrangência das cláusulas que compõem o “*corpus*” constitucional.

Com essa compreensão, *é importante destacar*, pluraliza-se o debate constitucional, confere-se expressão real e efetiva ao princípio democrático e permite-se que o Supremo Tribunal Federal disponha de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, buscando-se alcançar, *com tal abertura material*, a possibilidade de superação *da grave questão pertinente à legitimidade democrática* das decisões emanadas da Corte Suprema no exercício de seu *extraordinário poder de efetuar*, notadamente *em abstrato*, o controle de constitucionalidade, consoante assinala *expressivo magistério doutrinário* (GUSTAVO BINENBOJM, “A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira”, 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “Tribunal e Jurisdição Constitucional”, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, “Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais”, p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, “Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?”, 2010, Saraiva; GILMAR MENDES, “Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor; INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, “As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro”, “*in*” RDA 211/125-134, v.g.).

A única diferença que existe entre a atuação da Corte Suprema nos processos em que profere o seu julgamento e a possibilidade democrática *de ampla discussão social* em torno da Constituição, passando, *inclusive*, pelo “*diálogo institucional*” entre os órgãos e Poderes constituídos, reside no fato, *jurídica e processualmente relevante*, de que a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal revestir-se-á de definitividade nas causas que julgar, pondo termo ao litígio nelas instaurado, seja com efeito “*inter partes*” (controle incidental ou difuso de constitucionalidade), seja com efeito “*erga omnes*” e eficácia vinculante (controle normativo abstrato de constitucionalidade).

É por isso que se atribui ao Supremo Tribunal Federal o “*monopólio da última palavra*” em matéria de interpretação constitucional nos processos submetidos a seu julgamento, valendo destacar, *quanto a esse ponto*, no que concerne à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos em tema *de exegese da Constituição*, a lição do eminente Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO (“O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 392, item n. 2, 7ª ed., 2016, Saraiva), *bastante clara* no sentido de que “*Cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário*” (grifei), embora esse ilustre magistrado e Professor advirta que a primazia judicial “*não significa (...) que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal*”.

Tais observações enfatizam a circunstância – *que assume absoluto relevo* – de que não se pode minimizar o papel do Supremo Tribunal Federal e de suas decisões em matéria constitucional, pois tais decisões, em última análise, *dão expressão concreta ao texto da própria Constituição*.

É por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.797/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, advertiu que o legislador ordinário não pode, *a pretexto de editar lei interpretativa* da Carta Política, “*opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição*” (grifei), sob pena de usurpação, *por parte do Congresso Nacional*, da função de nossa Corte Suprema como “*intérprete final da Lei Fundamental*”.

Ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal, *enfatizando a condição institucional* que lhe permite exercer, *soberanamente*, o monopólio da última palavra *em interpretação constitucional*, concluiu *pela impossibilidade jurídica* de o Congresso Nacional, ainda que mediante lei, *reformular exegese* ou *alterar o sentido interpretativo* que a Corte Suprema, no regular exercício de sua jurisdição, conferiu ao texto constitucional:

[...] admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita a o referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames [...]. (ADI 2.797/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei).

Esse entendimento *é também perfilhado* pelo eminente Professor da Universidade de Coimbra J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição” p. 899/900, item n. 1.1.2, “a”, 1998, Almedina), para quem não se pode convalidar, *retroativamente*, por ato legislativo, *situação normativa declarada inconstitucional* pelo

órgão incumbido de proceder à fiscalização de constitucionalidade, residindo, *nesse específico ponto*, um limite negativo ao exercício da própria atividade legislativa:

O legislador não pode constitucionalizar através de lei o que é inconstitucional e como tal foi declarado pelo TC [Tribunal Constitucional]. Daí a existência de um limite negativo geral vinculativo do legislador: proibição de reprodução, através de lei, da norma declarada inconstitucional. Neste sentido se diz que a relação bilateral Constituição-lei se transforma numa relação trilateral – Constituição-sentença-lei – em que o parâmetro positivo da Constituição é mediado pela declaração judicial da inconstitucionalidade. (grifei).

É interessante observar, neste ponto, *a título de mero registro*, que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ao julgar *o caso Dickerson v. United States* (2000), também reconheceu, *por 7 (sete) votos a 2 (dois)*, consoante ressaltam os que comentaram essa importante decisão, que “*Congress may not override judicial interpretations of the Constitution*”, vindo a manter, *em consequência*, naquele processo, a orientação firmada, *em 1966*, no precedente “*Miranda v. Arizona*”.

Com efeito, no julgamento do caso *Dickerson v. United States*, a corrente majoritária, liderada pelo então *Chief Justice William Rehnquist*, assim expôs a sua conclusão: “*In sum, we conclude that Miranda announced a constitutional rule that Congress may not supersede legislatively. Following the rule of stare decisis, we decline to overrule Miranda ourselves*” (grifei).

É preciso ter sempre em perspectiva que o exercício da jurisdição constitucional, *pela Suprema Corte*, tem por objetivo único *preservar a supremacia da Constituição*, o que põe em evidência *a dimensão essencialmente política* em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal – compreendida a expressão “*dimensão política*” em seu sentido helênico (como apropriadamente a ela referiu-se a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA em outra oportunidade) –, pois, *no processo de indagação constitucional*, reside a magna prerrogativa outorgada à Corte de decidir, *em caráter final*, sobre a própria substância do poder.

Daí a precisa observação de FRANCISCO CAMPOS (“Direito Constitucional”, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza, *corretamente*, que *no poder de interpretar* inclui-se a prerrogativa de formular e de revelar o próprio sentido do texto constitucional. É que – *segundo a lição desse eminente publicista* – “*O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la [...]. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte*” (grifei).

Em uma palavra: não se pode ignorar, muito menos desconsiderar, o papel eminente que a ordem jurídica atribuiu ao Supremo Tribunal Federal em tema de interpretação da Constituição da República.

É necessário, *pois*, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado, o que permite reconhecer, *no contexto do Estado Democrático de Direito*, a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário na restauração da ordem jurídica lesada e, *em particular*, a da intervenção do Supremo Tribunal Federal, que detém, *em tema de interpretação constitucional*, e por força de expressa delegação que lhe foi atribuída pela própria Assembleia Nacional Constituinte, *o monopólio da última palavra*, de que já falava RUI BARBOSA em discurso parlamentar que proferiu, *como Senador da República*, em 29 de dezembro de 1914, *em resposta ao Senador gaúcho Pinheiro Machado*, quando, definindo *com precisão* o poder de nossa Suprema Corte em matéria constitucional (“Obras Completas de Rui Barbosa”, vol. XLI, tomo III/ 255/261, Fundação Casa de Rui Barbosa), *deixou assentadas as seguintes conclusões:*

A Justiça, como a nossa Constituição a criou no art. 59, é quem traça definitivamente aos dois poderes políticos as suas órbitas respectivas. [...].

No art. 59, é categórica a letra constitucional, estatuinto de acôrdo com a praxe geral [...] que o Supremo Tribunal conhecerá, em última instância, das causas em que se contestar a validade, assim dos atos do Poder Executivo, como do Poder Legislativo perante a Constituição. Por esta disposição constitucional, a nossa justiça suprema é quem define quando os atos do Poder Legislativo estão dentro ou fora da Constituição, isto é, quando os atos de cada um desses dois poderes se acham dentro da órbita que a cada um desses dois poderes a Constituição traçou.

Êle é o poder regulador, não conhecendo do assunto por medida geral, por deliberação ampla, resolvendo apenas dos casos submetidos ao seu julgamento, mediante a ação regular; mas quando aí decide, julgando em última instância, não há, sob qualquer pretexto dêste mundo, recurso para outro qualquer poder constituído.

[...]

Bem conheço o pretexto. A evasiva das causas políticas é um princípio verdadeiro, quando entendido como se deve entender. Indubitavelmente a justiça não pode conhecer dos casos que forem exclusivos e absolutamente políticos, mas a autoridade competente para definir quais são os casos políticos e casos não políticos é justamente essa justiça suprema, cujas sentenças agora se contestam. [...].

[...]

Em tôdas as organizações políticas ou judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar.

[...]

Acaso V. Ex.^{as} poderiam convir nessa infalibilidade que agora se arroga de poder qualquer desses ramos da administração pública, o Legislativo ou o Executivo, dizer quando erra e quando acerta o Supremo Tribunal Federal?

O Supremo Tribunal Federal, Senhores, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade. (grifei)

Impende registrar, *ainda*, neste ponto, a precisa lição do eminente e saudoso Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (“Ação Rescisória em Matéria Constitucional”, “*in*” Revista de Direito Renovar, vol. 27/153-174, 159-165, 2003), reveladora do papel institucional que se atribuiu ao Supremo Tribunal Federal em sua condição político-jurídica *de guardião maior* da supremacia e da intangibilidade da Constituição da República:

Ocorre que a lei constitucional não é uma lei qualquer. Ela é a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assentam suas bases de validade e de legitimidade, seja formal, seja material. Na Constituição está moldada a estrutura do Estado, seus organismos mais importantes, a distribuição e a limitação dos poderes dos seus agentes, estão estabelecidos os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos. Enfim, a Constituição é a lei suprema, a mais importante, a que está colocada no ápice do sistema normativo. Guardar a Constituição, observá-la fielmente, constitui, destarte, condição essencial de preservação do Estado de Direito no que ele tem de mais significativo, de mais vital, de mais fundamental. Em contrapartida, violar a Constituição, mais que violar uma lei, é atentar contra a base de todo o sistema. Não é por outra razão que, além dos mecanismos ordinários para tutelar a observância dos preceitos normativos comuns, as normas constitucionais têm seu cumprimento fiscalizado e garantido também por instrumentos especiais e próprios.

[...]

Mais ainda: a guarda da Constituição, além de constituir dever jurado de todos os juízes, foi atribuída como missão primeira, mais relevante, a ser desempenhada ‘precipualemente’, ao órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). A ele se atribuiu, no exercício da fiscalização abstrata da constitucionalidade do ordenamento, o poder de declarar, com eficácia ‘erga omnes’ e efeito vinculante, a inconstitucionalidade de preceitos normativos, retirando-os do ordenamento jurídico, ou a sua constitucionalidade, afirmando a imperiosidade da sua observância. Também no âmbito do controle difuso, os precedentes do STF têm eficácia transcendental no sistema (...).

[...]

As razões fundantes do tratamento diferenciado, segundo é possível colher da jurisprudência do STF, são, essencialmente, a da ‘supremacia jurídica’ da Constituição, cuja interpretação ‘não pode ficar sujeita à perplexidade’, e a especial gravidade com que se reveste o descumprimento das normas constitucionais, mormente o ‘vício’ da inconstitucionalidade das leis.

O exame desta orientação (...) revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição, de órgão com legitimidade constitucional para dar a palavra definitiva em temas relacionados com a interpretação e a aplicação da Carta Magna. Supremacia da Constituição e autoridade do STF são, na verdade, valores associados e que têm sentido transcendental quando associados. Há, entre eles, relação de meio e fim. E é justamente essa associação o referencial básico de que se lança mão para solucionar os diversos problemas [...].

O princípio da supremacia da Constituição e a autoridade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal constituem, conforme se viu, os pilares de sustentação para construir um sistema apto a dar respostas coerentes à variedade de situações [...].

[...]

[...] O STF é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é. [...]. Contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, pragmaticamente considerado, que os de violar a Constituição [...]. É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso. (grifei).

Em suma: esse papel do Poder Judiciário, fortalecido pelo *monopólio da última palavra* de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria de interpretação constitucional, *nada mais representa* senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, *que converteu* juízes e Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, *consideradas as relevantíssimas atribuições* que lhes foram deferidas, *notadamente* as outorgadas à Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional, como o revela, *p. ex.*, o seguinte julgado:

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

– O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.

– No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes.

– A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, ‘caput’) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

4. A PROTEÇÃO JURISDICIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: UM ENCARGO IRRENUNCIÁVEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE TODOS OS ÓRGÃOS INTEGRANTES DO PODER JUDICIÁRIO

A importância do Poder Judiciário na estrutura institucional em que se organiza o aparelho de Estado assume significativo relevo político, histórico e social, pois não há, na história das sociedades políticas, qualquer registro de um Povo, que, despojado de um Judiciário independente, tenha conseguido preservar os seus direitos e conservar a sua própria liberdade.

É significativo que se discuta, portanto, o tema pertinente aos direitos humanos, pois se comemora, também neste ano de 2018, o 70º aniversário da promulgação, em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, especialmente reunida, para esse fim, em Paris, da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana.

Esse estatuto das liberdades públicas representou, no cenário internacional, importante marco histórico no processo de consolidação e de afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana, pois refletiu, nos trinta artigos que lhe compõem o texto, o reconhecimento solene, pelos Estados, de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e titularizam prerrogativas jurídicas inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz universal.

Com essa proclamação formal, os Estados componentes da sociedade internacional – impulsionados pelo estímulo originado de um insuprimível senso de responsabilidade e conscientes do ultraje representado pelos atos hediondos cometidos pelo regime nazifascista e pelos gestos de desprezo e de desrespeito sistemáticos praticados pelos sistemas totalitários de poder – tiveram a percepção histórica de que era preciso forjar as bases jurídicas e éticas de um novo modelo que consagrasse, em favor das pessoas, a posse da liberdade em todas as suas dimensões, assegurando-lhes o direito de viver protegidas do temor e a salvo das necessidades.

O Brasil – que subscreveu esse documento extraordinário no próprio ato de sua promulgação – ainda está em débito com o seu povo na efetivação das promessas essenciais contidas na Declaração Universal, cujo texto, mais do que simples repositório de verdades fundamentais e de compromissos irrenunciáveis, deve constituir, no plano doméstico dos Estados nacionais, o instrumento de realização permanente dos direitos e das liberdades nele proclamados.

É preciso, pois, que o Estado, ao magnificar e valorizar o significado real que inspira a Declaração Universal dos Direitos das Pessoas Humanas, pratique, sem restrições, sem omissões e sem tergiversações, os postulados que esse extraordinário documento de proteção internacional consagra em favor de toda a humanidade.

Torna-se essencial, portanto, ter consciência de que se revela inadiável conferir real efetividade, no plano interno, aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro em tema de direitos humanos.

Sob tal perspectiva, assume relevo indiscutível a definição da estatura hierárquica, no sistema de direito positivo interno brasileiro, dos tratados internacionais de direitos humanos, valendo referir, a esse respeito, a existência de julgamento, ainda em curso no Supremo Tribunal Federal, dessa específica questão, em cujo âmbito já se delineiam duas posições: a minha própria, na qual sustento, revendo antiga orientação, a qualificação constitucional de referidas convenções internacionais de direitos humanos e a do eminente Ministro GILMAR MENDES, que confere, a esses mesmos tratados, caráter de supralegalidade (HC 87.585/TO – RE 349.703/RS – RE 466.343/SP).

A questão dos direitos essenciais da pessoa humana – precisamente porque o reconhecimento de tais prerrogativas funda-se em consenso verdadeiramente universal (“*consensus omnium gentium*”) – não mais constitui problema de natureza filosófica ou de caráter meramente teórico, mas representa, isso sim, tema fortemente impregnado de significação política, na medida em que se torna fundamental e inadiável instituir meios destinados a protegê-los, conferindo-lhes efetividade e exequibilidade no plano das relações entre o Estado e os indivíduos.

É esse, pois, o grande desafio com que todos – governantes e governados – nos defrontamos no âmbito de uma sociedade democrática: extrair, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, quaisquer que sejam as gerações ou dimensões em que estes se projetem (PAULO BONAVIDES, “Curso de Direito Constitucional”, p. 560/578, 21ª ed., 2007, Malheiros; ALEXANDRE DE MORAES, “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, p. 96/99, itens ns. 5.1 e 5.2, 7ª ed., 2007, Atlas; CELSO LAFER, “A Reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 125/134, 1988, Companhia das Letras, v.g.).

Cabe destacar, neste ponto, que a própria jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal vem refletindo, em seu processo de construção, o sentido de contemporaneidade de que se acham impregnadas as mais recentes gerações (ou dimensões) de direitos fundamentais (MS 22.164/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, RTJ 164/158-161), valendo referir, dentre tais prerrogativas básicas, que realçam o princípio da solidariedade, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:

A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS

– Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina.

A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

– A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina.

Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.

A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA

– O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (ADI 3.540-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

5. EXTRADIÇÃO E TERRORISMO

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir a Extradicação nº 855/Chile, Rel. Min. CELSO DE MELLO (*caso Norambuena*), advertiu *que a prática do terrorismo não pode ser qualificada como ato de criminalidade política*, vindo, por isso mesmo, em consequência desse entendimento, a negar, a determinado estrangeiro condenado por delitos de caráter

terrorista, o amparo generoso que a Constituição brasileira dispensa àquele processado ou condenado por crime político (art. 5º, inciso LII).

Em referido julgamento (Ext 855/Chile), o Plenário de nossa Suprema Corte enfatizou que o repúdio ao terrorismo – por representar um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, quer em face de sua própria Constituição, quer perante a comunidade internacional – constituía importante vetor interpretativo apto a nortear as decisões do Tribunal no âmbito dos processos extradicionais.

O alto significado de que se revestiu esse julgamento resultou do fato de que o Supremo Tribunal Federal recusou-se a conferir, aos atos delituosos de natureza terrorista, o mesmo tratamento normativo atribuído às práticas de criminalidade política.

E a razão desse entendimento – que bem reflete os compromissos que o Estado brasileiro assumiu, no âmbito da OEA, em Barbados (2002), quando subscreveu a *Convenção Interamericana contra o Terrorismo* – apoiou-se no reconhecimento de que o terrorismo constitui um atentado às próprias instituições democráticas, o que autoriza excluí-lo da benignidade de tratamento que foi conferida, pela Constituição do Brasil, aos atos configuradores de criminalidade política.

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada, nesse ponto, por unanimidade, foi proferida em 2004, achando-se consubstanciada, na parte concernente à *descaracterização do terrorismo como ato de criminalidade política*, em acórdão assim ementado:

O REPÚDIO AO TERRORISMO: UM COMPROMISSO ÉTICO-JURÍDICO ASSUMIDO PELO BRASIL, QUER EM FACE DE SUA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO, QUER PERANTE A COMUNIDADE INTERNACIONAL

– Os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente Constituição da República, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tomando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII).

– A Constituição da República, presentes tais vetores interpretativos (CF, art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII), não autoriza que se outorgue, às práticas delituosas de caráter terrorista, o mesmo tratamento benigno dispensado ao autor de crimes políticos ou de opinião, impedindo, desse modo, que se venha a estabelecer, em tomo do terrorista, um inadmissível círculo de proteção que o faça imune ao poder extradicional do Estado brasileiro, notadamente se se tiver em consideração a relevantíssima circunstância de que a Assembleia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, a estes não reconhecendo a dignidade de que muitas vezes se acha impregnada a prática da criminalidade política.

EXTRADITABILIDADE DO TERRORISTA: NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E ESSENCIALIDADE DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA REPRESSÃO AO TERRORISMO

– O estatuto da criminalidade política não se revela aplicável nem se mostra extensível, em sua projeção jurídico-constitucional, aos atos delituosos que traduzam práticas terroristas, sejam aquelas cometidas por particulares, sejam aquelas perpetradas com o apoio oficial do próprio aparato governamental, à semelhança do que se registrou, no Cone Sul, com a adoção, pelos regimes militares sul-americanos, do modelo desprezível do terrorismo de Estado.

– O terrorismo – que traduz expressão de uma macrodelinqüência capaz de afetar a segurança, a integridade e a paz dos cidadãos e das sociedades organizadas – constitui fenômeno criminoso da mais alta gravidade, a que a comunidade internacional não pode permanecer indiferente, eis que o ato terrorista atenta contra as próprias bases em que se apoia o Estado democrático de direito, além de representar ameaça inaceitável às instituições políticas e às liberdades públicas, o que autoriza excluí-lo da benignidade de tratamento que a Constituição do Brasil (art. 5º, LII) reservou aos atos configuradores de criminalidade política.

– A cláusula de proteção constante do art. 5º, LII da Constituição da República – que veda a extradição de estrangeiros por crime político ou de opinião – não se estende, por tal razão, ao autor de atos delituosos de natureza terrorista, considerado o frontal repúdio que a ordem constitucional brasileira dispensa ao terrorismo e ao terrorista.

– A extradição – enquanto meio legítimo de cooperação internacional na repressão às práticas de criminalidade comum – representa instrumento de significativa importância no combate eficaz ao terrorismo, que constitui ‘uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais [...]’ (Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, Art. 11), justificando-se, por isso mesmo, para efeitos extradicionais, a sua descaracterização como delito de natureza política. Doutrina. [...]. (Ext 855/República do Chile, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Em suma: o Supremo Tribunal Federal, no precedente mencionado, ao proclamar que os atos de terrorismo configuram *gravíssima ameaça aos valores democráticos, à paz e à segurança internacionais*, descaracterizou, para efeitos extradicionais, como crimes políticos, as práticas terroristas.

6. O ACESSO DAS PESSOAS EM GERAL, INCLUSIVE DE ESTRANGEIROS NÃO DOMICILIADOS NO BRASIL, AO REMÉDIO CONSTITUCIONAL DO “*HABEAS CORPUS*” E À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO “*DUE PROCESS OF LAW*”

O fato de alguém ostentar a condição jurídica de estrangeiro e de não possuir domicílio no Brasil não obsta, só por si, o acesso desse não nacional aos instrumentos processuais de tutela da liberdade nem lhe subtrai, por tais razões, o direito de ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro confere e assegura *a qualquer pessoa* que sofra persecução penal instaurada pelo Estado (HC 94.016-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Isso significa, portanto, na linha do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (RDA 55/192 – RF 192/122) e dos Tribunais em geral (RDA 59/326 – RT 312/363),

que o súdito estrangeiro, *mesmo o não domiciliado no Brasil*, tem plena legitimidade para impetrar os remédios constitucionais, como o mandado de segurança ou, notadamente, o “*habeas corpus*”:

– É inquestionável o direito de súditos estrangeiros ajuizarem, em causa própria, a ação de ‘*habeas corpus*’, eis que esse remédio constitucional – por qualificar-se como verdadeira ação popular – pode ser utilizado por qualquer pessoa, independentemente da condição jurídica resultante de sua origem nacional. (RTJ 164/193-194, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Cabe advertir, desse modo, que o estrangeiro, *inclusive aquele que não possui domicílio em território brasileiro*, tem direito público subjetivo, nas hipóteses de persecução penal, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do *devido processo legal*, pois – como reiteradamente tem proclamado a nossa Suprema Corte (RTJ 134/56-58 – RTJ 177/485-488 – RTJ 185/393-394, v.g.) – a condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório.

O fato irrecusável é um só: o súdito estrangeiro, ainda que não domiciliado no Brasil, assume, sempre, como qualquer pessoa exposta a atos de persecução penal, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelos magistrados e Tribunais deste país, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, impõe-se ao Judiciário o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do *devido processo legal*, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.

A essencialidade dessa garantia de ordem jurídica reveste-se de tamanho significado e importância no plano das atividades de persecução penal que ela se qualifica como requisito legitimador da própria “*persecutio criminis*”.

Daí a necessidade de definir-se o alcance concreto dessa cláusula de limitação que incide sobre o poder persecutório do Estado.

O exame da garantia constitucional do “*due process of law*” permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua própria configuração, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, *as seguintes prerrogativas* (HC 94.016-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO): (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b)

direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas (RTJ 195/212-213, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica), assegurada ao réu a prerrogativa de escolher o seu próprio defensor (RTJ 142/477-478) ou, quando tal não for possível, o direito de ser assistido, tecnicamente, por Defensor Público ou por Advogado dativo; (e) direito de presença e de “*participação ativa*” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes (AP 470-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA); (f) direito de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; (g) direito à igualdade entre as partes; (h) direito de não ser investigado, processado ou condenado, com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (i) direito ao benefício da gratuidade; (j) direito à observância do princípio do juiz natural, que representa, em sua projeção político-jurídica, garantia constitucional indisponível assegurada a qualquer réu (RTJ 179/378-379, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (l) direito de não sofrer acusação penal formulada *por um acusador de exceção* (RTJ 160/530-531, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que representa figura incompatível com o postulado constitucional do *Promotor Natural* (RTJ 146/794, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (m) direito ao silêncio ou privilégio contra a autoincriminação e (n) direito à prova, mesmo nos casos em que os atos de persecução penal estejam sob *segredo de justiça*:

– O sistema normativo brasileiro assegura ao Advogado regularmente constituído pelo indiciado (ou por aquele submetido a atos de persecução estatal) o direito de pleno acesso aos autos de investigação penal, mesmo que sujeita esta a regime de sigilo (necessariamente excepcional), limitando-se, no entanto, tal prerrogativa jurídica, às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, consequentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito. Precedentes. Doutrina. (HC 87.725/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Vale rememorar que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a questão da ilicitude da prova penal, tem reafirmado, em sucessivas decisões, a exigência constitucional de banimento das provas ilícitas (CF, art. 5º, LVI), em ordem a conferir efetividade ao regime dos direitos e garantias individuais, por mais grave que seja a infração penal atribuída à pessoa sob persecução do Estado:

ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

– A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia

constitucional do ‘due process of law’, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo.

– A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do ‘male captum, bene retentum’. Doutrina. Precedentes.

A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (‘FRUITS OF THE POISONOUS TREE’): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO

– Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

– A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do ‘due process of law’ e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

– A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

– Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

– Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

– A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (‘AN INDEPENDENT SOURCE’) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS ‘SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)’, v.g.. (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, analisada a função defensiva sob uma perspectiva global, que o direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao “*due process of law*”, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que 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 (HC 86.634/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO), mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos (HC 94.404-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

A justa preocupação da comunidade internacional com a preservação da integridade das garantias processuais básicas reconhecidas às pessoas meramente acusadas de práticas delituosas tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos, um dos tópicos mais sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, seja em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º), aplicável ao sistema interamericano, seja em âmbito global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Artigo 14), celebrado sob a égide da Organização das Nações Unidas, e que representam instrumentos que reconhecem, a qualquer réu, dentre outras liberdades eminentes, o direito à plenitude de defesa e às demais prerrogativas que derivam da cláusula concernente à garantia do devido processo.

7. A PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO E OS ATOS DE PERSECUÇÃO ESTATAL

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado, de modo consistente, os direitos e garantias que assistem a qualquer pessoa sob investigação estatal ou persecução penal.

Essa proteção jurisdicional, que também se estende ao plano das investigações legislativas promovidas por comissões parlamentares de inquérito (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), tem sido igualmente dispensada aos próprios Advogados – constituídos ou designados para assistir e orientar, juridicamente, a pessoa que sofre a persecução movida pelo Estado – naqueles casos em que esses operadores do Direito são desrespeitados em suas prerrogativas

profissionais (MS 23.576/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 25.617-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

A Suprema Corte brasileira tem reconhecido que, não obstante o caráter inquisitivo da investigação administrativa, legislativa ou penal, a unilateralidade de tais procedimentos estatais não tem o condão de abolir os direitos, de derrogar as garantias, de suprimir as liberdades ou de conferir, à autoridade pública, poderes absolutos na produção da prova e na pesquisa e indagação dos fatos:

– O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias plenamente oponíveis ao poder do Estado (RTJ 168/896-897). A unilateralidade da investigação penal não autoriza que se desrespeitem as garantias básicas de que se acha investido, mesmo na fase pré-processual, aquele que sofre, por parte do Estado, atos de perseguição criminal.

– O sistema normativo brasileiro assegura, ao Advogado regularmente constituído pelo indiciado (ou por aquele submetido a atos de perseguição estatal), o direito de pleno acesso aos autos de investigação penal, mesmo que sujeita a regime de sigilo (necessariamente excepcional), limitando-se, no entanto, tal prerrogativa jurídica, às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito. Precedentes. Doutrina. (HC 87.725/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não custa rememorar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, em tema de atividade persecutória desenvolvida pelo Poder Público, vem construindo, *no exercício de sua jurisdição constitucional*, verdadeira *jurisprudência das liberdades*, com decisões que proclamam e asseguram, a qualquer pessoa, dentre outras importantes prerrogativas jurídicas, o direito de ser presumida inocente, até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o direito de não ser tratada como se já fosse culpada (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e o direito de permanecer em silêncio (HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

O Supremo Tribunal Federal, ao assegurar, *jurisdicionalmente*, o direito fundamental à presunção de inocência, tem advertido, *reiteradas vezes*, que as acusações penais jamais se presumem provadas, eis que o ônus da prova incumbe, *exclusivamente*, a quem acusa:

[...] É sempre importante reiterar – na linha do magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na matéria – que nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. (HC 83.947/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Também a prerrogativa constitucional contra a autoincriminação tem prevalecido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cujos julgamentos consagraram-na como importantíssimo direito reconhecido a qualquer pessoa, perante qualquer instância de poder.

Assiste, *com efeito*, a qualquer pessoa regularmente convocada para depor perante autoridade pública (seja esta policial, judiciária, administrativa ou legislativa), o direito de manter-se em silêncio, sem se expor – *em virtude do exercício legítimo dessa faculdade* – a qualquer restrição em sua esfera jurídica, desde que as suas respostas, às indagações que lhe venham a ser feitas, possam acarretar-lhe grave dano (“*Nemo tenetur se detegere*”).

É que indiciados ou testemunhas dispõem, em nosso ordenamento jurídico, da prerrogativa contra a autoincriminação, consoante tem proclamado a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (RTJ 172/929-930, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RDA 196/197, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 78.814/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Cabe acentuar que o privilégio contra a autoincriminação – que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito (UADI LAMMÊGO BULOS, “Comissão Parlamentar de Inquérito”, p. 290/294, item n. 1, 2001, Saraiva; NELSON DE SOUZA SAMPAIO, “Do Inquérito Parlamentar”, p. 47/48 e 58/59, 1964, Fundação GETÚLIO VARGAS; JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA, “Comissões Parlamentares de Inquérito”, p. 65 e 73, 1999, Ícone Editora; PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 3/126-127, 1992, Saraiva, *v.g.*) – traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, assegurado a qualquer pessoa pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política.

Convém assinalar, neste ponto, que, “*Embora aludindo ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão [...], a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação*” (Antônio Magalhães Gomes Filho, “Direito à Prova no Processo Penal”, p. 113, item n. 7, 1997, RT – grifei).

É por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu esse direito também em favor de quem presta depoimento na condição de testemunha, advertindo, então, que “*Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como*

testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la” (RTJ 163/626, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei).

Esse direito, *na realidade*, é plenamente oponível ao Estado, a qualquer de seus Poderes e aos seus respectivos agentes e órgãos. Atua, *nesse sentido*, como poderoso fator de limitação das próprias atividades de investigação e de persecução desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes, Tribunais e Comissões Parlamentares de Inquérito, *p. ex.*).

Cabe registrar que a cláusula legitimadora do direito ao silêncio, ao explicitar, agora em sede constitucional, o postulado segundo o qual “*Nemo tenetur se detegere*”, nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Constituição de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda que compõe o “*Bill of Rights*” norte-americano.

Na realidade, ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal (HC 80.530-MC/PA, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Trata-se de prerrogativa, que, no autorizado magistério de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Direito à Prova no Processo Penal”, p. 111, item n. 7, 1997, RT), “*constitui uma decorrência natural do próprio modelo processual paritário, no qual seria inconcebível que uma das partes pudesse compelir o adversário a apresentar provas decisivas em seu próprio prejuízo [...]*” (grifei).

O direito de o indiciado/acusado (ou testemunha) permanecer em silêncio – consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em *Escobedo v. Illinois* (1964) e, *de maneira mais incisiva*, em *Miranda v. Arizona* (1966) – insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal.

A importância de tal entendimento firmado em *Miranda v. Arizona* (1966) assumiu tamanha significação na prática das liberdades constitucionais nos Estados Unidos da América, que a Suprema Corte desse país, em julgamento ocorrido no ano de 2000, voltou a reafirmar essa “*landmark decision*”, assinalando que as diretrizes nela fixadas (“*Miranda warnings*”) – dentre as quais se encontra a prévia cientificação de que ninguém é obrigado a confessar ou a responder a qualquer interrogatório – exprimem interpretação do próprio “*corpus*” constitucional, como advertiu o então “*Chief Justice*” William H. Rehnquist, autor de tal decisão, proferida, por 07 (sete) votos a 02 (dois), no caso *Dickerson v. United States* (530 U.S. 428, 2000), daí resultando, como necessária consequência, a intangibilidade desse precedente, insuscetível de ser derogado por legislação meramente ordinária emanada do

Congresso americano (“... *Congress may not legislatively supersede our decisions interpreting and applying the Constitution ...*”).

Cumpra rememorar, bem por isso, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 68.742/DF, Red. p/ o acórdão Min. ILMAR GALVÃO (DJU de 02/04/93), também reconheceu que ninguém pode, em virtude do princípio constitucional que protege qualquer acusado ou indiciado contra a autoincriminação, ser constrangido a produzir prova contra si próprio ou, então, sofrer, em função do legítimo exercício desse direito, restrições que afetem o seu “*status poenalis*”.

A Suprema Corte brasileira, fiel aos postulados constitucionais que expressivamente delimitam o círculo de atuação das instituições estatais, enfatizou que qualquer indivíduo “*tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. ‘Nemo tenetur se detegere’.* Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal” (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Em suma: o direito ao silêncio – e o de não produzir provas contra si próprio – constitui prerrogativa individual que não pode ser desconsiderada por qualquer dos Poderes da República.

Cabe enfatizar, ainda – e como natural decorrência dessa insuprimível prerrogativa constitucional –, que nenhuma conclusão desfavorável ou qualquer restrição de ordem jurídica à situação individual da pessoa que invoca essa cláusula de tutela pode ser extraída de sua válida e legítima opção pelo silêncio. Daí a grave – e *corretíssima* – advertência de ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”, p. 370, item n. 16.3, 2ª ed., 2004, RT), para quem o direito de permanecer calado “*não pode importar em desfavorecimento do imputado, até porque consistiria inominado absurdo entender-se que o exercício de um direito, expresso na Lei das Leis como fundamental do indivíduo, possa acarretar-lhe qualquer desvantagem*”.

Esse mesmo entendimento é perfilhado por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Direito à Prova no Processo Penal”, p. 113, item n. 7, nota de rodapé n. 67, 1997, RT), que repele, *por incompatíveis com o novo sistema constitucional*, quaisquer disposições legais, prescrições regimentais ou práticas estatais que autorizem inferir, do exercício do direito ao silêncio, inaceitáveis consequências prejudiciais à defesa, aos direitos e aos interesses do réu, do indiciado ou da pessoa meramente investigada, tal como já o havia proclamado o Supremo Tribunal Federal, antes da edição da Lei nº 10.792/2003, que, dentre

outras modificações, alterou o art. 186 do CPP (RTJ 180/1125, Rel. Min. MARCO AURÉLIO).

É importante insistir na asserção de que, mesmo o indiciado, quando submetido a procedimento inquisitivo, de caráter unilateral (perante a Polícia Judiciária ou uma CPI, p. ex.), não se despoja de sua condição de sujeito de determinados direitos e de titular de garantias indisponíveis.

O desrespeito a tais franquias, além de inadmissível, põe em evidência a censurável face arbitrária do Estado cujos poderes devem, necessariamente, conformar-se ao que impõe o ordenamento positivo da República, em especial no que se refere à efetiva e permanente assistência técnica por Advogado.

Esse entendimento – que reflete a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, construída sob a égide da vigente Constituição (MS 23.576/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 23.684/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – MS 25.617-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*) – encontra apoio na lição de autores eminentes, que, não desconhecendo que o exercício do poder não autoriza a prática do arbítrio, ainda que se cuide de mera investigação conduzida sem a garantia do contraditório, enfatizam que, em tal procedimento inquisitivo, há direitos, titularizados pelo indiciado, que não podem ser ignorados pelo Estado.

Cabe referir, nesse sentido, dentre outras lições (que também são inteiramente aplicáveis às Comissões Parlamentares de Inquérito), o autorizado magistério de FAUZI HASSAN CHOUKE (“Garantias Constitucionais na Investigação Criminal”, p. 74, item n. 4.2, 1995, RT), de ADA PELLEGRINI GRINOVER (“A Polícia Civil e as Garantias Constitucionais de Liberdade”, “*in*” “A Polícia à Luz do Direito”, p. 17, 1991, RT), de ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”, p. 383, 1993, Saraiva), de ROBERTO MAURÍCIO GENOFRE (“O Indiciado: de Objeto de Investigações a Sujeito de Direitos”, “*in*” “Justiça e Democracia”, vol. 1/181, item n. 4, 1996, RT), de PAULO FERNANDO SILVEIRA (“Devido Processo Legal - Due Process of Law”, p. 101, 1996, Del Rey), de ROMEU DE ALMEIDA SALLES JUNIOR (“Inquérito Policial e Ação Penal”, p. 60/61, item n. 48, 7ª ed., 1998, Saraiva), de LUIZ CARLOS ROCHA (“Investigação Policial - Teoria e Prática”, p. 109, item n. 2, 1998, Saraiva) e de ODACIR KLEIN (“Comissões Parlamentares de Inquérito - A Sociedade e o Cidadão”, p. 48/49, item n. 4, 1999, Fabris).

O que se revela importante registrar, neste ponto, é uma simples, *porém necessária*, observação: a função estatal de investigar não pode resumir-se a uma sucessão de abusos nem deve reduzir-se a atos que importem em violação de direitos ou que impliquem desrespeito a garantias estabelecidas na Constituição e nas leis da República. O inquérito – seja ele policial, parlamentar ou administrativo – não pode transformar-se em instrumento de prepotência nem converter-se em meio de transgressão ao regime da lei.

Os fins não justificam os meios. Há parâmetros ético-jurídicos que não podem e não devem ser transpostos pelos órgãos, pelos agentes ou pelas instituições do Estado. Os órgãos do Poder Público, quando investigam, processam ou julgam, não estão exonerados do dever de respeitar os estritos limites da lei e da Constituição, por mais graves que sejam os fatos cuja prática tenha motivado a instauração do procedimento estatal.

Cabe advertir, no entanto, que a exigência de respeito aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional não frustra nem impede o exercício pleno, por qualquer órgão do Estado, dos poderes investigatórios e persecutórios de que se acha investido.

Ao contrário, a observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação da atividade estatal. Esse dever de obediência ao regime da lei se impõe a todos – magistrados, administradores e legisladores.

É, *portanto*, na Constituição e nas leis – e não na busca pragmática de resultados, independentemente da adequação dos meios à disciplina imposta pela ordem jurídica – que se deverá promover a solução do justo equilíbrio entre as relações de tensão que emergem do estado de permanente conflito entre o princípio da autoridade e o valor da liberdade.

O que simplesmente se revela intolerável, e não tem sentido, por divorciar-se dos padrões ordinários de submissão à “*rule of law*”, é a sugestão – que seria paradoxal, contraditória e inaceitável – de que o respeito pela autoridade da Constituição e das leis possa traduzir fator ou elemento de frustração da eficácia da investigação estatal.

O respeito efetivo aos direitos individuais e às garantias fundamentais outorgadas pela ordem jurídica aos cidadãos em geral representa, *no contexto de nossa experiência institucional*, o sinal mais expressivo e o indício mais veemente de que se consolida, em nosso País, *de maneira real*, o quadro democrático delineado pela mais democrática de todas as Constituições que o Brasil já teve: a Constituição republicana de 1988.

8. A DELAÇÃO ANÔNIMA NOS PROCEDIMENTOS PENAIIS

Não se desconhece que a *delação anônima*, enquanto fonte única de informação, não constitui fator que se mostre suficiente para legitimar, de modo autônomo, sem o concurso de outros meios de revelação dos fatos, a instauração de procedimentos estatais.

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, ao aprovar a Resolução STF nº 290/2004 – que instituiu, nesta Corte, o serviço de Ouvidoria – expressamente vedou a possibilidade de formulação de reclamação, críticas ou denúncias de caráter anônimo (art. 4º, II), determinando a sua liminar rejeição.

Mais do que isso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 24.405/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, declarou, “*incidenter tantum*”, a inconstitucionalidade da expressão “*manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia*” constante do § 1º do art. 55 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/92).

É certo, no entanto, que essa diretriz jurisprudencial – para não comprometer a apuração de comportamentos ilícitos e, ao mesmo tempo, para resguardar a exigência constitucional de publicidade - há de ser interpretada em termos que, *segundo entendo*, assim podem ser resumidos:

(a) o escrito anônimo não justifica, por si só, desde que isoladamente considerado, a imediata instauração da “*persecutio criminis*”, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o “*crimen falsi*”, p. ex.);

(b) nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima (“*disque-denúncia*”, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “*com prudência e discricção*”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da “*persecutio criminis*”, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas; e

(c) o Ministério Público, de outro lado, independentemente da prévia instauração de inquérito policial, também pode formar a sua “*opinio delicti*” com apoio em outros elementos de convicção que evidenciem a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de autoria, desde que os dados informativos que dão suporte à acusação penal não derivem de documentos ou escritos anônimos nem os tenham como único fundamento causal.

Cumprido referir, no ponto, o valioso magistério expendido por GIOVANNI LEONE (“*Il Codice di Procedura Penale Illustrato Articolo per Articolo*”, sob a coordenação de UGO

CONTI, vol. I/562-564, itens ns. 154/155, 1937, Società Editrice Libreria, Milano), cujo entendimento, no tema, após reconhecer o desvalor e a ineficácia probante dos escritos anônimos, desde que isoladamente considerados, admite, no entanto, quanto a eles, a possibilidade de a autoridade pública, a partir de tais documentos e mediante atos investigatórios destinados a conferir a verossimilhança de seu conteúdo, promover, então, em caso positivo, a formal instauração da pertinente “*persecutio criminis*”, mantendo-se, desse modo, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas que forem encaminhadas aos agentes do Estado, salvo se os escritos anônimos constituírem o próprio corpo de delito ou provierem do acusado.

Impende rememorar, no sentido que ora venho de expor, a precisa lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Elementos de Direito Processual Penal”, vol. I/147, item n. 71, 2. ed., atualizada por Eduardo Reale Ferrari, 2000, Millennium):

No direito pátrio, a lei penal considera crime a denúncia caluniosa ou a comunicação falsa de crime (Código Penal, arts. 339 e 340), o que implica a exclusão do anonimato na ‘notitia criminis’, uma vez que é corolário dos preceitos legais citados a perfeita individualização de quem faz a comunicação de crime, a fim de que possa ser punido, no caso de atuar abusiva e ilícitamente.

Parece-nos, porém, que nada impede a prática de atos iniciais de investigação da autoridade policial, quando delação anônima lhe chega às mãos, uma vez que a comunicação apresente informes de certa gravidade e contenha dados capazes de possibilitar diligências específicas para a descoberta de alguma infração ou seu autor. Se, no dizer de G. Leone, não se deve incluir o escrito anônimo entre os atos processuais, não servindo ele de base à ação penal, e tampouco como fonte de conhecimento do juiz, nada impede que, em determinadas hipóteses, a autoridade policial, com prudência e discricão, dele se sirva para pesquisas prévias. Cumprilhe, porém, assumir a responsabilidade da abertura das investigações, como se o escrito anônimo não existisse, tudo se passando como se tivesse havido ‘notitia criminis’ inqualificada. (grifei)

Essa diretriz doutrinária – perfilhada por JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES (“Tomada de Contas Especial”, p. 51, item n. 4.1.1.1.2, 2ª ed., 1998, Brasília Jurídica) – é também admitida, em sede de persecução penal, por FERNANDO CAPEZ (“Curso de Processo Penal”, p. 77, item n. 10.13, 7ª ed., 2001, Saraiva):

A delação anônima (‘notitia criminis inqualificada’) não deve ser repelida de plano, sendo incorreto considerá-la sempre inválida; contudo, requer cautela redobrada, por parte da autoridade policial, a qual deverá, antes de tudo, investigar a verossimilhança das informações. (grifei).

Idêntica percepção sobre a matéria em exame é revelada por JULIO FABBRINI MIRABETE (“Código de Processo Penal Interpretado”, p. 95, item n. 5.4, 7. ed., 2000, Atlas), que assim se pronuncia:

[...] Não obstante o art. 5º, IV, da CF, que proíbe o anonimato na manifestação do pensamento, e de opiniões diversas, nada impede a notícia anônima do crime (‘notitia criminis’ inqualificada), mas, nessa hipótese, constitui dever funcional da

autoridade pública destinatária, preliminarmente, proceder com a máxima cautela e discricionariedade a investigações preliminares no sentido de apurar a verossimilhança das informações recebidas. Somente com a certeza da existência de indícios da ocorrência do ilícito é que deve instaurar o procedimento regular. (grifei).

Esse entendimento é também acolhido por NELSON HUNGRIA (“Comentários ao Código Penal”, vol. IX/466, item n. 178, 1958, Forense), cuja análise do tema – realizada sob a égide da Constituição republicana de 1946, que expressamente não permitia o anonimato (art. 141, § 5º), à semelhança do que se registra, presentemente, com a vigente Lei Fundamental (art. 5º, IV, “*in fine*”) – enfatiza a imprescindibilidade da investigação, ainda que motivada por delação anônima, desde que fundada em fatos verossímeis:

Segundo o § 1.º do art. 339, ‘A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto’. Explica-se: o indivíduo que se resguarda sob o anonimato ou nome suposto é mais perverso do que aquele que age sem dissimulação. Ele sabe que a autoridade pública não pode deixar de investigar qualquer possível pista (salvo quando evidentemente inverossímil), ainda quando indicada por uma carta anônima ou assinada com pseudônimo; e, por isso mesmo, trata de esconder-se na sombra para dar o bote viperino. Assim, quando descoberto, deve estar sujeito a um plus de pena. (grifei).

Essa mesma posição – que entende recomendável, nos casos de *delação anônima*, que a autoridade pública proceda, de maneira discreta, a uma averiguação preliminar em torno da verossimilhança da comunicação (“*delatio*”) que lhe foi dirigida – é igualmente compartilhada, dentre outros, por GUILHERME DE SOUZA NUCCI (“Código de Processo Penal Comentado”, p. 87/88, item n. 29, 2008, RT), DAMÁSIO E. DE JESUS (“Código de Processo Penal Anotado”, p. 9, 23ª ed., 2009, Saraiva), GIOVANNI LEONE (“Trattato di Diritto Processuale Penale”, vol. II/12-13, item n. 1, 1961, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli), FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (“Código de Processo Penal Comentado”, vol. 1/34-35, 4ª ed., 1999, Saraiva), RODRIGO IENNACO (“Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por *denúncia anônima* no Estado Democrático de Direito”, “*in*” “*Revista Brasileira de Ciências Criminais*”, vol. 62/220-263, 2006, RT), ROMEU DE ALMEIDA SALLES JUNIOR (“Inquérito Policial e Ação Penal”, item n. 17, p. 19/20, 7ª ed., 1998, Saraiva) e CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA (“Comentários ao Código de Processo Penal”, vol. 1/210, item n. 70, 2002, EDIPRO), cumprindo rememorar, ainda, por valiosa, a lição de ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“Persecução Penal, Prisão e Liberdade”, p. 34/35, item n. 6, 1980, Saraiva):

Não deve haver qualquer dúvida, de resto, sobre que a notícia do crime possa ser transmitida anonimamente à autoridade pública [...].

[...] constitui dever funcional da autoridade pública destinatária da notícia do crime e, especialmente a policial, proceder, com máxima cautela e discricionariedade, a uma investigação preambular no sentido de apurar a verossimilhança da informação, instaurando o inquérito somente em caso de verificação positiva. E isto, como se a

sua cognição fosse espontânea, ou seja, como quando se trate de ‘notitia criminis’ direta ou inqualificada [...]. (grifei).

Vale acrescentar que esse entendimento também fundamentou julgamento que proferi, em sede monocrática, a propósito da questão pertinente aos escritos anônimos. Ao assim julgar, proferi decisão que restou consubstanciada na seguinte ementa:

DELAÇÃO ANÔNIMA. COMUNICAÇÃO DE FATOS GRAVES QUE TERIAM SIDO PRATICADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES QUE SE REVESTEM, EM TESE, DE ILICITUDE (PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS SUPOSTAMENTE DIRECIONADOS E ALEGADO PAGAMENTO DE DIÁRIAS EXORBITANTES). A QUESTÃO DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ANONIMATO (CF, ART. 5º, IV, ‘IN FINE’), EM FACE DA NECESSIDADE ÉTICO-JURÍDICA DE INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS FUNCIONAIS DESVIANTES. OBRIGAÇÃO ESTATAL, QUE, IMPOSTA PELO DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS POSTULADOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (CF, ART. 37, ‘CAPUT’), TORNA INDERROGÁVEL O ENCARGO DE APURAR COMPORTAMENTOS EVENTUALMENTE LESIVOS AO INTERESSE PÚBLICO. RAZÕES DE INTERESSE SOCIAL EM POSSÍVEL CONFLITO COM A EXIGÊNCIA DE PROTEÇÃO À INCOLUMIDADE MORAL DAS PESSOAS (CF, ART. 5º, X). O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO CIDADÃO AO FIEL DESEMPENHO, PELOS AGENTES ESTATAIS, DO DEVER DE PROIBIDADE CONSTITUÍRIA UMA LIMITAÇÃO EXTERNA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE? LIBERDADES EM ANTAGONISMO. SITUAÇÃO DE TENSÃO DIALÉTICA ENTRE PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA ORDEM CONSTITUCIONAL. COLISÃO DE DIREITOS QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO OCORRENTE, MEDIANTE PONDERAÇÃO DOS VALORES E INTERESSES EM CONFLITO. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS. LIMINAR INDEFERIDA.

(MS 24.369-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” INFORMATIVO/STF nº 286/2002)

Vê-se, portanto, que, tratando-se de revelação de fatos revestidos de aparente ilicitude penal, existe, “*a priori*”, a possibilidade de o Estado adotar medidas destinadas a esclarecer, em sumária e prévia apuração, a idoneidade das alegações que lhe foram transmitidas, desde que verossímeis, em atendimento ao dever estatal de fazer prevalecer – consideradas razões de interesse público – a observância do postulado jurídico da legalidade, que impõe à autoridade pública a obrigação de apurar a verdade real em torno da materialidade e autoria de eventos supostamente delituosos, tal como tenho enfatizado em alguns julgamentos proferidos no Supremo Tribunal Federal (Inq 1.957/PR, *v.g.*), como aquele consubstanciado em ementa a seguir reproduzida:

A INVESTIGAÇÃO PENAL E A QUESTÃO DA DELAÇÃO ANÔNIMA. DOUTRINA. PRECEDENTES. PRETENDIDA EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO, COM O CONSEQÜENTE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. DESCARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA

– As autoridades públicas não podem iniciar qualquer medida de persecução (penal ou disciplinar), apoiando-se, unicamente, para tal fim, em peças apócrifas ou em

escritos anônimos. É por essa razão que o escrito anônimo não autoriza, desde que isoladamente considerado, a imediata instauração de ‘*persecutio criminis*’.

– Peças apócrifas não podem ser formalmente incorporadas a procedimentos instaurados pelo Estado, salvo quando forem produzidas pelo acusado ou, ainda, quando constituírem, elas próprias, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no crime de extorsão mediante seqüestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o ‘*crimen falsi*’, p. ex.).

– Nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima (‘disque-denúncia’, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, ‘com prudência e discrição’, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da ‘*persecutio criminis*’, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas. [...]. (HC 100.042-MC/RO, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Em suma: revelar-se-á *plenamente* legítima a instauração de procedimento de investigação penal, desde que – além de não guardar direta e imediata vinculação causal com a “*notitia criminis*” *inqualificada* (assim denominada por JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Elementos de Direito Processual Penal”, vol. I/147, item n. 71, 2. ed., atualizada por EDUARDO REALE FERRARI, 2000, Millennium) – venham os órgãos incumbidos da “*persecutio criminis*” (e destinatários da peça apócrifa) a movimentar o aparato estatal *somente após* averiguação preliminar (e criteriosa) dos elementos veiculados em referida comunicação de prática delituosa.

Rev. FAPAD

e-ISSN: 2764-2313

Data de aceite: 01/10/2021

<https://periodicosfapad.emnuvens.com.br/gtp/article/view/34>

Organizado pelo Ministro: José Barroso Filho