

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
ESCOLA INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE MINAS GERAIS (MPMG)

MARCELO PEREIRA DA SILVA

**A (IM) POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA AMPLA DEFESA DO
ACUSADO NO PROCEDIMENTO DE INQUIRÇÃO DE VÍTIMAS E
TESTEMUNHAS AMEAÇADAS.**

Belo Horizonte

2018

MARCELO PEREIRA DA SILVA

**A (IM) POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA AMPLA DEFESA DO
ACUSADO NO PROCEDIMENTO DE INQUIRÇÃO DE VÍTIMAS E
TESTEMUNHAS AMEAÇADAS.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para aprovação no Curso de Especialização Ministério Público e o Novo Constitucionalismo promovido pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e pela Escola Institucional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG).

Orientador: Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro.

Belo Horizonte

2018

MARCELO PEREIRA DA SILVA

**A (IM) POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA AMPLA DEFESA DO
ACUSADO NO PROCEDIMENTO DE INQUIRÇÃO DE VÍTIMAS E
TESTEMUNHAS AMEAÇADAS.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para aprovação no Curso de Especialização Ministério Público e o Novo Constitucionalismo promovido pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e pela Escola Institucional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG).

Aprovado em ____ de _____ de ____.

Banca Examinadora:

Orientador: Dr.º Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Examinadora: Ms. Cláudia Spranger e Silva Luiz Motta

Examinador: Dr.º Rodrigo Iennaco de Moraes

Belo Horizonte
2018

Ao meu poderoso Deus, Senhor Jesus Cristo, pela oportunidade da vida, na qual tem me guiado com mãos amorosas e piedosas.

À minha amada esposa Adriana, pelo inestimável apoio na elaboração deste trabalho, pela compreensão nos exigidos momentos de ausência dedicados a este estudo e pelo amor e motivação que encontro em você.

Às minhas duas princesas Mariana e Marcela, pela produção de alegria na minha vida e pela inspiração extraída da doçura e sinceridade de seus gestos e de seus olhares.

AGRADECIMENTOS

Ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais pela oportunidade de realização deste Curso de Especialização.

Ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e à Escola Institucional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais por tornar concreta a realização deste Curso de Especialização.

Aos colegas de curso pelos valorosos e enriquecedores debates acerca dos inúmeros temas estudados.

Em especial, ao Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, homem simples e de conhecimento vasto, com quem verdadeiramente aprendi a desvendar o caminho para a construção de um trabalho científico. Receba a hora de quem lhe é muito grato pelos ensinamentos e orientações.

EPÍGRAFE

Fazer democracia a partir do e pelo direito parece que passou a ser o lema dos Estados Democráticos. Isso implicou – e continua a implicar – mudanças de compreensão: como olhar o novo com os olhos do novo, sem correr o risco de transformar o novo no velho? Esse passou a ser o grande desafio da teoria do direito. (Lenio Luiz Streck, 2013).

RESUMO

O trabalho objetiva verificar a possibilidade ou não da relativização do direito fundamental à ampla defesa do acusado em face dos direitos fundamentais à vida e a dignidade humana de vítimas e testemunhas ameaçadas, especificamente no procedimento de inquirição destas. Nessa perspectiva, explora-se a realidade criminal do Brasil, o desenvolvimento das organizações criminosas, os exorbitantes números da impunidade, a ausência de investimentos na polícia judiciária e a imprescindibilidade da prova testemunhal na investigação e no processo penal. Considerando a expansão da criminalidade e a imprescindibilidade da prova oral, discorre-se sobre os atuais procedimentos legais de inquirição e de proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas. As medidas de proteção esculpadas na Lei 9.807/1999, não obstante alcancem o objetivo de preservar a vida da pessoa inserida no programa, impõe-lhe inúmeras restrições aos seus direitos fundamentais. Constata-se que há no Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal a previsão de inovação de medidas protetivas aplicáveis tão somente às vítimas. A partir dessa constatação, sugere-se uma série de medidas protetivas aplicadas tanto às vítimas quanto às testemunhas ameaçadas, baseadas, sobretudo, no anonimato das qualificações e dos endereços das pessoas protegidas. No contexto argumentativo do Estado Democrático de Direito, verifica-se que as medidas preliminares de proteção sugeridas e diversas daquelas dispostas na Lei 9.807/1999, criam um cenário de colisão entre os direitos fundamentais do acusado e os direitos fundamentais das vítimas e testemunhas ameaçadas. Propõe-se verificar a solução para a constatada colisão entre os direitos fundamentais do acusado e das vítimas e testemunhas ameaçadas a partir das teorias dos direitos fundamentais de Robert Alexy e do Neoconstitucionalismo. Criado o espaço argumentativo para discussão da colisão de direitos fundamentais, exsurge uma resposta baseada na reafirmação do valor da vida humana, cerne de qualquer ordenamento jurídico estruturado em um Estado Democrático de Direito. A pesquisa apresenta a metodologia descritiva, bibliográfica, qualitativa, objetiva exploratória, aplicada e hipotético-dedutiva.

Palavras-chave: Criminalidade. Organizações Criminosas. Prova Testemunhal. Medidas Protetivas. Colisão de Direitos Fundamentais. Reafirmação do Valor da Vida Humana.

ABSTRACT

The goal of this job is to verify the possibility or not the relativization of fundamental right to defendant's ample defence in the face of fundamental rights of live and human dignity of victims and witnesses threateneds, specifically in the procedure of their inquiry. From that point of view, we explore the criminal reality of Brazil, the development of criminal organizations, the excessive numbers of impunity, the absence of investments in the judicial Police and the indispensability of testimonial evidence in criminal investigation and prosecution. Considering the expansion of criminality and the indispensability of oral evidence there is a discussion about the current legal procedures of inquiry and protection of victims and witnesses threatened. The protective measures laid down in Law 9.807/1999, despite reaching the goal of preserving the life of the person included in the program, imposes numerous restrictions on his fundamental rights. It is verified that there is in the Draft Law of the New Code of Criminal Procedure the prediction of innovation of protective measures applicable only to the victims. Based on this finding, a series of protective measures are suggested that apply to both victims and witnesses threatened, based, in particular, on the anonymity of the qualifications and addresses of protected persons. In the argumentative context of the Democratic State of Law it is found that the preliminary measures of protection suggested and several of those laid down by Law 9.807/1999, create a collision scenario between the fundamental rights of the accused and the fundamental rights of victims and witnesses threatened. It is proposed to verify the solution to the observed collision between the fundamental rights of the accused and the victims and witnesses threatened from the fundamental rights theories of Robert Alexy and Neo-constitutionalism. Create the argumentative space to discussion of collision of fundamental rights, it exsurges a response based on the reaffirmation of the value of human life, the basis of any legal system structured in a Democratic State of Law. The research presents the descriptive, bibliographic, qualitative, exploratory objective and hypothetical-deductive methodology.

Keywords: Crime. Criminal Organizations. Proof of Witness. Protective Measures. Collision of Fundamental Rights. Reaffirmation of the Value of Human Life.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 SOCIEDADE DE RISCO E A CRIMINALIDADE.....	14
2.1 O atual cenário da criminalidade organizada no Brasil	18
3 A INVESTIGAÇÃO E A PERSECUÇÃO CRIMINAL NO BRASIL. IMPRESCINDIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL.....	25
3.1 A proteção às vítimas e às testemunhas ameaçadas no Brasil	29
3.2 O procedimento atual de inquirição de vítimas e testemunhas	37
3.3 Mudanças no Projeto do novo Código de Processo Penal concernentes ao procedimento de inquirição de vítimas e testemunhas?	41
3.4 Sugestões de medidas protetivas às vítimas e às testemunhas ameaçadas diversas da inserção em programa de proteção. 47	
4 O SURGIMENTO DO CONFLITO. AMPLA DEFESA DO ACUSADO X DIREITOS DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS AMEAÇADAS 52	
4.1 Estado Democrático de Direito e direitos fundamentais 55	
4.2 Ampla defesa como direito fundamental do acusado 57	
4.3 Os direitos das vítimas e testemunhas como direitos fundamentais 59	
4.4 Colisão de direitos fundamentais 61	
5 SOLUÇÃO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – POSSIBILIDADE OU NÃO DA RELATIVIZAÇÃO DA AMPLA DEFESA DO ACUSADO 63	
5.1 Síntese da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy 64	
5.2 A solução da colisão entre os direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy 69	
5.3 Síntese da teoria do Neoconstitucionalismo 78	
5.4 A solução da colisão entre os princípios constitucionais no Neoconstitucionalismo 82	
6 CONCLUSÃO 86	
REFERÊNCIAS 88	

1 INTRODUÇÃO.

A criminalidade no Brasil tem causado impactos visíveis na sociedade¹, pois, além da sensação de insegurança², altera inclusive os hábitos e as rotinas das pessoas, isso muitas vezes apenas para garantir a sobrevivência.

Num cenário paradoxal de realidade do desenvolvimento da democracia e de uma sociedade pautada no risco³ – caracterizada, sobretudo, a partir dos efeitos da globalização⁴, da facilidade de compartilhamento de informações, das influências econômicas supranacionais, da dicotomia entre a automação de produção e a necessidade de geração de empregos e, por fim, das limitações⁵ do Estado na resolução dos problemas sociais surgidos – é que se expandem as organizações criminosas.

Especificamente no Brasil, não obstante os inegáveis avanços democráticos, as atuações das organizações criminosas ainda são um entrave para que o cidadão possa usufruir

¹ A sociedade em risco gera, assim, a sociedade da insegurança e da sensação de impunidade onde o crime organizado em suas diversas modalidades, ao promover a circulação de pessoas, capitais e mesmo empresas em escala global com o intuito de favorecer a garantia dos lucros provenientes de outras práticas ilícitas, com o alcance de vítimas em todos os continentes e extratos sociais, coloca todos a bordo de perigo real e globalizado, pelo que é intuitiva a necessidade de uma atuação conjunta de combate, vigilância e prevenção. CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Criminalidade Organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias. Ponto Urbe. **Revista do Núcleo de Antropologia Urbana da USP**, n. 8, p. 01, 2011.

² Com o aumento da criminalidade sobreposta aos altos níveis de impunidade, essas pessoas se calam e vivem uma vida de perseguição, medo e insegurança. SANTA, Elaine Christina. **Programa de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas – PROVITA: um estudo sobre o Serviço Social**. 2006. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 10.

³ Ulrich Beck, explica que “Os riscos e perigos de hoje se diferenciam essencialmente dos da idade Média pela globalidade de suas ameaças, e por suas causas modernas. São riscos da modernização. São um produto global da maquinaria do progresso industrial e são aumentados sistematicamente com seu desenvolvimento posterior” GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in) eficiência do direito penal na era da globalização. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, a. V, n. 17, p. 7, 2005.

⁴ Contudo, o que se deve levar em conta é justamente a nova dimensão dos riscos contemporâneos, visto que estes são globalmente difundidos e irrefreáveis – em função de uma nova ordem financeira e internacional, de um modelo de desenvolvimento capitalista que se baseia em novos padrões de produção, na elevadíssima concentração de capital, na revolução tecnológica, nas precarizações das relações de trabalho, na ampliação da exclusão social, na degradação do meio ambiente, entre tantos outros fatores. GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; REGO, Davi Uruçu. Funções dogmáticas e legitimidade dos tipos penais na sociedade do risco. São Luís. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**, São Luís, p. 216, 2008.

⁵ A evolução tecnológica e o processo de globalização acabam por possibilitar condições de atividades até então impensáveis, trazendo consigo a consequente incapacidade dos Estados em administrar, pelas fórmulas tradicionais, os efeitos negativos deste fenômeno (...). Ocorre que, tal como o Estado mostrou-se incapaz de regular satisfatoriamente as condições para vida em sociedade, os meios de controle formais atualmente empregados na tentativa de evitar a proliferação da criminalidade mostram-se longe de exercer regulação suficiente às necessidades da vida moderna. GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in) eficiência do direito penal na era da globalização. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, a. V, n. 17, p. 1 e 2, 2005.

integralmente de seus direitos e de suas liberdades⁶ garantidos na Constituição da República de 1988, o que, em última análise, se torna um obstáculo⁷ para o exercício da democracia.

As repercussões da criminalidade não poderiam ser diferentes no que diz respeito às vítimas e às testemunhas. Como forma de defesa da própria vida, a “lei do silêncio” é adotada por grande parte das vítimas e testemunhas, sobretudo pela desconfiança⁸ de que no Estado não encontrarão respaldo necessário a garantir-lhes suas integridades físicas, psíquicas e emocionais, quando da colaboração na investigação e no processo criminal.

Dessa forma, a criminalidade, sobretudo a organizada, valendo-se de seu aparato de violência e crueldade⁹, naturalmente causador de temor a qualquer ser humano, acaba por interferir no ânimo das vítimas e das testemunhas para que não colaborem com o Estado na investigação e o no processo penal.

⁶ No direito positivo brasileiro, a declaração das liberdades públicas se concentra no art. 5.º da Constituição, em cujo *caput* se garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. BARROSO, Luis Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 5, p.46, 2007.

⁷ Neste artigo mostraram-se os obstáculos impostos pela violência e pelo crime à democratização da sociedade brasileira, assim como também as práticas sociais e políticas que alimentam aqueles fenômenos. A exclusão social produz/reproduz sujeitos que são alvo preferencial de violências praticadas por agentes públicos e privados. A evitação social prejudica a formação de um espaço público democrático em que todos sejam reconhecidos como portadores dos mesmos direitos. O aumento do sentimento de insegurança não só transtorna as interações cotidianas – porque as regras da ordem em público não mais são compartilhadas, ou assim são percebidas – como altera a confiança dos agentes sociais nas instituições democráticas, que parecem incapazes tanto de prover a segurança quanto de punir os infratores. A ineficiência e a distância do Judiciário favorecem a proliferação de atos delituosos, pois nutrem a impunidade e o exercício da justiça privada, incrementando a desconfiança das pessoas nos mecanismos institucionais de resolução de conflitos. OLIVEIRA, Antônio Santos. A violência e a criminalidade como entraves à democratização da sociedade brasileira. **Caderno CRH**, v. 16, n. 38, p. 261, 2006.

⁸ A crescente onda de criminalidade tem gerado um enorme temor social e este, por sua vez, está a impedir o auxílio da sociedade na investigação criminal, ante o receio de ameaças e retaliações de toda ordem. MIGUEL, Alexandre; PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de Souza. Comentários à lei de proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 773, p. 426, 2000.

⁹ Na atual conjuntura, em que se busca consolidar os fundamentos da cidadania, exigem-se medidas de proteção e assistência às vítimas e testemunhas, pois com o aumento do crime organizado, que campeia não só os grandes centros, tem reinado a mais absoluta “Lei do Silêncio”, imposta pelos que detêm o poder no mundo do crime aos que assistem ou sofrem a violência. Estes silenciam, dominados pelo instinto de sobrevivência, pois aqueles que ousam desafiá-la são exterminados, como castigo ou para servirem de exemplo aos demais. MIGUEL, Alexandre; PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de Souza. Comentários à lei de proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 773, p. 426, 2000.

Somando-se a esse contexto, a ausência de estrutura da polícia judiciária, mormente no que diz respeito à falta de recursos humanos e científicos¹⁰, resulta em inaceitáveis números da impunidade.

Ironicamente, não obstante às questões levantadas, a prova oral ainda é a mais importante para o desvendamento de ilícitos no Brasil, consequentemente, a prova mais utilizada para a condenação no processo penal, assumindo, portanto, papel de imprescindibilidade.

Logo, qualquer intervenção na disposição de vítimas e de testemunhas em revelar a realidade fática, irremediavelmente irá repercutir no resultado da investigação e do processo penal.

Com efeito, o trabalho abordará a situação de vítimas e testemunhas ameaçadas em decorrência da colaboração com o Estado na investigação e no processo criminal, sob o enfoque das atuais medidas de proteção e das previsões procedimentais pertinentes ao tema contidas no projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal. O foco será a análise de medidas de proteção preliminares já existentes e diversas da inclusão em programa de proteção previsto na Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como a apresentação de sugestão de suas ampliações.

Como tema central do trabalho, examinar-se-á, a partir do estudo das medidas protetivas preliminares existentes e também sugeridas – diversas da inclusão em programa de proteção –, aplicáveis especificamente no procedimento de inquirição de vítimas e testemunhas tanto no inquérito policial quanto na instrução processual, se há ou não a possibilidade de relativização da aplicação dos direitos advindos da ampla defesa do acusado em possível confronto com aqueles inerentes às vítimas e às testemunhas, sobretudo no que diz respeito ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

¹⁰ É verdade que o desenvolvimento das descobertas tecnológicas trazem, também ao mundo da investigação criminal, vários instrumentos que contribuem para se descobrir a realidade dos fatos (...). Toda essa gama de técnicas científicas necessárias para evitar a prova testemunhal ou, pelo menos, para torná-la complementária, está, todavia, longe de ocorrer, em especial no Brasil, onde os investimentos públicos são irrisórios ou quase inexistentes no campo da inteligência e de investigação. GÍDARO, Wagner Roby. **As medidas especiais de proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores como mecanismo de efetividade do processo penal**. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 15.

Para tanto, explorar-se-á Teorias dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy¹¹ e do Neoconstitucionalismo¹² com o objetivo de obter-se uma resposta para a resolução das colisões ou conflitos envolvendo princípios (ou direitos fundamentais) inerentes tanto ao acusado quanto às vítimas e às testemunhas.

O trabalho adotará uma abordagem metodológica qualitativa, a partir de um apanhado bibliográfico dos temas a serem discutidos no transcorrer do desenvolvimento do texto. Isso implicará em análises críticas de conceitos, características e ideais que envolvam ou que tenham pertinência com o objeto que se propõe a estudar.

No que diz respeito aos objetivos metodológicos, o texto será composto de um viés descritivo, porquanto relatará fatos e fenômenos da realidade cotidiana da criminalidade no Brasil, das questões envolvendo vítimas e testemunhas ameaçadas, bem como das repercussões da sociedade de risco na comunidade atual. Contudo, o estudo também não se desvinculará de uma metodologia objetiva exploratória, uma vez que as soluções para o problema proposto advirão e se fundamentarão em aparato bibliográfico.

Na mesma perspectiva, o corrente trabalho buscará identificar o problema envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais do acusado e das vítimas e testemunhas ameaçadas,

¹¹ Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 86, 2015.

¹² A existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. (...). Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto. A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: Revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 27-28, 2016.

formulando uma hipótese concreta e submetendo-a às Teorias dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy e do Neoconstitucionalismo, afim de obter-se a solução para o cogitado problema, utilizando-se, destarte, do método hipotético-dedutivo.

Por fim, considerando que o objeto central do presente estudo é a verificação da possibilidade ou não da relativização do direito à ampla defesa do acusado nas inquirições de vítimas e testemunhas ameaçadas, poderá haver, com o encontro da resposta do problema, uma repercussão jurídica prática, ensejadora, portanto, da configuração de natureza metodológica aplicada.

2- SOCIEDADE DE RISCO E A CRIMINALIDADE.

A sociedade moderna é caracterizada por grande avanço tecnológico, sobretudo na indústria – com destaque para a informática e meios de comunicação –, ciência e economia, com incidência, portanto, quase que unanimemente em todos os setores da sociedade.

A globalização¹³, subsidiada pela internet, numa vertente, foi determinante para que o mundo se conectasse instantaneamente, possibilitando a proliferação de práticas, influências, comportamentos, ideias e pensamentos, bem como o compartilhamento de informações e dados.

Noutro aspecto, contudo, a evolução tecnológica empreendida pelo homem gerou o que se adjectiva como sociedade de risco¹⁴¹⁵ e, como consequência trouxe também repercussões atentatórias a bens jurídicos até então não previstas ou imagináveis.

A sociedade de risco nasceu em igual passo com o desenvolvimento técnico-industrial, de maneira que, quanto mais o homem progrediu¹⁶ tecnologicamente, mais se produziram riscos de toda sorte: ambientais, químicos, bélicos, econômicos e sociais – os quais, por suas vezes, impactaram integralmente¹⁷ a sociedade.

¹³ Esse fenômeno sociopolítico, sem dúvida, trouxe avanços, porém, paradoxalmente, trouxe, também, riscos e insegurança à sociedade. Reforçando, assim, a ideia contraste da segurança e insegurança, da determinação e indeterminação, da estabilidade e instabilidade. ROBALDO, José Carlos De Oliveira; VIEIRA, Vanderson Roberto. A sociedade de risco e a dogmática penal. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS, v. 4, n. 8, p. 27, jul./dez. 2002.

¹⁴ O estudo sobre a sociedade de risco tem como grande percussor o sociólogo alemão Ulrich Beck, a partir da publicação em 1986, de sua obra intitulada Risk Society.

¹⁵ Os riscos atingem toda a sociedade, independente de desenvolvimento econômico e político, nível social e educacional. Ele não respeita as fronteiras entre os países e/ou blocos econômicos. Eles podem ser locais e globais. Na grande maioria das vezes tais riscos têm apresentado até mesmo maiores do que os riscos naturais. ROCHA, Virginia Afonso Oliveira Moraes; CUNHA, Juliana Falci Sousa Rocha. A Sociedade de Risco e o Direito Penal. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos** ISSN 1415-0778, v. 26, p. 347-348, 2014.

¹⁶ Pode-se claramente notar que quanto maior a produção e o desenvolvimento industrial, maior é a produção de riscos. O desenvolvimento de novas tecnologias também caminha no mesmo sentido: à medida que se desenvolve, apresentam-se novas situações, muitas delas consideradas de risco. ROCHA, Virginia Afonso Oliveira Moraes; CUNHA, Juliana Falci Sousa Rocha. A Sociedade de Risco e o Direito Penal. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos** ISSN 1415-0778, v. 26, p. 346, 2014.

¹⁷ Da mesma forma que a tecnologia proporciona um contato cada vez mais facilitado aos seres humanos, alterando profundamente as noções de tempo e espaço, possibilita a adoção de condutas indiscutivelmente perigosas, cujas consequências são desconhecidas, marcadas, sobretudo, pelo signo da impessoalidade, da intemporalidade e da ausência de fronteiras. GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in) eficiência do direito penal na era da globalização. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre, a. V, n. 17, p. 17, 2005.

O estudo desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck se apresenta em dois estágios¹⁸ bem delineados e, apesar de criticado¹⁹, aborda sucessivamente a sociedade de risco e a sociedade reflexiva.

O primeiro é caracterizado pela evolução industrial, subsidiada pelo desenvolvimento de inéditas tecnologias, responsáveis pela produção em massa, pela criação e inovação de produtos e serviços. Nesse quadro, acreditava-se, não obstante o cenário inovador, que os riscos gerados estavam suficientemente contingenciados pelo Estado, cuja intervenção garantiria a ordem social, a regulação das ações humanas – a exemplo, com a natureza – e as próprias relações sociais do homem, garantindo um ambiente de estabilidade e previsibilidade.

O segundo, bem antagônico, consubstancia-se no reconhecimento da falibilidade das instituições políticas, nas normas de regência social e principalmente, da insuficiência dos mecanismos de controle de risco, sobretudo porque esses já não se circunscrevem ao território regional ou nacional, porquanto advindos ou gerados em ambiente exógeno. Cita-se, a exemplo, um desastre químico em determinado país que pode ter incidência além das fronteiras nacionais, chegando mesmo a ser até uma ameaça global.

¹⁸ Isto é, em sua primeira forma, a modernidade industrial viu emergir as instituições estatais como centros da regulação político-normativa e motor da produção de uma ordem social de tal sorte previsível e estável que os diversos agentes pudessem apoiar nela a formação de suas expectativas e a orientação de suas ações. Assim como a ciência e a técnica buscavam, no plano da relação com a natureza, contornar contingências e garantir a eficácia da ação humana, coube ao Estado moderno regular as relações sociais, produzindo, nesse âmbito, certezas e previsibilidade. Na sociedade de risco, a incerteza retorna e transforma-se no eixo articulador da vida política. Trata-se de uma profunda crise de instituições políticas modernas, a qual apresenta pelo menos duas dimensões. Em primeiro lugar, o retorno da incerteza materializa-se na ruptura do nexo entre causas e consequências, culpados e vítimas dos problemas sociais. Os riscos contemporâneos são sempre difusos, tem origens múltiplas e tanto aqueles que os causam como os que sofrem sua ação não podem mais ser adequadamente identificados. As unidades que definem os limites da competência política para a solução de problemas, por sua vez, mostram-se inapropriadas para responder a ameaças que não se deixam aprisionar geograficamente, nas fronteiras de um município ou de um Estado nacional. Cria-se assim um impasse na ação reguladora e disciplinar do Estado. Mesmo que quisesse proteger sua população contra os riscos (ambientais, sociais, militares etc.), teria dificuldade de atacar as causas últimas dos problemas, seguindo os mecanismos tradicionais de imputabilidade e castigo e as jurisdições e competências legalmente reconhecidas. COSTA, Sérgio. Quase crítica: insuficiências da sociologia da modernização reflexiva. **Tempo social**, v. 16, n. 2, p. 78, 2004.

¹⁹ O primeiro problema está relacionado com a apresentação das diferentes modernidades numa linha cronológica, como se a sociedade industrial se seguisse inevitavelmente a segunda modernidade: a primeira coordenada por um padrão de racionalidade simples: a segunda, por uma racionalidade reflexiva. COSTA, Sérgio. Quase crítica: insuficiências da sociologia da modernização reflexiva. **Tempo social**, v. 16, n. 2, p. 80, 2004.

No segundo estágio, é clara a preocupação com os rumos que a sociedade moderna tomou, mormente diante da ineficácia dos métodos de gestão de riscos. Preocupa-se em buscar soluções para os problemas sociais, ambientais, químicos, bélicos, criminais e até mesmo acerca da credibilidade das instituições políticas existentes.

No mesmo aspecto, não há mais espaço para uma política inoperante e pautada em distanciamento com a realidade. Inadmitem-se políticos profissionais infensos com as necessidades sociais e condutas entrelaçadas tão somente em interesses umbilicais. Ao revés, é necessário que os mecanismos políticos-normativos estejam bem alinhados na resolução dos hodiernos problemas sociais.

De igual modo, não é mais aceitável que o homem simplesmente entregue ao Estado a legitimidade para atuar em seu nome resolvendo as questões sociais. A sociedade reflexiva incute no homem a necessidade de posicionamento atuante na busca de êxito comum, mudanças de comportamentos e de hábitos direcionados principalmente ao sucesso coletivo²⁰.

A grande questão a ser enfrentada modernamente são os riscos que atacam bens jurídicos indispensáveis para a própria sobrevivência da espécie humana. Logo, o atual cenário da sociedade de risco tornou-se preocupante e merecedor de reflexões, objetivando a minimização e o controle daqueles, adequando-os a patamares aceitáveis, uma vez que não há como evoluir sem o extermínio total dos riscos.

Nesse alinhamento, a ciência volveu-se para a análise das mazelas surgidas com a sociedade de risco, questionando práticas, métodos e resultados, buscando alternativas para diminuir, adequar e controlar os riscos de uma era tecnológica, fenômeno identificado como modernidade reflexiva²¹.

²⁰ Ele aprende a associar a cada gesto cotidiano e a cada escolha de consumo uma cadeia de reações, que torna qualquer passo pleno de consequências para o indivíduo, para o conjunto da sociedade e para as gerações que o sucederão. COSTA, Sérgio. Quase crítica: insuficiências da sociologia da modernização reflexiva. **Tempo social**, v. 16, n. 2, p. 77, 2004.

²¹ A denominação reflexiva decorre do fato de que as premissas, as contradições, os desacertos da fase anterior, devem ser refletidos e projetados na busca da construção de uma nova sociedade com as linhas de coerência e de continuidade, mais precisamente como produto de uma construção crítico-dialética. Trata-se, pois, de um novo tipo de capitalismo e um novo estilo de vida com padrões totalmente diversos daqueles existentes nas fases anteriores do desenvolvimento social e que estão a exigir, na busca de adequações razoáveis, novas reflexões do político, do sociólogo, do criminólogo, do jurista, etc. ROBALDO, José Carlos De Oliveira; VIEIRA, Vanderson Roberto. A sociedade de risco e a dogmática penal. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS, v. 4, n. 8, p. 26, jul./dez. 2002.

No viés de estudo deste trabalho, o ponto de interesse é a proliferação da criminalidade organizada²² nesse cenário de riscos e reflexões, a qual afeta bens jurídicos intransacionáveis e que, portanto, impõe o agir do direito²³.

A expansão dos crimes cibernéticos e os ataques quase que diários a caixas eletrônicos são exemplos resultantes dos efeitos de uma sociedade de risco, em que se coabitam a evolução do homem e a incidência da criminalidade.

Até pouco tempo, não se imaginava que organizações criminosas ousassem impor o terror a moradores de cidades inteiras, explodissem as sedes de empresas de transporte de valores e roubassem milhões de reais²⁴, sobretudo quando se constata que as ações delitivas já ultrapassam as fronteiras do País.

Os benefícios do uso de cartão crédito não podem mais ser vistos apenas como comodidade, pois as ações de organizações criminosas na clonagem e falsificação deste documento têm sido cada vez mais recorrentes, causando insegurança nos usuários e

²² Uma política criminal que pretendesse, assim, dar respostas a essa sociedade de risco poderia convocar-se a partir de quatro grandes linhas: (...). Em segundo lugar, uma significativa transformação do objetivo da nova política criminal, que concentraria seus esforços em perseguir a criminalidade dos poderosos, únicos setores sociais capazes de desenvolver sofisticadas condutas delituosas e que até então raramente entravam em contato com a justiça penal (...). Por fim, a necessidade de adaptar os conteúdos de direito penal e processual penal às dificuldades especiais à persecução desta nova criminalidade reporta ao problema de às novas técnicas dos crimes aos obstáculos para determinar os riscos não permitidos, e à trabalhosa individualização de responsabilidades ter de se contrapor uma atualização dos instrumentos punitivos, o que implica em reconsiderar ou flexibilizar o sistema de imputação da responsabilidade e de garantias individuais vigentes, o que há de fazer-se em função da necessidade político-criminal de melhorar a efetividade na persecução e no processo penais. NETO, Eduardo Diniz. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. **Revista do Direito Público**, v. 5, n. 2, p. 212-213, 2010.

²³ Há, portanto, riscos que são tolerados porque são adequados socialmente, como, por exemplo, os decorrentes de atividades esportivas dentre outros, tratados pela teoria da imputação objetiva. Contudo, existem outros riscos sociais que afetam bens jurídicos ou valores essenciais e que, por isso, respeitando os princípios constitucionais pertinentes, em especial, o da fragmentariedade, da subsidiariedade, da proporcionalidade, dentre outros, devem ser tutelados também pelo Direito Penal. Dentre os riscos intolerados, como exemplos, podem ser relacionados aqueles envolvendo o crime organizado, a distribuição/contaminação do meio ambiente, o terrorismo, os crimes contra a humanidade, dentre outros. ROBALDO, José Carlos De Oliveira; VIEIRA, Vanderson Roberto. A sociedade de risco e a dogmática penal. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS, v. 4, n. 8, p. 28-29, jul./dez. 2002.

²⁴ Destacam-se as atuações de organizações criminosas brasileiras especializadas em roubos a empresas de transportes de valores, caracterizadas pelo planejamento das ações delitivas, pela violência empregada, pelo poderio bélico e principalmente pelo terror que impõe à sociedade. A exemplo, registra-se os ataques a empresas de transporte de valores sediadas na cidade de Uberaba, Minas Gerais, em 6 de novembro de 2017, e, em Ciudad Del Este, no Paraguai, em 24 de abril de 2017, os quais além de destruir as sedes das empresas, roubaram nestas ações, cerca de R\$ 180.000.000,00. Quadrilha arromba empresa de valores em Uberaba e atira para intimidar; jovem é atingido de raspão. **G1**. Triângulo Mineiro. 6 nov. 2017. Disponível, respectivamente, em: <<https://g1.globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/noticia/grupo-fortemente-armado-arromba-empresa-em-uberaba.ghtml>> e Assaltantes invadem transportadora de valores no Paraguai. **G1**. São Paulo. 24 abr. 2017. <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/assaltantes-levam-us-40-milhoes-de-transportadora-de-valores-no-paraguai.ghtml>>. Acessos em: 28 nov. 2017.

desconfiança nos comerciantes, sendo necessário, diuturnamente, novas tecnologias e práticas hodiernas evitando a ocorrência de fraudes.

O rumo que a criminalidade, mormente a organizada, tem alcançado no Brasil, impingindo na sociedade um sufocante sentimento de incerteza e insegurança, além de um inegável descrédito nas instituições de segurança pública, é francamente contraditório com a República Federativa constituída em um Estado Democrático de Direito e fundamentada na cidadania e dignidade de pessoa humana²⁵.

Com esse plano, parece ser prudente que haja inovação na atuação do Estado, empenhando esforços na implementação de novas tecnologias e procedimentos investigativos, bem como reflexões de ordem normativa, porquanto não se vislumbra no atual estágio do direito penal²⁶ ferramenta hábil que faça frente à demanda criminal²⁷.

O cenário apresentado é, portanto, fértil para a eclosão de profícuos debates acerca da necessidade de movimentação estatual na busca da redução da criminalidade, sem, todavia, descuidar da preservação das garantias individuais asseguradas aos infratores.

2.1 O atual cenário da criminalidade organizada no Brasil.

A criminalidade no Brasil, a cada momento, alcança patamares numéricos exorbitantes causando na população uma sensação de total insegurança e medo²⁸. Ela é caracterizada por

²⁵ Artigo 1.º, *caput*, I e II, da Constituição da República de 1988.

²⁶ No entanto, a sociedade moderna, paradoxalmente, diante do atual estágio de evolução tecnológico-industrial, científica e econômica, passou a conviver com uma série de condutas atentatórias a bens jurídicos inalcançáveis pela forma de tutela de um dito direito penal clássico, situação que exige, por conseguinte, a modernização de seu complexo normativo-coercitivo repressivo, sem o que não há como legitimar a intervenção deste ramo do direito para a solução de conflitos ou mesmo como instrumento de defesa social ou da ordem pública. Numa aproximação, assim, com a própria teoria da sociedade, situada entre o plano da fundamentação e o plano de aplicação do direito penal, a dinâmica da ‘sociedade de risco’ é conduzida por uma racionalidade instrumental (econômica, técnica e científica), com viés, muitas vezes, marginal aos discursos moral e ético, que é responsável pelo surgimento de novos e grandes riscos e sua potencial dimensão de catastrófica. NETO, Eduardo Diniz. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. **Revista do Direito Público**, v. 5, n. 2, p. 203, 2010.

²⁷ É preciso registrar que o foco do direito penal deve ser os crimes que incidem nos bens jurídicos inegociáveis e que, portanto, não podem ser tolerados. Neste passo, as inovações trazidas pela Resolução de número 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público são vistas com bons olhos pelo autor, não obstante seu posicionamento de vício de inconstitucionalidade formal da Resolução.

²⁸ A evolução dos crimes e da violência estimulou a difusão de sentimentos coletivos de medo e insegurança diante da falta de proteção de direitos fundamentais, como o direito à vida, à livre circulação das pessoas nos espaços públicos, à posse privada de bens patrimoniais. ADORNO, Sergio; PASINATO, Wânia. Violência e impunidade penal: da criminalidade detectada à criminalidade investigada. **Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 3, n. 7, p. 51-52, 2010.

ações delitivas de organizações criminosas atuantes no tráfico de drogas, roubo de cargas²⁹, sequestros, fraudes de toda natureza e homicídios³⁰.

No Estado Brasileiro, a ordem está sendo mitigada até mesmo dentro de seus presídios³¹, os quais, além de não propiciar aos condenados o cumprimento digno da pena, também são palcos de assassinatos promovidos, em grande medida, por determinação de líderes de organizações criminosas em detrimento de seus próprios membros e também em desfavor de seus rivais.

No mesmo alinhamento, o Brasil é o país com o maior número absoluto de homicídios³², dos quais a maioria está relacionada com o tráfico de drogas e consistente em mortes de usuários e decorrentes de disputas de territórios entre organizações criminosas.

A rigor, enquanto a criminalidade no Brasil se desenvolveu e modernizou, inclusive com ramificações em vários estados e até mesmo além das fronteiras brasileiras, sem embargos também da evolução criminal na perspectiva regionalizada, com o surgimento de pequenas e médias organizações criminosas, bem como a formação de gangues atuantes, sobretudo, na comercialização ilícita de drogas – desdobramento no aumento de crimes dolosos contra a vida –, roubo de cargas e bancos, estelionato, fraudes diversas etc., o Estado

²⁹ Estudo sobre esse crime que prejudica o setor produtivo e a sociedade. O primeiro, devido ao aumento dos custos de frete e à perda de competitividade; o segundo, devido ao aumento no preço final das mercadorias. Entre 2011 e 2016, houve aumento de 220,9% no número de roubos de cargas, com impacto de R\$ 2,1 bilhões na economia. O estudo apresenta, ainda, uma série de propostas para combater o problema. O impacto econômico do roubo de cargas no estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Fev/2017. **Site Firjan**. Disponível em: <<http://www.firjan.com.br/publicacoes/publicacoes-de-economia/o-impacto-economico-do-roubo-de-cargas-no-estado-do-rio-de-janeiro.htm>>. Acesso em: 26 set. 2017.

³⁰ Mil, cento e noventa e cinco mortes violentas. Uma média de uma a cada oito minutos no país. Durante uma semana, o G1 registrou todas as vítimas de um embate silencioso. São crimes que, na maioria das vezes, ficam esquecidos – casos de homicídios, latrocínios, feminicídios, mortes por intervenção policial e suicídios espalhados pelo Brasil (...). Nesta primeira etapa, 230 jornalistas do **G1** espalhados pelo país apuraram e escreveram as histórias dos 1.195 mortos em 546 cidades – quase 10% do total de municípios brasileiros. São todos os casos de morte de que se tem notícia registrados no período de 21 a 27 de agosto. REIS, Thiago. Uma semana, 1.195 mortes: o retrato da violência no Brasil. **G1**. Rio de Janeiro. 25 set. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/uma-semana-de-mortes-o-retrato-da-violencia-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 26 set. 2017.

³¹ O Brasil teve 379 mortes violentas registradas dentro dos presídios no ano passado. É o que mostra levantamento feito pelo G1 com base em dados fornecidos pelos governos dos 26 estados e do Distrito Federal. O número equivale a uma média de mais de um morto por dia, e os dados se referem a todas as mortes consideradas não naturais – o que inclui homicídios e suicídios. Brasil teve quase 400 mortes violentas nos presídios em 2016. VELASCO, Clara; D'AGOSTINHO, Rosanne; REIS, Thiago. **G1**. Rio de Janeiro. 5 jan. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-teve-mais-de-370-mortes-violentas-nos-presidios-em-2016.ghtml>>. Acesso em: 26 set. 2017.

³² No Estudo Global sobre Homicídios, produzido pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes - UNODC, o País tem o maior número absoluto de homicídios do mundo (43.909 em 2009), mais do que a Índia (40.752 em 2009), que tem o equivalente a cinco vezes a nossa população e maior volume de pessoas vivendo abaixo da linha da miséria. Meta 2. A impunidade como Alvo. Conselho Nacional do Ministério Público. **Diagnóstico da Investigação de Homicídios no Brasil** – Relatório Nacional da Meta 2. Brasília, p.22, 2012.

não conseguiu avançar no aumento adequado do efetivo de policiais, na compra de equipamentos e instrumentos de polícia científica, muito menos garante condições suficientes para o trabalho dos agentes públicos.

Não se descuida de destacar que este cenário é igualmente resultado da ausência³³ de política pública criminal, sendo a impunidade³⁴ uma fatia também a ser enfrentada, justamente porque é um dos fatores estimuladores dos exacerbadores e inaceitáveis números da violência no Brasil.

Com efeito, a impunidade é resultante do trabalho ineficiente³⁵ da polícia judiciária na apuração de autoria delitiva, mesmo em análise que compreenda apenas crimes violentos³⁶, gerando significativos números de arquivamento de inquéritos policiais sem apuração de autoria.

Nesse contexto, os números nacionais envolvendo crimes dolosos contra a vida, tentados e consumados, apurados pela Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública – ENASP, do Conselho Nacional do Ministério Público e composta por órgãos de Justiça,

³³ A mais importante causa da ausência de uma política criminal brasileira — e da qual todas as demais decorrem — é que jamais existiu uma real e efetiva Política de Estado no Brasil. Sem uma matriz fundante e diretiva de objetivos maiores, extraídos do consenso do povo brasileiro (Política de Estado), não há como se situar, dentre as demais políticas públicas, um âmbito claro e uma finalidade segura para uma política criminal. DE MORAES, Maurício Zanoide. Política criminal, constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 101, p. 417, 2006.

³⁴ A deficiência na punição da ilicitude gera a impunidade, que é fator acelerador da desagregação social e, portanto, ingrediente de risco para a estabilidade das instituições. LAZZARINI, Álvaro. A Segurança Pública e o aperfeiçoamento da Polícia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 184, p. 25-85, 1990.

³⁵ O índice de elucidação dos crimes de homicídio é baixíssimo no Brasil. Estima-se, em pesquisas realizadas, inclusive a realizada pela Associação Brasileira de Criminalística, 2011, que varie entre 5% e 8%. Este percentual é de 65% nos Estados Unidos, no Reino Unido é de 90% e na França é de 80%. A quase totalidade dos crimes esclarecidos decorre de prisão em flagrante e da repercussão do caso nos meios de comunicação. As delegacias de polícia, por inúmeras causas, dedicam-se apenas aos homicídios novos. A imensa maioria dos inquéritos acaba paralisada nas delegacias de polícia, em situação de arquivamento de fato, o que contraria a legislação processual penal, que estabelece a necessidade de proposta do Ministério Público e acolhimento pelo juiz para os casos de arquivamento. Diante dos altos índices de violência e dos inúmeros casos noticiados na imprensa, o crime de homicídio vem sendo percebido com cada vez menos perplexidade, apesar da sua gravidade. A ausência de eficiência na persecução penal e a consequente impunidade são fatores que contribuem para o aumento do número de homicídios. Conselho Nacional do Ministério Público. **Diagnóstico da Investigação de Homicídios no Brasil** – Relatório Nacional da Meta 2. Brasília, p.22, 2012.

³⁶ Crimes violentos são aqueles cuja ação representa grave ameaça à integridade física ou à vida das pessoas: estupro, homicídios, roubo (inclusive roubo seguido de morte) e tráfico de entorpecentes. Estes são crimes que revelaram expressivo crescimento no período, suscitando apaixonado debate na mídia impressa e eletrônica, bem como alimentando os sentimentos de insegurança coletiva. ADORNO, Sergio; PASINATO, Wânia. Violência e impunidade penal: da criminalidade detectada à criminalidade investigada. **Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 3, n. 7, p. 63, 2010.

Segurança Pública, Poder Judiciário e do Ministério Público, durante a execução da meta 2³⁷, revelaram que 78% dos inquéritos policiais concluídos pelo programa foram arquivados sem autoria.

O cenário da investigação criminal apresentado pelos números da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública – ENASP foi semelhante ao diagnosticado por pesquisa³⁸ realizada entre as datas de 1.º de janeiro de 1991 a 31 de dezembro de 1997, em Delegacias de Polícia Civil vinculadas à 3.ª Seccional de Polícia Civil de São Paulo, uma vez que de um total de 117.418 boletins de ocorrência envolvendo crimes violentos, apenas 9.553 foram instaurados inquéritos policiais, representando um total de 8,1%. Desse total, 92,7% são crimes de tráfico de drogas, 67,2% latrocínio e 60,1% homicídio.

Logo, é possível diagnosticar que 107.865 ocorrências de crimes violentos não foram investigadas, fatos que revelam o inaceitável cenário de impunidade. De igual modo, cotejando os números apresentados, constata-se que não houve alteração positiva concernente à investigação criminal, consequentemente a impunidade insiste em permanecer em patamar inaceitável.

Não se quer neste trabalho imputar a realidade da violência no Brasil à deficiência da investigativa criminal, até porque se reconhece a necessária implantação de um verdadeiro conjunto de política pública criminal³⁹, fundamentada em ações governamentais interdisciplinares e, portanto, atuantes em diversas áreas de conhecimento, de forma a promover o mapeamento da criminalidade – local de ocorrência, fatos geradores, potenciais motivadores, assistência ou não do Estado (programas sociais, lazer, educação, hospitais), etc

³⁷ A Meta 2 teve por objeto a conclusão de inquéritos policiais e procedimentos investigativos instaurados até 31 de dezembro de 2007, com prazo final dos trabalhos fixado para abril de 2012. Apurou-se que até 31 de dezembro de 2007, havia 134.944 inquéritos policiais e procedimentos sem conclusão.

³⁸ ADORNO, Sergio; PASINATO, Wânia. Violência e impunidade penal: da criminalidade detectada à criminalidade investigada. **Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 3, n. 7, p. 60 e 73, 2010.

³⁹ Uma política criminal ideal, portanto, deve fixar como pressupostos que o crime é acontecimento inevitável e que a sanção penal deverá ser usada com comedimento e para casos extremos. Nesse espaço assim estabelecido, deve buscar em outras áreas do conhecimento as informações necessárias, tanto das causas e formas de manifestação da criminalidade quanto da realidade prática sobre a qual direciona sua análise. Para que, ao final, com toda a gama de informações colhidas, opte, diante de uma Política de Estado mais ampla e com outros espectros de atuação pública, atuar de forma produtiva e preventiva na redução da criminalidade. DE MORAES, Maurício Zanoide. Política criminal, constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 101, p. 415-416, 2006.

–, e, a partir do diagnóstico estabelecer programas de atuação interdisciplinar voltados a diminuir os índices de violência.

Portanto, não é o caminho, por certo, o discurso político de aumento de penas, maioria penal e aumento da criminalização de condutas, descompassando-se com os ideais e propósitos de uma séria política criminal.

Acredita-se, destarte, que a crescente e insustentável criminalidade no país é um reflexo da ausência de medidas integradas e interdisciplinares de políticas públicas, compostas por atuações em âmbito social – educação, saúde, emprego, lazer, cultura, moradia, etc. – e, investimentos diretos e efetivos em segurança pública, sobretudo na polícia judiciária, com a adequação do número de policiais à demanda, dignas condições de trabalho, modernização do aparato de mecanismos e técnicas de perícias criminais.

Importa destacar que a criminalidade produz graves impactos⁴⁰ comportamental⁴¹, social e econômico na sociedade brasileira, e está diretamente vinculada com a estruturação e expansão de organizações criminosas⁴², atuantes nos mais diversos setores do país.

⁴⁰ Custo do crime e violência no Brasil chega a 3,78% do PIB, US\$ 91 bilhões, em paridade de poder de compra equivalente a US\$ 124,3 bilhões (...). A metodologia contábil utilizada para estimar os custos diretos do crime inclui: Custos sociais que incluem vitimização letal e não letal e a renda não gerada pela população carcerária: 0,64% do PIB; Os gastos do setor privado (residências e empresas) em segurança: 1,37% do PIB; Despesas públicas, incluindo a polícia e penitenciárias: 1,51% do PIB. As estimativas são conservadoras uma vez que não incluem custos indiretos como as mudanças de comportamento das pessoas devido ao medo da criminalidade e os impactos da violência no bem-estar e qualidade de vida. O Brasil está entre as três áreas consideradas mais violentas da região, junto com o Triângulo Norte da América Central (Guatemala, El Salvador e Honduras) e o Caribe. O estudo traz um capítulo dedicado ao país, com dados que mostram disparidades entre as cinco regiões e suas variações ao longo dos anos. O Sudeste, a região mais violenta até a metade dos anos 2000, entrou em trajetória descendente e se tornou uma das regiões menos violentas em termos de taxa de homicídios, juntamente com a região Sul. Já as regiões Nordeste, Norte e Centro-Oeste vêm apresentando aumentos consistentes em suas taxas de homicídio nos últimos anos. Ainda assim, o Brasil concentra cerca de 10% dos homicídios no mundo e da metade da América Latina e Caribe, sendo que 74,58% das vítimas são jovens entre 15 e 24 anos de idade, negros ou pardos, de baixa escolaridade. A exceção fica por conta do Sul, onde a população branca predomina fortemente. Crime acarreta custos sociais, públicos e privados na América Latina e Caribe: estudo do BID. New York, Estados Unidos. 3 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.iadb.org/pt/noticias/comunicados-de-imprensa/2017-02-03/quanto-custa-o-crime-e-a-violencia-no-brasil,11714.html>>. Acesso em: 31 out. 2017.

⁴¹ Cada vez mais as cidades assumem feições ditadas por uma ‘arquitetura do medo’ – muros altos, cercas em volta das residências, alarmes e sofisticados sistemas de segurança, assim como se verificam outros fenômenos correlatos: crescimento visível das empresas privadas de vigilância, elevada quantidade de armas de fogo em circulação, êxodo de zonas e regiões onde o risco de se transitar sozinho pressupõe-se elevado, além de outros mecanismos de autoproteção. Diante disso, os indivíduos e as instituições moldam seus comportamentos à nova realidade e reorientam-se para conviver com o medo e a insegurança, sob a tensão e a expectativa de serem vítimas de ofensas criminais. PASTANA, Débora Regina. Medo e opinião pública no Brasil contemporâneo. **Revista Estudos de Sociologia**, p. 96, 2007.

⁴² No entanto, verifica-se, atualmente, que a atividade criminosa, em termos de organização administrativa interna, técnicas de expansão e lucratividade, assumiu feições até então apenas imaginadas e aplicáveis em grandes empresas, sendo certo que antigamente os órgãos públicos responsáveis pelo efetivo combate à atividade criminosa trabalhavam com indivíduos de certa forma facilmente identificáveis (assaltantes, estelionatários,

No mesmo alinhamento, as ações ilícitas promovidas pelas organizações criminosas refletem substancialmente no ânimo das pessoas, inclusive das vítimas, inibindo-as de contribuir para a elucidação da autoria de crimes, sobretudo diante da violência e da barbaridade empregadas pelas organizações criminosas em suas ações delitivas.

No entanto, se se considerar as mazelas da polícia judiciária brasileira, sobretudo no que concerne a ausência de instrumentos científicos e recursos humanos necessários para a produção de prova pericial, verifica-se que a prova testemunhal é ainda massivamente utilizada na investigação criminal.

Nesse panorama, com receio de retaliações de toda sorte⁴³, vítimas e testemunhas são levadas a omitir⁴⁴ informações cruciais para o deslinde de investigações criminais, importando no expressivo número de arquivamentos de inquéritos policiais, na fase apuratória, e de absolvição de acusados na persecução penal.

O quadro exposto incitou a elaboração deste trabalho, na perspectiva de verificar a possibilidade ou não de relativização da ampla defesa do acusado, especificamente no procedimento de inquirição⁴⁵ de vítimas e de testemunhas ameaçadas, de forma a possibilitar o exercício cívico daquelas pessoas na colaboração com a justiça.

homicidas, entre outros) e que agiam de forma isolada ou mediante alianças e apoios temporários e correspondentes às vantagens obtidas, ao contrário de hoje que vivenciamos ações capitaneadas por associações permanentes, com propósitos duradouros, forte hierarquia e com ação transnacional, cujos integrantes chegam a se esconder sob o manto da aparente insuspeição. Assim, o crime organizado atual envolve tanto os criminosos sofisticados (como os que se apresentam na sociedade como proprietários de empresas com surpreendente performance mas que, na verdade, constituem-se apenas ‘empresas de fachada’ para a efetiva lavagem do dinheiro de origem ilícita), quanto a mesma modalidade de criminosos clássicos, mas agora com real ordenação, cálculo de riscos, investimentos, treinamento e seleção de pessoal especializado para a atividade a ser desenvolvida, alto grau de expansão e mimetização, contado com crescente mobilidade e constante adaptação às circunstâncias. CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Criminalidade Organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias*. **Ponto Urbe. Revista do núcleo de antropologia urbana da USP**, n. 8, p. 2-3, 2011.

⁴³ O clima, como se vê, tem sido propício para os maus brasileiros que optaram pelo caminho do crime. E tendo feito esta opção, investem maciçamente no aperfeiçoamento da atividade ilícita. E para alcançarem seus objetivos, matam, corrompem, calam um número cada vez maior de pessoas. SILVEIRA, José Braz da. **A proteção à testemunha & o crime organizado no Brasil**. Curitiba: Juruá, p.124, 2005.

⁴⁴ À medida que o Estado se mostra impotente, ou melhor, ineficiente para conter a escalada de crescimento do crime organizado, a luta por cidadania e por direitos humanos parece mais difícil e inatingível. O clima de terror provocado pela ação violenta dos criminosos inibe o cidadão de bem, de contribuir no esclarecimento do crime. SILVEIRA, José Braz da. **A proteção à testemunha & o crime organizado no Brasil**. Curitiba: Juruá, p.120, 2005.

⁴⁵ Atualmente disciplinado pelos artigos 201 a 225 do Código de Processo Penal.

3 A INVESTIGAÇÃO E A PERSECUÇÃO CRIMINAL NO BRASIL. IMPRESCINDIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL.

O enfrentamento da criminalidade no Brasil, como acima salientado, perpassa também pelo combate à exacerbada impunidade dos delitos cometidos. Não raro, ouve-se que as penas brasileiras são muito brandas, e, portanto, estimuladoras de cometimentos de ilícitos.

No entanto, a discussão mais apropriada é saber o quanto que se apura e que se pune dos delitos ocorridos. Em pesquisa⁴⁶ apresentada no 9º Fórum Nacional de Segurança Pública, acontecido na Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro, entre os dias 28 e 31 de julho de 2015, demonstrou-se que a média de apuração em casos de homicídio no Brasil que chegam aos Tribunais é de apenas 8%. A situação é ainda mais dramática ao constatar que, em média,

⁴⁶ BOLOCCO, André. Pesquisa aponta que apenas 2,4% dos assassinatos no Brasil são punidos. **O Dia**. São Paulo. 28 jul. 2015. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2015-07-28/pesquisa-aponta-que-apenas-24-dos-assassinatos-no-brasil-sao-punidos.html>>. Acesso em: 1.º nov. 2017.

destes 8% de homicídios, apenas 30% terminam em condenação, enquanto 70% são absolvidos ou arquivados.

Nessa perspectiva, se não há descoberta da autoria e a consequente aplicação da lei penal, como se pode discutir se a sanção é ou não suficiente ou mesmo inibidora de novos delitos? Aparenta ser ilegítimo, então, qualquer debate acerca das consequências ou efeitos da aplicação das sanções penais com o viés de combate a criminalidade.

Com efeito, ante esse cenário, não há como falar de impunidade sem nos remeter diretamente à investigação criminal, a qual, apesar de ter papel de protagonismo na apuração dos ilícitos, como alhures consignado, se mostra ineficiente no esclarecimento da autoria delitiva.

O já indicado relatório da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública – ENASP, elaborado a partir de dados colhidos na execução da Meta 2, aponta, dentre algumas de suas conclusões, que a investigação criminal brasileira carece de recursos humanos na área de polícia científica, bem como de instrumentos periciais e até mesmo espaço físico para o desenvolvimento dos necessários trabalhos periciais⁴⁷.

Não é difícil perceber, nesse contexto, a importância da prova testemunhal⁴⁸ para o deslinde de uma investigação criminal, e, por conseguinte, para a persecução penal, o que em última análise acaba por refletir diretamente no combate à criminalidade, haja vista que a punição desarticula gangues e organizações criminosas, bem como afasta a crença de impunidade.

Entretanto, em vista da destemida atuação de criminosos, é muito frequente a ocorrência de retaliações contra vítimas e testemunhas, sobretudo em aglomerados e regiões pouco guarnecidas com a presença do Estado, dificultando, sobretudo, tanto a apuração de autoria de crimes na fase investigativa quanto na judicialização da prova inquisitiva.

⁴⁷ Conselho Nacional do Ministério Público. **Diagnóstico da Investigação de Homicídios no Brasil** – Relatório Nacional da Meta 2. Brasília, p. 54 e 58, 2012.

⁴⁸ Muito em razão das restrições financeiras e suas consequências de ordem pessoal e material impostas ao funcionamento da Polícia Judiciária (que pouco ou quase nada investiga a partir de uma perspectiva propriamente científica ou pericial, salvo casos pontuais de crimes que geram repercussão na mídia), a prova mais utilizada no processo penal acaba sendo a testemunhal. ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (Coord). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: JusPODIVM, p. 233-234, 2012.

Qualquer interferência na imparcialidade da testemunha ou da vítima em declarar o que presenciou ou mesmo tomou conhecimento afeta diretamente a lisura da perscrutação e da instrução processual, alterando irremediavelmente o resultado da investigação criminal e da ação penal.

Isso, por óbvio, é uma das causas da ausência de efetividade nas investigações policiais – repise-se, considerando que no Brasil a prova oral ainda é a mais utilizada na apuração de crimes –, resultando em baixíssimo número de apuração de autoria delitiva, sobretudo em crimes violentos, os quais, por vezes, impactam a sociedade com sentimentos de angústia e medo, sem dizer no descrédito nas instituições de segurança pública.

Com efeito, naturalmente, sabe-se que os papéis da vítima e da testemunha na investigação criminal e na instrução processual não são daqueles mais confortáveis, principalmente em virtude de represálias que lhes podem atingir e também a seus familiares⁴⁹.

É mais grave ainda a situação de vítimas e testemunhas que, aguardando a realização de audiências na instrução processual, compartilham do mesmo espaço físico dos corredores dos prédios dos fóruns brasileiros, deparando-se frente a frente com familiares, comparsas dos acusados e, com esses próprios, se soltos, situação propícia a, no mínimo, causar-lhes temor em declarar aquilo que viram ou sabem a respeito do fato delitivo.

Nesse aspecto, não obstante os avanços tecnológicos de forma geral, questões básicas estruturais e que acabam por repercutir no direito não são enfrentadas, como por exemplo, as estruturas de fóruns criminais nacionais, os quais não propiciam o mínimo de discrição e segurança às vítimas e testemunhas.

Com efeito, é preciso relevar que vítimas e testemunhas no processo penal não podem ser apenas mero instrumento de prova, ao contrário, devem receber as garantias da

⁴⁹ Rodrigo Iennaco em artigo acerca das inovações contidas no Projeto de Lei 156/2009, do novo Código de Processo Penal, pertinentes aos direitos da vítima, esclarece que: “E mesmo com a dicção do artigo 91, § 3.º, no sentido de que as autoridades terão sempre o cuidado de preservar o endereço e outros dados pessoais da vítima, há dificuldade em não encartá-lo nos autos, não sendo raras as hipóteses em que a vítima é procurada, após o crime, até mesmo em sua residência por familiares do acusado (ou por ele próprio)”. ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (Coord). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: JusPODIVM, p.180, 2012.

salvaguarda dos direitos fundamentais inerentes ao homem⁵⁰, o que requer que o ambiente forense seja mais bem planejado e arquitetado, possibilitando àquelas sentirem-se seguras e desinibidas para prestar suas declarações e depoimentos.

Os prédios de fóruns, especialmente os criminais, devem ser construídos e pensados de maneira a atender não só aos interesses dos agentes públicos vinculados ao Poder Judiciário, mas, principalmente, daqueles que são envolvidos diretamente nas demandas que serão objeto de prestação jurisdicional e que, irremediavelmente, são as partes fragilizadas⁵¹.

Uma medida simples e exemplificativa, mas que certamente impactaria na segurança⁵² de vítimas e testemunhas, é a construção e reforma de prédios forenses de forma a promover ambientes físicos nos quais as partes envolvidas no processo penal não tenham qualquer contato, seja na entrada, no percurso ou no aguardo da realização de audiências.

Esse contexto é, possivelmente, a motivação da ocorrência de tantas retratações de declarações de vítimas e testemunhas ao serem ouvidas na instrução processual, mormente após ficarem frente a frente nos corredores dos fóruns com integrantes da parte contrária – geralmente familiares do acusado, comparsas e até mesmo o próprio acusado, quando este está respondendo à acusação em liberdade.

⁵⁰ A luta pela defesa dos Direitos Humanos e Cidadania em sua concepção mais ampla, esbarra na ação criminosa de grupos organizados constituídos como verdadeiras empresas, tendo em vista a sua hierarquia e finalidade econômica. A atual realidade está a exigir uma redefinição de rumos, não para alterar-se os propósitos, mas sim, os procedimentos, visando alcançar melhores resultados. SILVEIRA, José Braz da. **A proteção à testemunha & o crime organizado no Brasil**. Curitiba: Juruá, p.119, 2005.

⁵¹ Enquanto na fase policial a vitimização aparece com maior intensidade por ocasião da realização de exame de corpo de delito nos crimes sexuais e nas declarações prestadas perante a autoridade policial, na fase judicial parece ser a audiência de instrução o maior foco de vitimização, tanto antes, como durante e depois da oitiva da vítima pelo magistrado. Antes há o constrangimento de, como dito, por vezes aguardar no corredor com o acusado. Durante, devido ser ‘bombardeada’ de perguntas sobre o fato delituoso, fazendo com que reviva o momento que deseja esquecer. Depois da audiência, a vítima fica angustiada ou sofre retaliações por parte do acusado ou mesmo da família dele e ainda a dúvida de que nada esqueceu ou aumentou em suas declarações. DE CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato; DE CARVALHO LOBATO, Joaquim Henrique. Vitimização e processo penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**. São Luís, n. 15, p.249, jan./dez. 2008.

⁵² A partir de uma simples mudança de enfoque poderiam desenvolver-se ações de proteção e estímulo às vítimas o que diminuiria sensivelmente a cifra oculta de muitos delitos, pois que a falta de proteção à estas, e a impunidade aos vitimadores contribuem sobremaneira para a evasão do processo pelo ofendido. PORTO, Luiz Dulinski. **Perfil vitimológico nos delitos de homicídios dolosos na cidade de Porto Alegre no ano de 2005**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, p.82, 2006.

Logo, para se obter imparcialidade de vítimas⁵³ e de testemunhas na apuração de (co)autoria criminosa, é imprescindível que, já na fase pré-processual, seja a elas garantida a implantação de medidas de segurança e sigilo e que, supervenientemente, sejam mantidas na fase instrutória.

Então, o raciocínio lógico sobre a questão desponta em ações integradas consubstanciadas em garantir às vítimas e às testemunhas ameaçadas a suficiente segurança de forma a lhes permitir a contribuição com a Justiça, o que necessariamente perpassa pela modernização da legislação processual penal, sem prejuízo de mais investimentos, divulgação e acesso aos procedimentos preliminares de segurança e aos programas de proteção à testemunha, mormente diante de sua relevância⁵⁴.

3.1 A proteção às vítimas e às testemunhas ameaçadas no Brasil.

No Brasil, a proteção de vítimas e de testemunhas no contexto de ameaças surgidas a partir da colaboração na investigação e no processo penal foi precedida de discussões internacionais acerca da necessidade de implantação de medidas de proteção e promoção de direitos humanos.

É de se destacar que, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, o Brasil inaugurou verdadeira inserção no cenário internacional de proteção dos direitos humanos, participando ativamente de conferências e de convenções, bem como ratificando inúmeros documentos⁵⁵ pertinentes ao tema.

⁵³ Esclarece-se aqui que a imparcialidade da vítima é no sentido de dizer a verdade, porquanto suas declarações não estarão isentas de algum tipo de sentimento ou ânimo, sobretudo porque sofreu as consequências físicas e psicológicas da violência, tanto é que sequer lhe defere compromisso.

⁵⁴ Como se sabe, a apuração de crimes tem na prova testemunhal o seu principal instrumento. A frágil prova testemunhal cresce em importância no âmbito penal simplesmente porque na maioria dos casos é a única possível de ser produzida. Não é, portanto, por acaso, que o programa de proteção à testemunha empreende substancial esforço para oferecer segurança a uma pessoa que tem informações importantes para se apurar o crime. Além do componente humanitário, que por si só já poderia justificar a existência do programa, está a proteção da prova testemunhal, imprescindível no combate ao crime organizado. SILVEIRA, José Braz da. **A proteção à testemunha & o crime organizado no Brasil**. Curitiba: Juruá, p. 108, 2005.

⁵⁵ Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; a Convenção Sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; a Convenção Interamericana para Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 21 de agosto de 1996. BARROS, Antônio Milton de. **A lei de proteção a vítimas e testemunhas e outros temas de direitos humanos**. Franca: Lemos &

Nesse foco, em 3 de dezembro de 1998, o Brasil aprovou a solicitação de reconhecimento de competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio do Decreto Legislativo 89. Em 8 de novembro de 2002, por intermédio do Decreto 4.463, o Brasil reconhece a Competência obrigatória e de pleno direito e por prazo indeterminado da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No mesmo caminhar, a conferência Mundial sobre os Direitos do Homem, realizada em julho de 1993, em Viena, com a participação efusiva do Brasil⁵⁶, teve relevante influência para que aqui se concretizassem ações de proteção e promoção de direitos humanos.

O texto da Declaração de Viena e Programação de Ação⁵⁷, expressamente em seu parágrafo primeiro, consignou a responsabilidade primordial dos governos no que diz respeito às realizações de ações vinculadas à efetividade dos direitos humanos⁵⁸.

Em 1996, o Brasil elaborou o Programa Nacional de Direitos Humanos⁵⁹, apresentando propostas de ações de política pública de proteção e promoção dos direitos humanos em diversos seguimentos, a saber: proteção do direito à vida, luta contra a impunidade, proteção do direito à liberdade, trabalho forçado, penas privativas de liberdade, proteção do direito a tratamento igualitário perante a lei, terceira idade, criança e adolescente, mulheres, população negra, sociedade indígenas, estrangeiros, refugiados e migrantes brasileiros, pessoas portadoras de deficiência, educação e cidadania, conscientização e mobilização dos direitos humanos e ações internacionais para promoção de proteção dos

Cruz, p. 28, 2003.

⁵⁶ O comitê de redação da Conferência Mundial sobre os Direitos do Homem, realizada em Viena em 1993, foi presidido pelo Brasil.

⁵⁷ Texto elaboração a partir dos temas debatidos na Conferência Mundial sobre os Direitos do Homem, Viena, 1993.

⁵⁸ § 1.1 A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma a compromisso solene de todos os Estados de promover o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais de todos, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, outros instrumentos relacionados aos direitos humanos e o direito internacional. A natureza universal desses direitos e liberdades não admite dúvidas. Nesse contexto, o fortalecimento da cooperação internacional na área dos direitos humanos é essencial para a plena realização dos propósitos das Nações Unidas. Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são direitos originais de todos os seres humanos; sua proteção e promoção são responsabilidades primordiais dos Governos. Conferência Mundial sobre os Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/declaracaoviena.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

⁵⁹ BRASIL. Programa Nacional dos Direitos Humanos. Presidência da República, Secretaria de Comunicação Social. Ministério da Justiça. **Biblioteca da Presidência da República**. Brasília. 1996. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/programa-nacional-de-direitos-humanos-1996.pdf/view>>. Acesso em: 2 de nov. 2017.

direitos humanos, implementação e divulgação de atos internacionais e apoio a organizações e operações de defesa dos direitos humanos.

Nesse panorama, no capítulo dedicado ao combate à impunidade, previu-se, como uma de suas metas, o apoio aos Estados federados na criação de programas de proteção de vítimas e de testemunhas expostas a ameaças e a risco de vida, em decorrência da colaboração na investigação e no processo penal.

Quase que paralelamente, a proteção de vítimas e de testemunhas ameaçadas em virtude de colaboração na investigação e no processo penal foi concretizada, pioneiramente, no Estado de Pernambuco, a partir de iniciativas do Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares – GAJOP⁶⁰, no ano 1996, com apoio do Ministério Público.

As experiências adquiridas em assessoramentos jurídicos no enfrentamento da criminalidade no referido Estado, na busca de coibir a impunidade de grupos de extermínio, fez com que o GAJOP apresentasse ao governo pernambucano a proposta de criação do Programa de Apoio e Proteção a vítimas, testemunhas e familiares de vítimas de violência – PROVITA⁶¹.

Em 1998, em decorrência do sucesso do programa⁶², o Ministério da Justiça, por meio da Secretária de Estado dos Direitos Humanos, firmou convênio com o Estado de Pernambuco, surgindo oficialmente o PROVITA, programa que logo na sequência veio a ser adotado por outros Estados.

⁶⁰ Entidade da Sociedade Civil de promoção e defesa dos Direitos Humanos, com Status Consultivo Especial no Conselho Econômico e Social (ECOSOC) da ONU, tem atuação especializada na área de justiça e segurança com abrangência nacional. Sua missão institucional é contribuir para a democratização e o fortalecimento da Sociedade e do Estado, na perspectiva da vivência da cidadania plena e da indivisibilidade dos Direitos Humanos. Página eletrônica da GAJOP. **Quem somos.** Recife. Disponível em: <<https://www.gajop.org.br/quemSomos.php>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

⁶¹ Página eletrônica da GOJOP. **Quem somos.** Recife. Disponível em: <<https://www.gajop.org.br/quemSomos.php>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

⁶² Calcado nos visíveis resultados alcançados pela experiência levada a efeito pelo GAJOP, a Secretaria do Estado dos Direitos Humanos foi levada a apostar na iniciativa adotando o Provita como ação de governo, e a partir daquele modelo, ficou estabelecido a meta de expandi-lo para outros Estados da Federação. Ainda em 1998, os Estados da Bahia, Espírito Santo e Rio de Janeiro assinaram convênios semelhantes ao firmado por Pernambuco, para a implantação do Provita. Estava iniciando o processo de expansão do Programa, logo seguido por mais alguns Estados. SILVEIRA, José Braz da. **A proteção à testemunha & o crime organizado no Brasil.** Curitiba: Juruá, p. 66, 2005.

Não obstante o PROVITA tivesse atingindo objetivos significativos em breve espaço de tempo, foi necessário a sua normatização, sobretudo com o propósito de alcançar regulamentação em nível nacional e proporcionar uniformização e organização do programa nos Estados. Promulgou-se, então, a Lei 9.807, de 13 de julho de 1999.

A mencionada legislação estabeleceu que as medidas de proteção às vítimas e às testemunhas coagidas ou expostas a grave ameaça em virtude de colaboração com a investigação e com o processo penal seriam custeadas pela União, Estados e Distrito Federal, no âmbito de competência dos respectivos entes, mediante programas especiais⁶³.

A operacionalização do programa de proteção é realizada pelo conselho deliberativo, órgão executor, equipe técnica e rede solidária de proteção. Ao conselho deliberativo incumbe decidir sobre o ingresso ou a exclusão do protegido, bem como as providências necessárias para que se alcancem os objetivos do programa. O órgão executor recebe as solicitações de inclusão de vítimas e testemunhas, as instrumentaliza com informações e pareceres técnicos, de forma que o conselho deliberativo tenha condições técnicas de ofertar parecer positivo ou negativo sobre a inclusão do solicitante. Já a equipe técnica é composta por profissionais multidisciplinares – a exemplo, assistente social, advogado e psicólogo – responsáveis por estudos prévios subsidiadores de inclusão ou não de solicitantes, bem como de acompanhamento técnico dos protegidos no curso do programa. Por fim, a rede voluntária⁶⁴ é organizada por entendidas assistenciais, associações civis e entes não governamentais que se dispõem, sem qualquer custo, a receber os protegidos e lhes proporcionar segurança e inserção social em local diverso de sua residência originária.

Com efeito, é preciso destacar que a Lei 9.807/99 trouxe ao Ministério Público papel relevante para que o programa obtivesse êxito. Deveras, a participação do *Parquet* converge para a asseguarção e implantação de duas medidas, a saber: a primeira, ao se garantir a adoção de medidas de proteção à vítima e à testemunha, nefralgicamente estar-se-á promovendo

⁶³ Artigo 1.º da Lei 9.087/1999.

⁶⁴ O brasileiro é altruísta por natureza. Contando com isso, a legislação fez previsão de associações e pessoas voltadas à ajuda do próximo para contribuir com o programa oferecendo auxílio psicológico e até material aos protegidos. Por óbvio, essas pessoas devem contar com o mesmo sigilo que reveste toda a operação do órgão de execução e não se dúvida que esse trabalho será plenamente eficaz. GÍDARO, Wagner Roby. **As medidas especiais de proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores como mecanismo de efetividade do processo penal**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 77, 2010.

direitos humanos; a segunda, porque incumbe ao Ministério Público o ônus da prova⁶⁵ no processo penal.

Inseriu-se no texto da Lei uma série de medidas protetivas⁶⁶ que compreendem desde a segurança na residência do protegido até mesmo na mudança de nome e dados qualificativos.

É também expresso na referida legislação a possibilidade de exclusão⁶⁷ da vítima e da testemunha do programa de proteção, motivada por pedido do próprio assistido ou por decisão do conselho deliberativo, nessa hipótese, quando cessados os motivos que ensejaram a inclusão e por conduta incompatível do protegido com as diretrizes do programa.

Em desfecho, a Lei 9.807/99 trouxe em seu texto⁶⁸ a possibilidade de concessão de determinadas medidas protetivas aos coautores primários que voluntariamente tenham colaborado na investigação e no processo penal, além da hipótese de perdão judicial e de redução da pena.

Inegavelmente, o programa de proteção a vítimas e testemunhas é uma ferramenta valiosa do Estado no combate à impunidade e, somente por meio dele, inúmeros casos gravíssimos de violência foram solucionados e os responsáveis condenados.

⁶⁵ A Lei acentua a relevância do papel do Ministério Público no Programa de Proteção a Testemunha-PROVITA, como titular da ação penal pública. É o Ministério Público o mais habilitado para avaliar a importância ou não de um testemunho, enquanto prova da acusação a ser deduzida em juízo. No caso da determinação de inclusão ou exclusão da vítima e/ou testemunha, esta deve ficar a cargo do Promotor de Justiça que está vinculado ao inquérito policial, ou do órgão ministerial que promove a ação penal. MONTEIRO, Valdênia Brito. **Proteção a vítimas e testemunhas da violência, Lei nº 9.807/99: um estudo de caso**. Tese de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco, p. 67, 2002.

⁶⁶ Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso: I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais; V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; VII - apoio e assistência social, médica e psicológica; VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal. Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro. Art. 8º Quando entender necessário, poderá o conselho deliberativo solicitar ao Ministério Público que requeira ao juiz a concessão de medidas cautelares direta ou indiretamente relacionadas com a eficácia da proteção. Art. 9º Em casos excepcionais e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá o conselho deliberativo encaminhar requerimento da pessoa protegida ao juiz competente para registros públicos objetivando a alteração de nome completo.

⁶⁷ Artigo 10 da Lei 9.807/1999.

⁶⁸ Artigos 13 a 15 da Lei 9.807/1999.

Contudo, o programa de proteção impõe às vítimas e às testemunhas uma série de limitações ao exercício de suas liberdades⁶⁹, fato que acaba por ser um entrave tanto para a adesão quanto para a permanência no sistema protetivo.

A falta de investimentos⁷⁰ nos programas de proteção também tem sido uma questão grave enfrentada, porquanto impede que as vítimas e as testemunhas tenham o mínimo de dignidade para sua sobrevivência, e, com isso, optam por abandonar as medidas protetivas, deixando, como consequência, de contribuir com a investigação e com o processo penal.

Na verdade, quando vítima e testemunha se ativam na colaboração com a Justiça, sobretudo no tocante a fatos que dizem respeito a organizações criminosas, sabem que irão enfrentar grandes dificuldades em manter uma vida cotidiana normal, mormente em se tratando de crimes ocorridos em periferias, vilas e aglomerados, onde a presença do Estado é ineficiente tanto no que é pertinente a políticas públicas sociais quanto no policiamento ostensivo e investigatório.

No contexto em explanação, ao colaborar na investigação e no processo penal, vítimas e testemunhas, não raras vezes, para resguardar suas integridades física e psíquica, deslocam-se para outros bairros, até mesmo para outras cidades, na tentativa de se restabelecerem e novamente voltarem a ter paz.

⁶⁹ A desumanização da administração burocrática do programa, instrumentalizada pela técnica, faz desaparecer o sujeito. A testemunha é distanciada e reduzida a um mero número, privado de qualidades, identidades e necessidades. Acreditamos que a análise da eficácia e eficiência do programa deve estar, inexoravelmente, correlacionada ao sujeito que está por trás do testemunho, através da observação do ponto de vista da proteção de todas as suas dimensões e necessidades – física, social, cultural, emocional e psíquica. Negligenciar qualquer dessas dimensões põe em risco esse indivíduo e a possibilidade do Programa de Proteção à Testemunha Ameaçada ser aprimorado e avançar como um instrumento democrático. LEÃO, Jacqueline. Os impactos subjetivos do programa de proteção às testemunhas ameaçadas: racionalidade burocrática, invisibilidade e violência. *Latitude*, v. 7, n. 2, p. 94-95, 2014.

⁷⁰ Um dos fatores que causam o contraste entre a funcionalidade potencial e a funcionalidade efetiva do programa de proteção a testemunhas no Brasil decorre da liberação irregular e insuficiente de recursos financeiros pelos governos federal e estadual aos programas de proteção. A limitação financeira impede o pagamento de tratamento médico e psiquiátrico em rede particular, a aquisição de medicamentos, o tratamento da drogadição e do alcoolismo, a locação de imóveis adequados ao contexto da proteção, o pagamento de cursos profissionalizantes, etc. Estes limites podem estar na raiz de muitos problemas de adaptação enfrentados pelos protegidos, levando-os a descumprir as normas e abandonar o programa. Foram noticiados casos em que a ausência de recursos impediu o funcionamento do programa e o recebimento de vítimas e testemunhas ameaçadas. KUWAHARA, Shiguo. Dilemas do Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas no Brasil. *Política criminal*, v. 11, n. 22, 439-466, 2016.

De igual modo, em situações mais drásticas, vítimas e testemunhas têm mesmo que ser inseridas em programas de proteção para resguardarem suas vidas e também de seus familiares.

Logo, seja na primeira hipótese ou na segunda, a colaboração para esclarecimentos de atos ilícitos impõe alto preço às vítimas e às testemunhas que, cientes de que o Estado pouco fará para preservar-lhes de ameaças e riscos de vida, adotam a famigerada “lei do silêncio”.

Portanto, se de qualquer maneira vítimas e testemunhas se submetem a restrições de suas liberdades⁷¹, incumbe ao Estado criar e adotar medidas e procedimentos para, no mínimo, minimizá-las.

As medidas de proteção de vítimas e de testemunhas têm, portanto, de ser disponibilizadas adotando parâmetros balizados entre a necessidade das medidas protetivas e o mínimo de restrição de liberdades. Por exemplo, se uma testemunha se dispôs a colaborar na investigação e no processo penal para o esclarecimento de crimes cometidos por uma gangue de determinado bairro, e, espontaneamente, mudou-se da região, em princípio, não haveria necessidade de sua inserção no PROVITA, medida mais gravosa. Bastaria, no caso, que os dados qualificativos e endereços da testemunha fossem mantidos em sigilo, bem como a audiência de instrução para sua inquirição fosse designada em data diversa daquela agendada para a oitiva de testemunhas de defesa e do(s) interrogatório(s) do(s) acusado(s), ou mesmo fosse colhido antecipadamente⁷² o seu depoimento.

Logo, em determinadas situações, as medidas protetivas preliminares de proteção de vítimas e testemunhas diferentes da inserção no PROVITA se apresentam como soluções que poderiam contribuir para o encorajamento na colaboração da investigação e do processo penal, e também minimizar as limitações de liberdades daquelas.

⁷¹ A testemunha deixará para trás sua história de vida, suas relações familiares, afetivas e sociais, abandonando projetos, trabalho, sonhos. Ao fazê-lo, abrirá mão de identidades construídas ao longo de sua trajetória na vida, podendo chegar a ponto de precisar assumir outro nome e passará a viver um exílio em seu próprio país. LEÃO, Jacqueline. Os impactos subjetivos do programa de proteção às testemunhas ameaçadas: racionalidade burocrática, invisibilidade e violência. *Latitude*, v. 7, n. 2, p. 97, 2014.

⁷² Em conformidade com artigo 156, I do Código de Processo Penal, artigo 19-A, da Lei 9.807 de 1999 e artigo 6.º, parágrafo único da Resolução CNMP de número 93 de 14 de março de 2013.

Na esteira do pensamento a ser desenvolvido neste estudo, destaca-se o teor da Resolução Conjunta SEDS TJMG PGJ DPMG PMMG Nº 185, DE 25 DE ABRIL DE 2014⁷³, de Minas Gerais, a qual regulamentou importantes medidas de proteção⁷⁴ a vítimas, informantes e testemunhas diversas da inserção em programas de proteção.

A rigor, não são inéditas as disposições balizadas pela citada Resolução Conjunta. No ano de 2000, foi publicado o Provimento de número 32 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁷⁵, prevendo quase que idênticas medidas previstas da resolução mineira.

Em 13 de abril de 2017, publicou-se a Lei 13.431 que regulou o depoimento especial de crianças ou adolescente, vítimas ou testemunhas de violência. A inovação trazida por esta

⁷³ Disponível em: <<http://ws.mpmg.mp.br/biblio/informa/300419800.htm>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

⁷⁴ Art. 1º O Juiz de Direito, o Promotor de Justiça e a Autoridade Policial, Civil e Militar, no uso de suas competências, estão autorizados a proceder de acordo com esta Resolução Conjunta quando vítimas, informantes ou testemunhas sofrerem coação ou grave ameaça, ou quando houver, em relação a essas pessoas, qualquer indício de risco resultante de declarações, informações ou depoimentos formalmente prestados ou que venham a prestar, em investigação ou processo criminal.

Art. 2º As vítimas, informantes ou testemunhas coagidas ou submetidas a grave ameaça não terão quaisquer de seus endereços e dados qualificativos lançados nos termos de declarações, informações ou depoimentos, nem tampouco nos autos que tramitarão na Justiça e na Administração Pública, os quais serão apenas rubricados por elas.

§1º As declarações, informações ou depoimentos colhidos de vítimas, informantes ou testemunhas serão impressos em duas vias. Na primeira via constará o endereço e os dados qualificativos, com as respectivas assinaturas, e será arquivada em pasta própria, sob a guarda e responsabilidade do Escrivão Policial ou Judicial, no âmbito de suas atribuições, e pelo servidor indicado pela autoridade competente pelo procedimento criminal, nas demais instituições. A segunda via será elaborada na forma do caput deste artigo.

§2º Na capa do feito, serão afixadas duas tarjas pretas indicativas de que se trata de Inquérito Policial, Procedimento ou Processo Criminal em que vítimas, informantes ou testemunhas postularam o sigilo quanto à preservação de dados qualificativos e endereços, o que será certificado pelo servidor referido no §1º deste artigo, na contracapa do feito.

§3º A autoridade competente realizará as comunicações necessárias para impedir o acesso de terceiros às informações constantes no Registro de Evento de Defesa Social (REDS) referentes às vítimas, informantes e testemunhas de que trata esta Resolução Conjunta.

§4º A autoridade competente providenciará o desentranhamento do REDS original, nos termos do § 1º deste artigo, e cópia do REDS que será juntada aos autos, sem nenhuma identificação da pessoa a ser preservada.

Art. 3º O acesso às declarações, informações e depoimentos referidos no § 1º do art. 2º deste instrumento é garantido ao Ministério Público, ao Defensor Público nomeado, ao Defensor constituído e ao Curador, com controle de vistas, certificadas pelo Escrivão na data do ato, sendo vedada a extração de cópia reprográfica.

Art. 4º Os mandados de intimação, notificação e requisição das pessoas mencionadas nesta Resolução Conjunta serão expedidos individual e sigilosamente, sendo destacados com as tarjas pretas a que se refere o § 2º do art. 2º deste instrumento.

Parágrafo Único. Após o cumprimento do mandado, será juntada aos autos apenas a correspondente certidão lavrada pelo encarregado de seu cumprimento, sem identificação de endereços, entregando o original do mandado e/ou requisição cumprida ao servidor referido no §1º do artigo 2º, que o arquivará na pasta própria, juntamente com os dados pessoais da vítima, informante ou testemunha.

Art. 5º Os deslocamentos de vítimas, informantes ou testemunhas para o cumprimento de atos decorrentes da investigação ou do processo criminal, assim como para compromissos que impliquem exposição pública, serão precedidos das providências necessárias à proteção, incluindo, conforme o caso, escolta policial, uso de colete à prova de balas, disfarces e outros artifícios capazes de dificultar sua identificação.

Art. 6º O Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais baixará recomendação aos magistrados com competência criminal para viabilizar a aplicação desta Resolução Conjunta.

⁷⁵ Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoCriminal/PortalDeTrabalho/Provimento32CGJ.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

legislação reforça o entendimento de que cada vez mais é necessária a adoção de medidas procedimentais no processo penal com os objetivos de garantir segurança aos colaboradores com a investigação e com o processo penal e evitar que os protegidos sejam inseridos em programas de proteção.

Todavia, o que se pretende com o trabalho, a partir das medidas protetivas de vítimas e testemunhas aleatoriamente existentes e diversas da inserção em programas de proteção, é apresentar outras ações procedimentais ampliativas destas conhecidas, sobretudo no âmbito de elaboração de um microssistema inserido no Código de Processo Penal e especificamente aplicáveis nas inquirições investigativas e instrutórias, e verificar a compatibilidade ou não com os direitos advindos da ampla defesa do acusado.

3.2 O procedimento atual de inquirição de vítimas e testemunhas.

As inquirições de vítimas e testemunhas estão disciplinadas nos artigos 201 a 225 do Código de Processo Penal, respectivamente nos capítulos V e VI do título VII que concerne à prova. Ainda relativo a vítimas e testemunhas, os procedimentos atinentes ao reconhecimento de pessoas e coisas, bem como a acareação, estão sucessivamente dispostos no capítulo VII e VIII do alhures mencionado título.

O procedimento de inquirição de vítimas e testemunhas no processo penal ganha contornos ainda mais significativos porquanto, como já explicitado, a prova oral é a mais utilizada no desvendamento de autoria na investigação criminal, e como corolário dos princípios da ampla defesa e do contraditório, deve ser, no ambiente do devido processo legal, judicializada.

A prova é elemento essencial para que se reconstrua a verdade⁷⁶ mais próxima da realidade fática acontecida, devendo sobre ela falar as partes litigantes de maneira a torná-la ambiente fértil e apta a subsidiar uma decisão judicial.

⁷⁶ A descoberta da verdade é o adequado elemento funcional do conceito de prova, como pressuposto da realização da justiça e da tutela jurisdicional efetiva dos cidadãos. Os obstáculos à realização desse objetivo devem ser, sempre que possível, removidos e as dificuldades em alcançá-lo não devem atirar-nos no ceticismo ou na falácia de soluções redutoras, como as da verdade formal, do julgamento fortemente influenciado por presunções ou por valorações probatórias aprioristicamente estabelecidas. GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, n 4, Ano V, n 5, p. 259-260, 2003-2004.

No processo penal, a produção da prova é ônus imposto à acusação, cabendo a esta a reprodução da verdade fática dentro de uma estrutura procedimental legal, em paridade de armas com o adversário e em observância a todos os princípios constitucionais inerentes ao devido processo legal⁷⁷.

Com efeito, para que seja respeitado o devido processo legal, sobretudo no que diz respeito à produção da prova oral, não se admite a influência no ânimo de vítimas ou de testemunhas, seja para beneficiar a defesa ou a acusação. Inadmissível, portanto, exemplificativamente, que em procedimentos investigativos ou processuais estabelecidos no âmbito de um Estado Democrático de Direito, vítimas e testemunhas sofram qualquer tipo de agressão ou ameaças por agentes públicos, investigados, acusados ou quem quer que seja.

Logo, é perceptível que tanto vítimas e testemunhas quanto investigados e acusados são detentores de garantias constitucionais inerentes às suas condições humanas⁷⁸ e, assim sendo, na investigação criminal como no processo penal, seus direitos devem ser assegurados.

Com efeito, especificamente na investigação criminal, houve significativos movimentos legislativos e jurisprudenciais implementadores de direitos e garantias individuais aos investigados, calcados, sobretudo, nos princípios constitucionais da presunção de inocência⁷⁹, do contraditório e da ampla defesa⁸⁰.

⁷⁷ Se quisermos identificar o que, na segunda metade do século XX, representou novidade no campo do direito processual, concluiremos por identificá-la na denominada constitucionalização do processo. Decorrência necessária, a meu sentir, dos ganhos democráticos obtidos em termos de cidadania, que se traduziram em mais significativa participação nas decisões políticas de um maior número de instituições e pessoas. A noção de devido processo legal, já anteriormente trabalhada pela doutrina, ganhou dimensão nova, revestindo-se do caráter mais abrangente de garantia do devido processo constitucional. Compreendido o direito como algo não Dado aos homens pela natureza mas por eles produzido, revelou-se fundamental entender-se o processo de sua produção, que se percebeu ter matrizes políticas, devendo, portanto, para legitimar-se, adequar-se a quanto estabelecido constitucionalmente para sua produção, em qualquer de seus níveis. Disso resultou, por exemplo, e para mencionar apenas uma das mais significativas consequências no âmbito do processo, erigir-se o direito de ação, cuja autonomia fora teorizada no século XIX, à categoria de direito fundamental, cujo objeto passou a ser o dever do Estado-juiz de prestar sua atividade jurisdicional com vistas a produzir o direito aplicável ao caso concreto, fazendo-o não de modo arbitrário ou pretensamente racional, sim com obediência irrestrita a quanto disposto como devido processo constitucional. Destarte, antes de desqualificar o saber anterior, a nova dogmática processual incorporou-o e buscou superá-lo, ajustando-o às novas realidades. Precisamente esta ótica constitucional do processo foi que fundamentou o passo adiante, dado nas últimas décadas, no sentido de se considerar como indissociáveis não só o enunciar o direito, como também o organizar democraticamente as funções vinculadas à sua produção e aplicação. DE PASSOS, JJ Calmon. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Forense*, v. 351, 2001.

⁷⁸ Necessário dizer que o Estado Democrático de Direito somente se realiza quando se constata que ele propicia uma real proteção e garantia efetiva dos direitos humanos em seu seio. DA SILVA, Enio Moraes. O estado democrático de direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 42, n. 167, p.228, jul./set. 2005.

⁷⁹ Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Artigo 5.º, LVII, da Constituição da República de 1988.

⁸⁰ Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Artigo 5.º, LV, da Constituição da República de 1988.

Nesse alinhamento, na data de 12 de janeiro de 2016, promulgou-se a Lei 13.245 de 12 de janeiro de 2016, a qual estabeleceu ser direito do advogado examinar autos investigativos, administrativos e criminais em qualquer repartição, ainda que sem procuração, inclusive podendo extrair cópia, bem como assistir o investigado no curso da apuração, apresentar razões e quesitos, sob pena de nulidade absoluta, mormente no que concerne ao interrogatório e depoimento⁸¹ do assistido.

Na verdade, a mencionada legislação veio normatizar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e enunciado na súmula vinculante de número 14⁸², publicada em 9 de fevereiro de 2009.

Com a mesma diretriz, implantou-se a audiência de custódia⁸³ em todo o Brasil, medida judicial que garantiu aos flagranteados a análise prévia acerca da legalidade da prisão em flagrante e da necessidade da conversão desta em prisão cautelar de prisão preventiva, pela autoridade judiciária, em até 24 horas após a comunicação da prisão.

De igual modo, o projeto do novo Código de Processo Penal também traz em seu bojo inovações que alteram a perspectiva de visão do investigado de objeto da investigação para sujeito de direitos⁸⁴, e, portanto, inaugura maior possibilidade de participação já na fase de apuração criminal.

⁸¹ Artigo 7.º, XIV, XXI e alínea “a”, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, inovações trazidas pela Lei 13.245 de 12 de janeiro de 2016.

⁸² É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. **Súmulas Vinculantes**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 1.º dez. 2017.

⁸³ Medida estabelecida pela Resolução de número 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça.

⁸⁴ Sem dúvida alguma, o projeto do novo CPP apresenta substanciais alterações em relação ao Código atual, no que refere à investigação criminal. Inicialmente, convém esclarecer que a mudança de paradigma se mostra flagrante, na medida em que o projeto deixa de encarar o investigado como mero objeto da investigação, passando a tratá-lo como sujeito de direitos, no bojo da persecução penal investigativa. ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (Coord). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: JusPODIVM, p.175, 2012.

É indiscutível que os exemplos citados caminham em convergência com os ditames constitucionais estabelecidos na Constituição da República de 1988 e que dizem respeito às garantias individuais do homem⁸⁵.

Contudo, de outro lado, não se viu a mesma preocupação legislativa e jurisprudencial na evolução de medidas protetivas de cunho investigativo ou processual concernente à produção da prova oral, mormente diante do desenvolvimento e organização da criminalidade que assola o Brasil.

Põe-se, em relevo, que, antes de tudo, vítimas e testemunhas são seres humanos e como tais gozam de garantias individuais consagradas na Constituição da República de 1988⁸⁶, a exemplo da liberdade de locomoção, liberdade de expressão, direito à vida e direito à segurança.

Após a edição da Lei 9.807 de 13 de julho de 1999, a qual estabeleceu as diretrizes de programas de proteção a vítimas e testemunhas, ressalvadas as resoluções estaduais mencionadas⁸⁷, houve tímidas inovações legislativas processuais penais pertinentes ao tema.

Dessa forma, a inquirição de vítimas e testemunhas é disciplinada tão somente no rito previsto nos precitados dispositivos processuais penais.

A rigor, relativamente às testemunhas, a única medida procedimental prevista no Código de Processo Penal que tem o viés de evitar constrangimentos e intimidações é a possibilidade de realização de suas oitivas por meio de vídeo conferência e, na

⁸⁵ Incumbe aos juízes e tribunais hoje, ao aplicar o CPP, mais do que buscar a conformidade constitucional, observar também a convencionalidade da lei aplicada, ou seja, se ela está em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Constituição não é mais o único referencial de controle das leis ordinárias. O tema é da maior relevância prática e teórica, até porque eventual violação da CADH justifica a interposição do Recurso Extraordinário para o STF. LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Coord. Editorial FelipeLKirchner. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, p.166, 2014.

⁸⁶ A Constituição em vigor, no tocante às garantias constitucionais, traz inovação primorosa. Adicionou o adjetivo “*fundamental*” à expressão direitos e garantias. Com certeza, tal adição se deu em face da possibilidade de se enfatizar a condição de Constituição cidadã dirigida ao homem, substituindo-se a expressão “*individual*” por fundamental, mais abrangente e mais consentânea com a fonte inspiradora da Constituição em apreço. ALVAREZ, Silvio Carlos. Do direito ao silêncio da testemunha no processo penal. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru, v. 47, n. 59, p. 194, jan./jun. 2013.

⁸⁷ Resolução Conjunta SEDS TJMG PGJ DPMG PMMG de número 185, de 25 de abril de 2014, de Minas Gerais, e Provimento de número 32 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de 31 de outubro de 2000.

impossibilidade, a retirada do acusado da sala de audiência, permanecendo, por óbvio, seu defensor.

Concernente ao ofendido, houve singela evolução legislativa a partir da promulgação da Lei 11.690 de 9 de junho de 2008, limitada apenas a possibilidade de reserva de um local separado antes e durante a realização de sua inquirição⁸⁸.

Numa abordagem crítica do artigo 201 do Código de Processo Penal, constata-se que o legislador se preocupou mais com a exposição da vítima na mídia do que em efetivamente inaugurar mecanismo de proteção contra ameaças e à sua própria vida.

Logo, a exposição demonstra, nitidamente, que o Código de Processo Penal não possui mecanismos de proteção a vítimas e testemunhas, não se incomodando o legislador infraconstitucional com as mazelas⁸⁹ a elas impingidas quando prestam informações na investigação criminal ou no processo penal.

Todavia, o mesmo legislador que não se atentou para as necessidades de proteção das vítimas e testemunhas, impôs-lhes as obrigações⁹⁰ de prestar depoimentos, com possibilidade, inclusive, de condução coercitiva.

Nesse ponto, a legislação processual penal mostra-se incoerente, porquanto, ao passo que não traz qualquer mecanismo de proteção às vítimas e às testemunhas, impõe-lhes a obrigatoriedade de prestar depoimento.

É preciso que todo o ordenamento jurídico seja interpretado em conformidade com os ditames constitucionais, objetivando-se o alcance de uma norma harmônica e coesa. Logo, não é admissível que uma legislação infraconstitucional tenha vigência se suas disposições sejam incompatíveis e conflitantes com princípios consagrados na Carta Magna.

Destarte, a princípio, os dispositivos processuais penais regulamentadores do procedimento de inquirição de vítimas e testemunhas não estão se compatibilizando, ou até

⁸⁸ Artigo 201, § 4.º do Código de Processo Penal.

⁸⁹ Resultante de todo esse processo de repressão e violência vivenciadas pela população brasileira, constrói-se um imaginário de medo e insegurança e formador de vítimas silenciosas. SANTA, Elaine Christina. **Programa de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas – PROVITA: um estudo sobre o Serviço Social**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 21, 2006.

⁹⁰ Artigo 201, § 1.º e artigo 218 do Código de Processo Penal.

mesmo se contrapõem, merecendo uma revisão legislativa acerca do tema em congruência com os ditames constitucionais, mormente no que diz respeito aos direitos fundamentais inerentes ao ser humano, aplicáveis aos colaboradores da investigação da persecução penal.

3.3 Mudanças no Projeto do novo Código de Processo Penal concernente ao procedimento de inquirição de vítimas e testemunhas?

Iniciou-se no ano de 2009, no Senado Federal, o trâmite do Projeto de Lei de número 156⁹¹ que trata da elaboração de um novo Código de Processo Penal. Atualmente, o Projeto de Lei encontra-se em discussão na Câmara de Deputados, onde recebeu o número 8.045/10⁹².

A rigor, expressamente consignou-se no primeiro título do Projeto de Lei, denominado “Dos Princípios Fundamentais”, um arcabouço principiológico constitucional⁹³ orientador de toda a sua elaboração, bem como balizador interpretativo das normas processuais em tramitação.

Destarte, é possível detectar pela exposição de motivos⁹⁴ da embrionária legislação que a comissão de juristas⁹⁵ encarregada de sua elaboração preocupou-se em alinhá-la aos preceitos constitucionais, principalmente aos direitos fundamentais consagrados no Estado Democrático de Direito.

⁹¹ Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

⁹² Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 6 dez. 2017

⁹³ Efetivamente, a Constituição ocupa uma função central no sistema vigente, e – não poderia ser diferente – irradia efeitos que precisam ser captados na edição das leis infraconstitucionais. Ousamos dizer que seus comandos maiores se traduzem como ordenadores e dirigentes aos criadores e aos aplicadores (interpretes) das leis (aí incluída a própria Constituição, por evidente). ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (Coord). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: JusPODIVM, p. 47, 2012.

⁹⁴ As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando consequente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado (...). Na linha, então, das determinações constitucionais pertinentes, o anteprojeto deixa antever, já à saída, as suas opções estruturais, declinadas como seus princípios fundamentais. A relevância da abertura do texto pela enumeração dos princípios fundamentais do Código não pode ser subestimada. Não só por questões associadas à ideia de sistematização do processo penal, mas, sobretudo, pela especificação dos balizamentos teóricos escolhidos, inteiramente incorporados nas tematizações levadas a cabo na Constituição da República de 1988. BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 2009, p. 15-16. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

⁹⁵ Composta pelo coordenador Hamilton Carvalhido, pelo relator Eugênio Pacelli de Oliveira e pelos membros Antônio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

Registra-se, oportunamente, que o legislador infraconstitucional objetiva com o atual Projeto de Lei criar uma norma processual penal que, além de consentânea com as diretrizes constitucionais pertinentes, contenha também preceitos oriundos de tratados internacionais de que o Brasil seja signatário⁹⁶.

É explícita no Projeto de Lei a preocupação em assegurar ao investigado e ao acusado em geral os direitos fundamentais individuais do homem.

A grande questão a ser enfrentada é salvaguardar a aplicação dos direitos fundamentais individuais a todos aqueles que os possuem no âmbito de uma nova legislação processual penal.

Nesse aspecto, deverá o Projeto de Lei consagrar direitos e garantias individuais aos investigados, acusados, vítimas, testemunhas e informantes, porquanto, não obstante as posições ocupadas por cada um deles na perscrutação e na persecução penal, todos⁹⁷ são detentores dos direitos e garantias fundamentais.

Nessa perspectiva, a expressa alusão à observância no processo penal das diretrizes erigidas do contraditório e da ampla defesa, com a garantia de manifestação em todas as fases processuais da defesa técnica, é a mostra exemplificativa do legislador no sentido de assegurar a aplicação dos direitos individuais ao acusado.

De igual modo, o artigo 5.º do Projeto de Lei do novo Processo Penal preocupou-se em explicitar que a interpretação da norma processual deverá delinear-se pela proibição do excesso, com a salvaguarda da dignidade da pessoa humana e a máxima proteção dos direitos fundamentais.

⁹⁶ Artigo 1.º. O processo penal reger-se-á, em todo o território nacional, por este Código, bem como pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil.

⁹⁷ A chamada concepção contemporânea de direitos humanos é fundada na universalidade e na indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição. Indivisibilidade porque os direitos civis e políticos não de ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade. PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 45, p. 220, 1999.

A investigação criminal, apesar de estar pautada no modelo inquisitivo, permite ao investigado, no Projeto do Novo Código de Processo Penal, uma série de medidas de conhecimento das provas – inclusive de entrevistar pessoas⁹⁸ – que estão sendo produzidas e facilitadoras de produção defensiva na fase processual, em caso de ajuizamento de ação penal.

Portanto, a legislação processo penal em elaboração prestigia, acertadamente, a aplicação de direitos e garantias individuais inerentes ao investigado e ao acusado, possibilitando-os, sobretudo, o exercício da ampla defesa e do contraditório.

No mesmo alinhamento, a legislação processual penal em tramitação trouxe em seu texto inovador título⁹⁹ que estabelece direitos e garantias atribuídos às vítimas de ação criminosa.

As disposições processuais penais concernentes às vítimas são quase que integralmente inéditas. Denota-se que o legislador infraconstitucional cuidou de observar as mazelas que são impingidas às pessoas que sofrem ação delitiva, sobretudo porque ao contribuírem com a investigação e a persecução penal, não deixam de ser novamente vitimadas¹⁰⁰.

Nesse ponto, previu-se no Projeto de Lei processual penal uma série de direitos¹⁰¹ às vítimas, extensíveis aos seus familiares, dos quais se destacam, por guardar pertinência com o presente trabalho, a preservação de seu endereço e de outros dados qualificativos, a possibilidade de prestar declarações em dia diverso do suposto autor do crime, ou, se no mesmo dia, aguardar em local separado, e, genericamente, receber especial proteção do Estado em decorrência de colaboração com a investigação e com o processo penal.

⁹⁸ Artigo 13 do Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal.

⁹⁹ Livro I, Título V, artigos 90 a 92 do Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal.

¹⁰⁰ A vitimização secundária é um derivativo das relações existentes entre as vítimas primárias e o Estado em face do aparato repressivo (polícia, burocratização do sistema, falta de sensibilidade dos operadores do direito, etc.). De forma geral, os profissionais e procedimentos das instâncias formais de controle social não se atentam ao sofrimento, as expectativas e as necessidades da vítima, fazendo com que a vítima se sinta desrespeitada, frustrada, uma peça estranha à engrenagem do aparelho estatal. MANDARINO, Renan Posella; BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ROSA, Larissa. A participação da vítima no controle da cifra oculta da criminalidade. **Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 37, n. 1, p. 290, 2017.

¹⁰¹ Artigo 90 do Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal.

Põe-se em relevo que o Projeto de Lei da nova norma processual determina que incumba à Autoridade Policial a prestação de apoio à execução de medidas implementadoras do programa de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas¹⁰².

É perceptível, portanto, o avanço legislativo na adoção de medidas protetivas em favor da vítima. Contudo, questões atinentes ao procedimento de concretização destas medidas tanto no inquérito policial quanto no processo penal, não foram suficientemente regulamentadas. A Exemplo, não se previu como se preservará os dados qualificativos e o endereço da vítima, bem como as disposições acerca de quem e de como poderão acessá-los.

Assim, caso o texto seja aprovado sem alterações relacionadas à matéria examinada, estará desperdiçada a oportunidade de aperfeiçoamento e inclusão no Código de Processo Penal de procedimento sistematizado, que complete a aplicação de medidas protetivas diferentes daquelas previstas na Lei 9.807 de 13 de julho de 1999¹⁰³.

No que diz respeito às testemunhas, o Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal inovou tão somente quanto ao procedimento de oitiva de crianças e adolescentes¹⁰⁴, inclusive com a possibilidade de antecipação da produção probatória.

A rigor, dispõe o mencionado Projeto de Lei acerca da possibilidade, no inquérito policial, de que seja requerida a oitiva de crianças e adolescentes em Juízo, como forma antecipatória de produção de prova, a qual, aliás, salvo imprescindibilidade devidamente fundamentada, não poderá ser novamente repetida, inclusive no procedimento específico do Tribunal do Júri.

Prevê também o Projeto de Lei que as crianças e adolescentes colaboradoras com os órgãos públicos em qualquer fase da persecução penal, terão aparato estadual para resguardá-lhes de qualquer prejuízo ao seu desenvolvimento humano, inclusive o acompanhamento de profissionais habilitados em suas oitivas.

¹⁰² Artigo 25, VIII, do Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal.

¹⁰³ Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

¹⁰⁴ Artigo 192 a 195 do Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal.

Por fim, extrai-se do texto do Projeto de Lei a preocupação quanto à integridade física, psicológica e emocional de crianças e de adolescentes que contribuírem em qualquer fase da persecução penal, o que se denota uma imposição ao Estado de buscar todos os mecanismos legais de proteção, inclusive aqueles referentes aos seus dados qualificativos, que, por óbvio, deverão ser mantidos em sigilo.

No que diz respeito à testemunha propriamente dita, ou seja, pessoa com idade igual ou maior que dezoito anos, o Projeto do novo Código de Processo Penal não estabeleceu nenhuma alteração concernente às medidas protetivas relacionadas com a preservação de sua integridade física, psíquica ou emocional.

Logo, o legislador infraconstitucional, na mesma perspectiva do atual Código de Processo Penal, continua com uma visão equivocada de que as testemunhas possuem apenas deveres ao prestarem seus depoimentos, não se preocupando com a dimensão humana que as caracterizam, sem se atentar para a implementação dos direitos e garantias fundamentais¹⁰⁵ que lhes são inerentes.

Nesse ponto, constata-se que o Projeto de Lei continua a enxergar nas testemunhas apenas instrumentos de prova, não cuidando de identificá-las como detentoras de direitos fundamentais individuais, eximindo-se de aplicá-las, inclusive, a própria base principiológica constitucional disposta em seu primeiro título¹⁰⁶.

Destarte, o legislador processual firma-se tão somente em regras rígidas do tudo ou nada, ignorando a dinâmica do direito¹⁰⁷ e a grande evolução dos direitos fundamentais do

¹⁰⁵ É que, diversamente do que ocorre com outros direitos ou, principalmente, com outras agressões que ao Direito impende resolver, os direitos fundamentais, pela sua própria natureza, não podem esperar para um deslinde que somente sobrevenha quando o bem jurídico é a vida, a liberdade ou a segurança, por exemplo, seja em suas manifestações diretas, seja em suas apresentações mediatas (o trabalhador que não receba o seu salário e fique sem condições de se alimentar é lesado no próprio direito à vida digna). Assim, as Constituições, como as normas de Direito Internacional relativas aos direitos fundamentais, enfatizam, na atualidade, a necessidade de se terem resguardados tais direitos no plano mesmo da ameaça. A prevenção é o melhor cuidado a se tomar, juridicamente, em caso de direitos fundamentais. Quanto mais eficientes forem os sistemas em dotarem os indivíduos e as instituições de instrumentos acautelatórios a fim de que ameaças sejam sustadas ou desfeitas antes mesmo da prática prejudicial aos direitos, tanto melhor atendidos estarão os objetivos dos ordenamentos jurídicos. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, v. 1, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/116/159>>. Acesso em: 16 set. 2017.

¹⁰⁶ Artigos 1.º ao 7.º do Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal.

¹⁰⁷ Ainda que se deva reconhecer a importância das formas no processo penal, superada a compreensão de completude e fechamento do ordenamento jurídico, sempre tão decantada por determinadas matrizes positivistas ortodoxas ultrapassadas, inegável que o direito vivo é muito mais rico do que a possibilidade de esgotar

homem, tema mais caro a qualquer ordenamento jurídico construído em um Estado Democrático de Direito. Isso inviabiliza o fato de que questões surgidas a partir da peculiaridade de determinadas situações envolvendo testemunhas se resolvam com a aplicação das diretrizes estabelecidas a partir da base principiológica constitucional carregada até pelo próprio Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal.

3.4 Sugestões de medidas protetivas às vítimas e às testemunhas ameaçadas diversas da inserção em Programa de Proteção.

Na diretriz do que já se explanou neste texto, as medidas protetivas previstas pela Lei 9.807/99 impõem uma série de restrições¹⁰⁸ aos direitos fundamentais de vítimas e testemunhas. Isso porque, uma vez que inseridas tais pessoas no programa protetivo, são cortados os vínculos com outras pessoas, locais e até mesmo convívio com familiares, sem prejuízo de implicações aos direitos de ir e vir¹⁰⁹ e de comunicação, por exemplo.

É preciso destacar que, não obstante as dificuldades impostas aos protegidos pela referida legislação, em determinados casos não há outra solução para que se garanta a preservação da vida de vítimas e testemunhas, senão a inclusão no programa de proteção.

previsões normativas que permitam a solução de todos os casos. Uma vez demonstrada a abertura do ordenamento jurídico para um pluralismo de fontes, é ingênuo acreditar ser possível regular a definição de um meio de prova apenas por intermédio das regras, sem maior espaço de abertura, na lógica do ‘tudo ou nada’, sem consideração a comandos gerais abstratos que permitam um balanceamento e uma verdadeira interpretação tópica de acordo com a realidade de cada caso concreto. Assim, sem prejuízo dos princípios gerais que iluminam a prova em processo penal, perdeu o legislador oportunidade de incluir diretrizes principiológicas específicas capazes de orientar a hermenêutica das questões envolvendo prova testemunhal, ferramenta que seria muito importante para o cotidiano forense. ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (Coord). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: JusPODIVM, p.235, 2012.

¹⁰⁸ Embora o Programa Federal de Proteção esteja inserido na pasta executiva da política de direitos humanos, constatou-se a dificuldade de se garantir direitos fundamentais. As necessidades humanas são contempladas em forma de subsídio financeiro, acompanhamento psicossocial e jurídico, ajudas voluntárias e restritas autorizações de acesso aos serviços públicos. Contudo, essa pequena parcela da população brasileira que necessita ingressar em um programa de proteção precisará aderir e se subordinar às normas de segurança que aprofundam a alienação social, cultural, política e econômica. Portanto, limitadoras das possibilidades de satisfação das necessidades humanas na direção da liberdade e da autonomia. DE SOUZA GALDINO, Danielle; GUEDES, Cristiano. Um olhar por dentro dos muros do Programa de Proteção a Testemunhas. **Anais do Encontro Internacional e Nacional de Política Social**, v. 1, n. 1, p. 15, 2016.

¹⁰⁹ Ficar sob a proteção do Estado demanda determinada restrição de comportamento e inexorável limitação do direito de ir, vir e permanecer, além de drástica e incômoda quebra da rotina de vida do protegido. Se este não se porta de acordo com a forma regada para o sistema, que tem como intento fundamental preservar sua vida, não poderá ser por ele abrangido, uma vez que gerará despesas para o Estado sem que ocorra, em contrapartida, a efetiva proteção do envolvido. MARTINI, Paulo. Proteção especial a vítimas, testemunhas e aos réus colaboradores. Porto Alegre: **Síntese**, p. 12, 2000.

Todavia, algumas medidas protetivas preliminares àquelas dispostas na Lei 9.807/99, se devidamente instrumentalizadas, poderiam trazer resultados satisfatórios na proteção de vítimas e testemunhas, de maneira a lhes proporcionar a prestação de suas declarações e depoimentos com o mínimo de afetação aos seus inerentes direitos fundamentais.

Nesse raciocínio, as disposições contidas no Provimento de número 32 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e na Resolução Conjunta SEDS TJMG PGJ DPMG PMMG Nº 185, DE 25 DE ABRIL DE 2014, são exemplos de medidas protetivas preliminares à inclusão em programa de proteção que poderiam surtir grande eficácia na proteção de vítimas e testemunhas.

Entretanto, a regulamentação da matéria de proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas em virtude de colaboração com o Estado na investigação e processo penal, mormente por dizer respeito a direitos fundamentais do homem, não se mostra adequada de ser realizada por meio de provimento e resolução. De igual modo, em virtude da envergadura do tema, é incompreensível que seja regulamentada apenas em determinados Estados da federação.

A inclusão das disposições contidas na mencionada resolução – conteúdo quase que idêntico ao também citado provimento –, por exemplo, no texto do Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal, parece soar convergente com os princípios de direitos fundamentais relativos ao homem previstos nele e na própria Constituição da República de 1988¹¹⁰.

Seria adequado que no Código de Processo Penal brasileiro estivesse sistematizado procedimento englobando medidas protetivas a vítimas e testemunhas no capítulo destinado às provas, por guardar inteira relação com o tema e ante a conveniência de regulamentação da produção da prova oral.

Ademais, é inegável a ocorrência de ameaças a vítimas e testemunhas em todo o País, tanto é que, como destacado anteriormente, o tema foi pautado no Programa Nacional de

¹¹⁰ A atual Carta da República, não só institui um regime político democrático, como promove um inegável avanço no campo dos direitos e garantias fundamentais. Os direitos humanos assumem extraordinário relevo na nova ordem constitucional, sem precedentes na história do constitucionalismo brasileiro. ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos fundamentais na constituição de 88. **Themis: Revista da Esmecc**, v. 1, n. 2, p. 111, 2016.

Direitos Humanos, um dos instrumentos que supervenientemente subsidiou a elaboração da Lei Federal de Proteção de Vítimas e Testemunhas.

A previsão de um microsistema no Código de Processo Penal acerca de medidas protetivas preliminares influiria positivamente na disposição de vítimas e testemunhas em colaborar com a investigação e processo criminal, uma vez que o assunto teria repercussão geral no País. Com isso, seriam divulgadas as medidas tomadas, assim como os deveres de os agentes públicos envolvidos em todas as fases da persecução penal de adotar, quando necessário, as disposições protetivas.

Crê-se, ainda neste contexto, que a previsão legal acerca das medidas protetivas no Código de Processo Penal, juntamente com a difusão destas em todo o País, tanto encorajariam as vítimas e testemunhas em colaborar com o Estado na investigação e processo penal, quanto inibiriam, aos menos em certa medida, a atuação de criminosos na ofensiva contra aqueles que sofreram ou que presenciaram a ação delitiva.

Nessa diretriz, quando se fala em supressão de endereço e de dados qualificativos de vítimas e testemunhas a partir dos depoimentos colhidos na fase investigativa, consoante explicitado na precitada resolução, é preciso adotar mecanismos para que os protegidos não sejam identificados, sobretudo quando forem ouvidos na instrução processual e até mesmo em sessão plenária do Tribunal do Júri.

Não se justifica que a testemunha seja sigilosa e ao mesmo tempo aguarde a realização de audiência no mesmo ambiente em que estejam presentes outras testemunhas, familiares e até mesmo o acusado, como cotidianamente se constata nos fóruns criminais brasileiros.

Portanto, é razoável que a prerrogativa¹¹¹ da vítima prevista no Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal, de ser ouvida em momento diverso daquele agendado para interrogatório do acusado e aguardar em local separado, seja estendida também às testemunhas ou informantes.

E mais, em complemento, soergue-se prudente que vítimas e testemunhas de acusação sejam ouvidas em dias diversos das inquirições de testemunhas de defesa e do interrogatório

¹¹¹ Artigo 91, VIII, do Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal.

do acusado, de modo a proporcionar que aquelas tenham mais privacidade e tranquilidade para prestar suas informações.

Sugere-se ainda, como medida preliminar de proteção a vítimas e testemunhas, a extensão da possibilidade de produção antecipada de prova aplicada a crianças e adolescentes¹¹², prevista no Projeto do novo Código de Processo Penal. Até porque, não obstante a peculiaridade de crianças e adolescente estarem em desenvolvimento e necessitarem de especial proteção, as questões relacionadas aos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana são plenamente aplicáveis às vítimas e às testemunhas, as quais, aliás, gozam das mesmas prerrogativas de viver sem violência e com a preservação de sua saúde física, mental e emocional, necessária para o desenvolvimento humano em qualquer idade da vida.

Como medida protetiva preliminar mais drástica na proteção de vítimas e testemunhas sugere-se até mesmo a impossibilidade da defesa do acusado de ter acesso ao nome e qualificação da testemunha. Tal medida, entretanto, seria aplicada em casos gravíssimos e excepcionais, por meio de decisão judicial fundamentada em caso de comprovação fática dos riscos à integridade física das vítimas e testemunhas.

Esclarece-se que, mesmo que a defesa do acusado não tenha acesso às qualificações e aos endereços de vítimas e testemunhas protegidas, não há obstáculo que ela, visualmente, na audiência de instrução e na sessão plenária do Tribunal do Júri, se for o caso, possa identificá-las, formulando perguntas e requerendo esclarecimentos, desde que estes não revelem suas identidades.

Em remate, durante as realizações de inquirições no curso de toda a persecução penal seria preciso que vítimas e testemunhas fossem identificadas apenas como “testemunha sigilosa” e que as perguntas a elas formuladas fossem intermediadas pelo magistrado, evitando a revelação de suas identificações.

¹¹² Na fase de investigação, ao decidir sobre o pedido de produção antecipada de prova testemunhal de criança ou de adolescente, o juiz das garantias atentarà para o risco de redução da capacidade de reprodução dos fatos pelo depoente, em vista da condição da pessoa em desenvolvimento, observando, quando recomendável, o procedimento previsto no art. 194. § 1º Antecipada a produção da prova na forma do caput deste artigo, não será admitida a reinquirição do depoente na fase de instrução processual, inclusive na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade, em requerimento devidamente fundamentado pelas partes. Artigo 195 do Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal.

As medidas protetivas preliminares haveriam de ser aplicadas de maneira gradativa e de acordo com as peculiaridades do caso, tendo sempre como orientação a real e circunstanciada necessidade de proteção das vítimas e testemunhas.

Em suma, as medidas protetivas diversas da inclusão no programa de proteção visam colocar no anonimato vítimas e testemunhas colaboradoras com a investigação e processo penal, mesmo que parcialmente, uma vez que, com exceção da última mencionada sugestão, o defensor do acusado, visualmente, poderá identificar aquelas.

4 O SURGIMENTO DO CONFLITO. AMPLA DEFESA DO ACUSADO X DIREITOS DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS AMEAÇADAS.

A amplitude e a importância dos direitos fundamentais foram bem destacadas na Constituição da República de 1988¹¹³, sobretudo quando se ressaltou que aqueles têm

¹¹³ Artigo 5.º da Constituição da República de 1988.

aplicabilidade imediata e não se restringem aos dispositivos expressos, mas se completam em outros princípios esparsos e em tratados internacionais adotados pela Carta Magna¹¹⁴.

Os direitos fundamentais são o reconhecimento da imperiosa necessidade de se garantir ao ser humano condições suficientes mínimas de existência, de sobrevivência e de desenvolvimento. Portanto, a pessoa humana¹¹⁵ deve ser o núcleo central de qualquer ordenamento jurídico fomentador de um Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, atualmente, tem sido um grande desafio a harmonização da aplicação dos direitos fundamentais do homem, sobretudo porque a eles se atribuem reconhecimento e evolução cada vez mais significativos, ensejo que, em suas concretizações, acabam por gerar colisões¹¹⁶, principalmente diante de uma sociedade caracterizada por relações pluralistas e complexas¹¹⁷.

As colisões entre os direitos fundamentais acentuam-se ainda mais quando o contexto de suas verificações é uma sociedade que se caracteriza, de um lado, pela complexidade e pluralismo e, de outro, pela expansão das liberdades individuais, da proteção da coletividade e da busca pelo consenso¹¹⁸.

¹¹⁴ §§ 1.º e 2.º do artigo 5.º da Constituição da República de 1988.

¹¹⁵ Isso, em suma, quer dizer que só o ser humano, o ser racional, é pessoa. Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento. DA SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 90-91, 1998.

¹¹⁶ Com as mesmas características normativas dos princípios – na verdade, como uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana – colocam-se boa parte dos direitos fundamentais, cuja proteção foi alçada ao centro dos sistemas jurídicos contemporâneos. Princípios e direitos previstos na Constituição entram muitas vezes em linha de colisão, por abrigarem valores contrapostos e igualmente relevantes, como por exemplo: livre iniciativa e proteção do consumidor, direito de propriedade e função social da propriedade, segurança pública e liberdades individuais, direitos da personalidade e liberdade de expressão. O que caracteriza esse tipo de situação jurídica é a ausência de uma solução em tese para o conflito, fornecida abstratamente pelas normas aplicáveis. BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 235, p.4, 2004.

¹¹⁷ A complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levam ao abrigo da Constituição valores e interesses diversos, que eventualmente entram em choque. BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 235, p.5, 2004.

¹¹⁸ De outro lado, se o projeto das sociedades civilizadas contemporâneas é a construção de uma sociedade de consenso e livre, através de uma constituição democrática, é válida uma hermenêutica adequada à constituição que tem como finalidade primeira (sem exclusão de outros) a realização da liberdade. Ora, a declaração dos direitos fundamentais é exatamente a parte central de uma constituição democrática, porque é através da outorga e efetivação dos direitos subjetivos fundamentais que o Direito realiza a liberdade e outros valores nele reconhecidos. SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. **Revista da**

A rigor, a condição humana é o único requisito exigido para a incidência da proteção dos direitos fundamentais, os quais, possuindo aplicabilidade imediata, incidem nas relações que envolvem o investigado, o acusado, a vítima, a testemunha, o informante, enfim, a qualquer ser humano.

Com efeito, a ampla defesa é o direito das partes envolvidas em demandas administrativas e judiciais, de usufruir de todos os meios de prova lícitos no intuito de comprovar suas alegações¹¹⁹. De igual modo, o direito à ampla defesa assegura às partes o acesso à produção de sua prova, a assistência de defesa técnica e a possibilidade desta de se manifestar em todas as fases do processo.

No processo penal, a ampla defesa é ainda mais acentuada, uma vez que há a possibilidade, inclusive, de utilização de prova ilícita na defesa do acusado¹²⁰.

Em suma, a ampla defesa é, ao mesmo tempo, direito e garantia do acusado de se valer amplamente de métodos e procedimentos para elaborar sua defesa contra aquilo que lhe é imputado, com os meios e os recursos inerentes.

Logo, como corolário da ampla defesa, o acusado possui o direito de saber quais são as provas que foram contra si produzidas e suas fontes, o que engloba as identificações de vítimas e testemunhas.

Faculdade de Direito da UFMG, n. 39, p. 255-256, 2001.

¹¹⁹ As partes ou os interessados na administração da Justiça devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir toda as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário. Esse direito abrange tanto o direito à autodefesa quanto à defesa técnica por um advogado habilitado, e também o direito a não ser prejudicado no seu exercício por obstáculos alheios à sua vontade ou pela dificuldade de acesso às provas de suas alegações. GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 7, n. 14, p.18, 2008.

¹²⁰ A prova ilícita *pro reo* é admitida unanimemente tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Apoiada nos valores supremos da liberdade humana e do ideal de justiça, e, em homenagem ao direito de defesa, a prova ilícita *pro reo* vem sendo acolhida, mesmo com a violação a direitos fundamentais seus ou de terceiros. (...). Em síntese, demonstra-se admissível a prova ilícita colhida a favor do réu diante a proporcionalidade estabelecida em prol da ampla defesa do réu e em sacrifício da intimidade, valor de menor relevância ante os valores de justiça e de liberdade; e, também, diante da excludente de ilicitude na obtenção da prova. BARROSO. Frederico Sousa. Provas ilícitas: confronto entre as liberdades públicas e a efetividade do Processo Penal. **Revista Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, Ano 12. Edição Especial, p.123 -125, abr. 2004.

No entanto, a relação processual estabelecida no âmbito criminal não é, por vezes, de lealdade. Em decorrência da evolução e da organização da criminalidade, sobretudo numa perspectiva de gangues, associações, milícias e organizações criminosas, as pessoas que sofrem diretamente a violência e as que presenciam a execução dos atos ilícitos são atemorizadas e ameaçadas com o intuito de assegurar a impunidade de seus autores.

A investida contra a integridade física, psíquica e emocional de vítimas e testemunhas é tão voraz que, mesmo inseridas em programas de proteção governamentais, são vítimas de atentados¹²¹.

O direito à vida é o ícone mais efusivo de proteção de um ordenamento jurídico. Toda ordem jurídica estabelecida em um Estado Democrático de Direito possui em seu núcleo a proteção da vida humana. Não há como pensar o direito sem vislumbrar a proteção da vida humana e as garantias de sua existência, subsistência e desenvolvimento, muito bem explicitadas no princípio da dignidade da pessoa humana¹²².

Nesse cenário, quando se sugeriu a inclusão no Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal de um microsistema de medidas de proteção às vítimas e às testemunhas ameaçadas – diferentes daquelas relativas à inserção em programa de proteção –, baseadas, sobretudo, nos anonimatos da qualificação e do endereço das pessoas protegidas, instalou-se o conflito entre os direitos do acusado provenientes da ampla defesa e aqueles direitos concernentes à vida e à dignidade das pessoas em situação de risco.

Destarte, constatada a ocorrência do conflito entre os direitos do acusado e os direitos das vítimas e testemunhas ameaçadas, surge a necessidade, como tema central deste trabalho,

¹²¹ A seção fluminense da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-RJ) e a Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Rio pedem investigação sobre o vazamento da identidade e localização de um homem incluído no Provita, programa federal de proteção a testemunhas, que sofreu um atentado na noite de terça-feira em Lima Duarte (MG). Desde a criação do Provita, em 1998, é a primeira vez que alguém sob proteção sofre tentativa de homicídio. As entidades vão pedir explicações à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. DANTAS, Pedro. ROGERO, Tiago. Pela 1ª vez, testemunha protegida do governo sofre atentado. **O Estado de São Paulo**. Rio de Janeiro, 15 jul. 2011. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,pela-1-vez-testemunha-protetida-do-governo-sofre-atentado-imp-,745210>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

¹²² Tecidas essas considerações, conclui-se, no plano da dogmática jurídica, que direitos fundamentais são todos os direitos, individuais ou coletivos, previstos expressa ou implicitamente em determinada ordem jurídica e que representam os valores maiores nas conquistas históricas dos indivíduos e das coletividades, os quais giram em torno de um núcleo fundante do próprio Estado Democrático de Direito, que é justamente o direito à vida e à sua existência com dignidade. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, p.309, 2008.

de descortinar-se a solução para a aplicação dos direitos fundamentais envolvidos no problema, a partir dos subsídios das teorias de direitos fundamentais de Roberto Alexy e do Neoconstitucionalismo.

4.1 Estado Democrático de Direito e direitos fundamentais.

Ao se propor a análise para a solução do conflito entre os direitos fundamentais advindos da ampla defesa do acusado e dos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana de vítimas e testemunhas, antes de mais nada, é preciso esclarecer e delimitar o ambiente em que se estabelecerá o espaço argumentativo.

A Constituição da República de 1988, logo em seu artigo 1.º, explicitou que o Brasil é uma República Federativa constituída em Estado Democrático de Direito. Em seu artigo 5.º, a Norma Constitucional previu um Título exclusivo para dizer sobre os direitos e garantias fundamentais.

Nesses termos, é bem clara a opção do constituinte em vincular o Estado Democrático de Direito aos direitos fundamentais do homem, sobretudo porque atribuiu àquele o fundamento da dignidade da pessoa humana¹²³.

A rigor, há uma preocupação mundial com o futuro da humanidade. Isso se reflete nos ordenamentos jurídicos globais por meio da previsão de direitos e garantias¹²⁴ que visam

¹²³ A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. É, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos e configura-se como um valor próprio que o identifica. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana – parte II. **In:** BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, p. 223, 2006.

¹²⁴ Hodiernamente, as Declarações de Direitos contempladas no plano internacional e as Constituições Substanciais e/ou Formais dos países livres consignam capítulo especial aos Direitos e Garantias Fundamentais, como condição essencial da manutenção da vida em sociedade. GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 7, n. 9, p. 383, 2006.

propiciar ao homem condições mínimas de uma vida saudável¹²⁵ necessárias à sua existência, à sua subsistência e ao seu desenvolvimento.

É importante frisar que as condições mínimas necessárias para o desenvolvimento do homem não se limitam a questões de ordem social (alimentação e saúde, por exemplo), mas dizem respeito também a mecanismos que possibilitem tanto o exercício de seus direitos e garantias inerentes à sua condição humana, quanto, como ser pensante, a interação com seus pares na comunhão de ideias e esforços no intuito de estabelecer uma sociedade mais justa, livre e pacífica.

Os direitos fundamentais do homem, na verdade, possuem caráter dúplice. Isso porque na mesma dimensão de imposição de respeito aos seus direitos e garantias individuais, refletem a obrigação de corresponsabilidade¹²⁶ do homem nas iniciativas e ações que possam contribuir para a própria manutenção da vida.

Nesse cenário, o Estado Democrático de Direito é o ambiente em que se proporciona a efetividade e a concretização dos direitos fundamentais¹²⁷. Legitimado pela vontade popular, o Estado Democrático de Direito deve ser a expressão dos anseios do povo, sobretudo na providência de proteção dos direitos e garantias fundamentais, indispensáveis ao implemento de uma sociedade pautada na dignidade da pessoa humana.

¹²⁵ Os Estados Membros desta Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são basilares para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança; A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados (...). Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS/WHO), Nova Iorque, 22 jul. 1946. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo – USP**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 6 jan. 2018.

¹²⁶ Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 60, 2001.

¹²⁷ O Estado Democrático de Direito, na hipótese, especialmente o brasileiro (art. 1º da CR/88), está inserido na sociedade, regido pela Constituição, com a função de proteção e de efetivação tanto do Direito Coletivo quanto do Direito Individual. É um Estado, portanto, da coletividade e o indivíduo ao mesmo tempo. FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. 6.ª ed. Salvador: JusPODIVM, p. 64, 2016.

De tudo isso, é possível extrair que o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais do homem se interagem em via recíproca¹²⁸, na medida em que estes são o fundamento daquele e aquele é o espaço propiciador da realização destes.

Dessa forma, crê-se que está delimitado e ambientado o espaço argumentativo em que se estabelecerá a análise envolvendo a resolução do conflito entre os direitos fundamentais do acusado e das vítimas e testemunhas ameaçadas.

4.2 Ampla defesa como direito fundamental do acusado.

O direito à ampla defesa do acusado no processo penal é um dos pilares sustentadores do devido processo legal¹²⁹, com expressa previsão no artigo 5.º, LV, da Constituição da República de 1988, exatamente no título denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

O exercício do direito à ampla defesa é uma garantia constitucional que permite ao acusado refutar todas as acusações¹³⁰ que contra si forem formuladas, impugnando, por meio de profissional habilitado, as provas, os procedimentos de suas elaborações e suas fontes. De

¹²⁸ A verdade é que, no mundo dos fatos jurídicos, no processo da história do Direito, o Estado Democrático de Direito somente se realizará no Brasil, como em qualquer país, quando – não só os direitos políticos – mas todos os direitos fundamentais, inclusive os políticos, estiverem convertidos em direitos humanos difusos, integrais, recíprocos, solidários: verdadeiros direitos de todos que, por serem apoiados nos deveres de todos que lhes sejam correspondentes, possam assim, quanto à titularidade, sujeitar todos os indivíduos da espécie humana e, quanto ao objeto, apreender todos os valores da dignidade humana. DE BARROS, Sérgio Resende. **Noções sobre o Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/noco-es-sobre-estado-democratico-de-direito.cont>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

¹²⁹ Pela primeira vez na Constituição brasileira, o texto de 1988 adota expressamente a fórmula do direito anglo-saxão, garantindo que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (art. 5.º, inc. LIV). O conceito da fórmula vem a seguir desdobrado em um rico leque de garantias específicas, a saber: a) antes de mais nada, na dúlice garantia do juiz natural, não mais restrito à proibição de *bills of attainder* e juízos ou tribunais de exceção, mas abrangendo a dimensão do juiz competente (art. 5.º, incs. XXXVII e LIII); e b) ainda em uma série de garantias, estabelecidas agora expressamente ao processo civil, ou até mesmo novas para o ordenamento constitucional. Assim, o contraditório e a ampla defesa vêm assegurados em todos os processos, inclusive administrativo, desde que neles haja litigantes ou acusado (art. 5.º, inc. LV). Procura-se, ainda, dar concretude à igualdade processual – que decorre do princípio da isonomia, inscrito no inciso I do artigo 5.º – transformando-a no princípio dinâmico da *par condicio* ou da igualdade de armas, mediante o equilíbrio dos litigantes no processo civil, e da acusação e defesa, no processo penal. FRIEDE, R. Reis. A garantia constitucional do devido processo legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 716, p. 51, 1995.

¹³⁰ No Estado Constitucional de Direito, a punição de quem quer que seja não é uma questão de maioria democrática, de tal modo que a força da verdade da decisão judicial não está na opinião pública, mas nas garantias utilizadas no processo de obtenção da verdade do caso individual. Neste quadro, somente será considerado culpado quem tiver tido a real possibilidade de refutar a hipótese acusatória, razão pela qual a única alternativa para a justiça penal está no caso concreto. ALVES, Fábio Wellington Ataíde. **Efetivação da garantia de defesa no estado constitucional de direito: colisão entre o poder punitivo e garantia de defesa**. Dissertação de Mestrado. Natal. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, p.409, 2008.

igual maneira, não poderá ao acusado impor qualquer dificuldade no alcance e na construção de sua prova.

Na mesma perspectiva, o exercício da ampla defesa pelo acusado é um instrumento utilizado para a promoção de sua defesa contra os poderes acusatório e sancionador do Estado, os quais impõem a ele sanções incidentes em suas liberdades individuais, sejam elas restritivas da própria liberdade de ir e vir ou de direitos.

A liberdade é um direito inerente à própria condição humana, imprescindível à existência e ao desenvolvimento. É por isso que o direito à liberdade é reconhecido como direito individual fundamental¹³¹ e está, ao lado, por exemplo, do direito à vida, inserido no rol de direitos classificados como de primeira geração e previsto em diversas declarações internacionais relativas aos direitos do homem.

Portanto, a ampla defesa do acusado no processo penal é uma garantia indispensável da utilização de meios pertinentes e necessários para a promoção da defesa de sua liberdade e, como tal, reveste-se da natureza de direito fundamental.

Ressalta-se que o direito fundamental como núcleo central do ordenamento constitucional e ainda como diretriz para o próprio Estado Democrático de Direito não produz efeito apenas na relação envolvendo o Estado/cidadão, no caso do presente trabalho Estado e acusado.

Isso quer dizer que os direitos fundamentais, especificamente o direito à ampla defesa do acusado, emite irradiação para outros ramos do direito, para a legislação, para a administração e até mesmo para a construção jurisprudencial¹³². Em termos práticos, o direito

¹³¹ Dentre os direitos constantes nas principais declarações figuravam com destaque o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como os direitos políticos e o direito de resistência à opressão. Esses direitos naturais passaram a ser conhecidos como *direitos individuais* ou, ainda, como *direitos civis e políticos*. São os denominados *direitos de primeira geração*, consagrados, dentre outros documentos, na *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, de 1776, na *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*, também de 1776, na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* francesa de 1789, e nas primeiras dez emendas à Constituição americana de 1787, promulgadas em 1789. (com destaques autênticos). LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 98, p. 417, 2003.

¹³² O Tribunal Constitucional Federal procura conceber o ‘efeito irradiador’ das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico com o auxílio do conceito de ordem objetiva de valores. Para usar as palavras do tribunal: ‘Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma

fundamental à ampla defesa possibilita ao acusado obter da administração pública determinado documento, arquivo ou imagem para instruir e comprovar suas alegações defensivas.

De igual modo, o direito fundamental à ampla defesa não pode encontrar obstáculo à sua concretude na ausência ou na limitação de determinada legislação.

No primeiro caso, o direito fundamental à ampla defesa impõe ao legislador a obrigação de elaboração de lei que regulamente e possibilite o exercício daquele direito. Já no segundo caso, em havendo lei que limite a fruição do direito à ampla defesa, o intérprete do direito deverá adotar interpretação harmônica com a constituição, de modo a garantir a aplicação do direito fundamental.

Portanto, a condição de direito fundamental da ampla defesa é garantia especialmente atribuída ao acusado na defesa de seus interesses, principalmente porque visa à proteção de suas liberdades individuais.

4.3 Os direitos das vítimas e testemunhas como direitos fundamentais.

As declarações e os depoimentos de vítimas e de testemunhas concernentes a ações criminosas são imprescindíveis, como demonstrado no texto, tanto para o desvendamento da autoria delitiva na investigação criminal, quanto para o êxito da condenação no processo penal.

Nesse aspecto, em virtude da colaboração com o Estado na investigação e no processo criminal, as vítimas e testemunhas são alvos de ameaças e atentados contra suas integridades físicas, morais e psíquicas. Particularmente, quando as vítimas sofrem ameaças ou atentados vinculados com sua condição de testemunha do fato, a violação aos seus direitos possui conteúdo dúplice, porquanto anteriormente já suportara diretamente a violência advinda da ação criminosa.

ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e jurisprudência'. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 524-525, 2015.

A princípio, as investidas ilícitas contra vítimas e testemunhas significam agressões contra a própria condição de pessoa humana¹³³ a elas inerente. Aliás, essa condição é bem retratada na Constituição da República de 1988, onde expressamente dispôs-se que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático Direito brasileiro.

Na mesma diretriz, a Carta Magna prescreveu no título denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, explicitamente, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à segurança¹³⁴.

Relembra-se que, em consonância com as declarações internacionais relativas aos direitos do homem, o constituinte de 1988 previu como um dos cernes do ordenamento constitucional brasileiro a proteção dos direitos e garantias fundamentais individuais, consagrados não apenas no direito à vida, à liberdade e à segurança, mas, principalmente, fundamentados na dignidade da pessoa humana, instrumento catalizador de todos os mecanismos necessários para que o homem tenha salvaguardadas as garantias inerentes à sua condição humana¹³⁵.

A vontade do constituinte originário intensificou-se ainda mais quando se atribuiu aos direitos e garantias individuais a condição de cláusula pétrea, não sendo, portanto, objeto de emenda constitucional tendente a aboli-los¹³⁶, o que se denota característico de direito fundamental.

Logo, ameaças e atentados contra as integridades físicas, morais e psíquicas de vítimas e de testemunhas afrontam direitos e garantias relacionados com suas condições humanas, e, portanto, direitos fundamentais.

¹³³ A pessoa humana, na verdade, caracteriza-se por participar do magnífico fluxo vital da natureza (é seu gênero mais amplo), distinguindo-se de todos os demais seres vivos pela sua capacidade de reconhecimento do próximo, de dialogar, e, principalmente, pela sua capacidade de amar e sua abertura potencial para o absoluto (é sua diferença específica – concepção da pessoa humana fundada na vida e no amor); c) com esse fundamento antropológico, a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em sequência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1) respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2) consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3) respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária. DE AZEVEDO, Antônio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, n. 53, p. 100, 2002.

¹³⁴ Artigo 5.º, caput, da Constituição da República de 1988.

¹³⁵ Direitos humanos são os direitos inalienáveis assegurados a qualquer pessoa humana pelo simples fato de existir, celebrados pelo consenso internacional acerca de temas centrais à dignidade humana. RAMOS, Patrícia Pimentel O. C. Dos direitos humanos da vítima de violência e a responsabilidade do Estado. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 51, p. 148, 2010.

¹³⁶ Artigo, 60, § 4, IV, da Constituição da República de 1988.

4.4 Colisão de direitos fundamentais.

A sociedade atual é caracterizada pela complexidade e o pluralismo das relações humanas, entrelaçada ao incessante modernismo tecnológico e globalizado, e ainda, acompanhada da evolução e do reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais do homem.

A condição humana como único requisito para a incidência da proteção de direitos fundamentais acaba por traduzir-se em um campo vasto de aplicação que, em algum momento, estabelecerá o conflito entre eles.

Associa-se ainda ao tema de conflito de direitos fundamentais o fato destes possuírem estruturas conceituais abertas¹³⁷ e incidirem sobre diversas questões envolvendo, principalmente, o Estado e a sociedade, o que potencializa a dimensão de suas repercussões e possibilidades conflitivas.

Nesse viés, quando se estuda separadamente os temas envolvendo os direitos fundamentais à ampla defesa do acusado e os direitos das vítimas e das testemunhas, não se vislumbra qualquer conflito¹³⁸ entre eles, ao contrário, em virtude da possibilidade de suas expansões conceituais, poderão alcançar até mesmo novos horizontes de incidência e aplicação.

¹³⁷ Mesmo que extremamente aberta, uma normatização pode não suscitar grandes discussões caso haja um amplo consenso sobre a matéria. Mas, se a abertura estiver associada a um profundo dissenso sobre o objeto regulado, estará aberto o flanco para uma ampla disputa. É exatamente esse o caso dos direitos fundamentais. O catálogo de direitos fundamentais regula de forma extremamente aberta questões em grande parte muito controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Isso pode ser percebido com grande clareza nos conceitos dos direitos fundamentais à dignidade, à liberdade e à igualdade. Se a eles forem adicionados conceitos sobre os fins do Estado, a estrutura da democracia, do Estado de Direito e do Estado Social, chega-se a um sistema de conceitos que abarca os conceitos-chave do direito racional moderno, complementado pelo princípio do Estado Social, que expressa as exigências dos movimentos sociais dos séculos XIX e XX. Esses conceitos continuam a ser conceitos fundamentais da filosofia política. Ao mesmo tempo, são eles utilizados, nas discussões ideológicas, como armas semânticas. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 26-27, 2015.

¹³⁸ Normalmente, princípios são relativamente gerais, porque ainda não estão em relação com as possibilidades dos mundos fático e normativo. A partir do momento em que se passam a se relacionar com os limites dos mundos fático e normativo, chega-se então, a um sistema diferenciado de regras. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 108, 2015.

No entanto, consoante já exposto no texto, mostram-se bastante antagônicos os direitos fundamentais quando se discute a (im) possibilidade de relativização da ampla defesa do acusado no procedimento de inquirição de vítimas e testemunhas ameaçadas.

Então, é tema proposto para este trabalho a análise da possibilidade ou não da relativização da ampla defesa do acusado na oitiva de vítimas e testemunhas ameaçadas, a partir da constatação da ocorrência de conflito entre direitos fundamentais vislumbrada nas sugestões de inserção, no Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal, de medidas preliminares de proteção às vítimas e às testemunhas ameaçadas, especificamente no procedimento de suas inquirições.

5 SOLUÇÃO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – POSSIBILIDADE OU NÃO DA RELATIVIZAÇÃO DA AMPLA DEFESA DO ACUSADO.

O estudo proposto tem como ponto central verificar se há ou não a possibilidade de relativização do direito à ampla defesa do acusado no procedimento de inquirição de vítimas e testemunhas ameaçadas.

Em virtude da ausência de legislação regulamentadora de proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas, diversa da Lei 9.807 de 13 de julho de 1999, propôs-se a inserção de medidas protetivas preliminares¹³⁹ no Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal, as quais terão o papel limitador do debate, na medida em que se verificará a possibilidade de suas implantações frente ao direito à ampla defesa do acusado.

As medidas protetivas preliminares foram pensadas com o propósito de amenizar, como já demonstrado, os efeitos colaterais aos direitos fundamentais das vítimas e

¹³⁹ Conforme item 3.4 deste trabalho.

testemunhas inseridas no programa de proteção disposto na Lei 9.807/99, como, por exemplo, o direito à liberdade, à comunicação e ao convívio social.

De igual modo, cogita-se com a hipótese de implementação das medidas preliminares de um encorajamento das vítimas e testemunhas em prestar suas declarações e depoimentos na investigação e no processo penal, bem como de inibição de ações ilícitas contra suas integridades físicas, psíquicas e emocionais.

As sugeridas medidas protetivas preliminares têm como principal objetivo preservar no anonimato as qualificações e os endereços das vítimas e testemunhas ameaçadas, de maneira a resguardar-lhes de condutas atentatórias às suas integridades físicas, psíquicas e emocionais. Contudo, o referido anonimato contrapõe-se à garantia do exercício da ampla defesa do acusado, porquanto a este é assegurado o direito de saber qual a prova que contra si foi produzida ou que se produzirá, bem como a origem de sua fonte.

Portanto, constatado o conflito de direitos fundamentais, o presente estudo buscará nas teorias dos direitos fundamentais de Robert Alexy e do Neoconstitucionalismo, a(s) solução(ões) para o problema proposto.

5.1 Síntese da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy é uma das mais estudadas e difundidas no país, inclusive, sendo aplicada em votos proferidos por ministros do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁰.

Entretanto, de início, é preciso destacar que não é objeto deste estudo analisar a teoria dos direitos fundamentais sob uma perspectiva crítica¹⁴¹, mas apenas utilizar-se de suas

¹⁴⁰ O livro Teoria dos direitos fundamentais é um dos mais citados e estudados atualmente no Brasil no campo das ciências jurídicas. Não só pesquisadores, mas também advogados, juízes utilizaram a teoria de Alexy para embasar pareceres, petições e decisões. O Constante uso das ideias do jurista alemão inclusive pelos ministros do Supremo Tribunal Federal motivou estudos recentes sobre o assunto. GORZONI, Paula. Entre o princípio e a regra: teoria dos direitos fundamentais. **Novos Estudos-CEBRAP**, n. 85, p. 273, 2009.

¹⁴¹ Explica-se que a teoria de direitos fundamentais de Robert Alexy é alvo de críticas tanto no âmbito internacional quanto nacional. Dentre os críticos internacionais citam-se Jürgen Habermas, Friedrich Müller, Bernhard Schlink e Ernst-Wolfgang Böckenförde, conforme aponta Paula Gorzoni. GORZONI, Paula. Entre o princípio e a regra: teoria dos direitos fundamentais. **Novos Estudos-CEBRAP**, n. 85, p. 273, 2009. Entre os críticos brasileiros citam-se Humberto Bergmann Ávila e Inocêncio Mártires Coelho. DA SILVA, In: Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 1. p. 615, 2003.

concepções ontológicas para verificar qual a solução do conflito de direitos fundamentais diagnosticado no presente trabalho.

Põe-se em relevo que a síntese da teoria dos direitos fundamentais de Alexy aqui desenvolvida tem o propósito apenas de subsidiar o método de resolução do problema discutido neste texto, sendo ela em sua completude muito mais complexa e abrangente, inclusive compreendendo as respostas às críticas recebidas.

Nesse enfoque, a distinção entre regras e princípios é a base de fundamento¹⁴² da teoria dos direitos fundamentais de Alexy. É por meio da distinção que ele trabalha as questões envolvendo os problemas da dogmática dos direitos fundamentais, bem como suas consequências e efeitos no sistema jurídico, por exemplo.

Entende Alexy que há entre as regras e os princípios uma diferenciação qualitativa. Assim, princípios são normas que devem ser aplicadas em sua maior extensão ou alcance, e, portanto, exploradas em sua máxima amplitude dentro de possibilidades jurídicas e fáticas. Por esse motivo, eles são denominados como mandamentos de otimização¹⁴³.

Exsurge da teoria de Alexy que, ao caracterizar os princípios como comandos ou mandamentos de otimização, dois pontos centrais foram destacados: as possibilidades jurídicas e as possibilidades fáticas.

A maior satisfação de um princípio, considerando suas possibilidades fáticas, é sinônimo de que ela será verificada em um contexto real. Isso revela que a teoria de Alexy é aplicável a partir de casos concretos, dos quais surgem os elementos fáticos.

¹⁴² Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui em elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 85, 2015.

¹⁴³ O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 90, 2015.

A questão envolvendo as possibilidades jurídicas é verificada quando ocorre o fenômeno de princípios e regras colidentes. Explica-se, nesse passo, que as regras são conceituadas como normas expressivas de deveres e direitos definitivos, e, portanto, ao contrário dos princípios, não podem ser utilizadas com maior ou menor satisfação¹⁴⁴.

Com efeito, salienta-se que não há colisão diretamente entre princípios e regras, justamente por conta de suas definições conceituais. Logo, a teoria de Alexy baseia-se nos choques entre princípios e princípios, e, regras e regras. Para o primeiro caso, utiliza-se o termo colisão, para o segundo, emprega-se o vocábulo conflito.

A colisão entre princípios resolve-se por meio de sopesamento. O sopesamento é o mecanismo adotado para, observando a máxima satisfação dos princípios colidentes (possibilidades jurídicas), dentro de suas possibilidades fáticas, limitar a realização total ou parcial de um deles, ou mesmo de ambos. Significa dizer que, sob determinadas condições reais, um princípio poderá ceder integral ou parcialmente em relação ao conteúdo axiológico do outro, bem como poderá ocorrer uma cessão mútua.

É importante frisar que são as condições fáticas concretas que irão determinar a precedência de aplicação ou minimização de incidência de um dos princípios em relação ao outro. Em outras palavras, pode-se afirmar que o confronto entre dois princípios poderá alcançar soluções diferentes¹⁴⁵, a depender das condições reais que subsidiarão o sopesamento¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Já as regradadas são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 91, 2015.

¹⁴⁵ Importante, nesse ponto, é a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser – e frequentemente é – obstada pela realização de outro princípio. Essa ideia é traduzida pela metáfora da colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 – (P1 > P2) –, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o P2 diante das condições C – (P1 > P2) C. DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 1. p. 611, 2003.

¹⁴⁶ Segundo a lei de sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula ‘dentro das possibilidades jurídicas’, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 167-168, 2015.

No conflito de princípios, instrumentalizado por meio de sopesamento, há uma peculiaridade caracterizada pela invariabilidade de suas validades¹⁴⁷. Isso porque a precedência ou limitação recíproca dos princípios colidentes é fundamentada por questões reais do caso concreto.

Logo, quando se limita a aplicação de um princípio, total ou parcialmente, não haverá qualquer alteração de sua validade no ordenamento jurídico, permanecendo, portanto, incólume. Tanto é assim que, em condições fáticas diversas, poderá haver a inversão de precedência, o que, aliás, revela que os princípios não possuem mandamentos definitivos, mas apenas *prima facie*¹⁴⁸.

No que diz respeito às regras, o conflito é resolvido pela subsunção. Isso porque elas possuem caráter definitivo, traduzindo-se em deveres rígidos e admitindo apenas normas jurídicas válidas. Portanto, o conflito de regras elimina qualquer possibilidade de resolução gradual¹⁴⁹.

Nessa diretriz, não se admite a aplicação de precedência ou satisfação no conflito de regras sem que se tenha que declarar a invalidade de uma delas. Ressalta-se, contudo, a possibilidade de introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras, de maneira a mantê-las válidas.

¹⁴⁷ Isso significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 93, 2015.

¹⁴⁸ Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 103-104, 2015.

¹⁴⁹ Regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva. Nesse sentido elas são comandos definitivos. A forma de sua aplicação é a subsunção. Quando uma regra é válida é comandado fazer exatamente aquilo que ela exige. Se isso é feito, a regra é cumprida; se isso não é feito, a regra não é cumprida. Assim, regras são normas que sempre podem somente ser cumpridas ou descumpridas. ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 146, 2015.

Então, para solucionar o conflito entre regras, Alexy apresenta duas maneiras: a primeira consiste na introdução de cláusula de exceção¹⁵⁰ em uma das regras eliminando o conflito; a segunda consubstancia-se na declaração da invalidade de uma delas.

No primeiro caso, não obstante o antagonismo das regras conflitantes, a cláusula de exceção harmoniza a aplicação entre elas, evitando, portanto, a declaração de invalidade. Já no segundo caso, a única solução é a declaração da invalidade de umas das normas, o que determina sua exclusão do mundo jurídico.

Quando Alexy afirma que sua teoria sobre direitos fundamentais tem na distinção entre regras e princípios o seu cerne, significa dizer que, não obstante o conflito (regra) e a colisão (princípios) representem ideias opostas, a solução construída pelo sopesamento de princípios resulta em uma regra¹⁵¹, sendo esta estabelecida por determinadas condições fáticas.

Portanto, na construção de uma regra resultante do sopesamento de princípios, necessariamente, haverá em seu núcleo um dever-ser extraído dos comandos de otimização, provenientes de um dos princípios colidentes ou até de ambos, no caso de ocorrência de cessão axiológica mútua.

Logo, verifica-se que a regra é uma síntese dos comandos de otimização provenientes de princípios colidentes, sopesados sob certas condições concretas.

Na teoria dos direitos fundamentais é possível constatar que Alexy constrói sua doutrina equiparando os direitos fundamentais a princípios, justamente pela caracterização

¹⁵⁰ Alexy exemplifica a utilização da introdução de uma cláusula de exceção, no conflito de regras, explicando que um “meio de introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala de aula se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso de alarme de incêndio”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 92, 2015.

¹⁵¹ Com a ajuda da lei de colisão pôde ser definida a conexão entre as normas de direitos fundamentais enquanto princípios e as regras de direitos fundamentais que se relacionam com a decisão: as condições sob as quais um princípio prevalece sobre o outro constituem o suporte fático de uma regra, a qual expressa as consequências jurídicas do princípio prevalente. Essas observações sugerem um modelo simples de normas de direitos fundamentais, segundo o qual elas são de duas espécies: princípios e regras. As garantias estabelecidas diretamente pelas disposições de direitos fundamentais devem ser compreendidas como princípios. Regras surgem na fixação de relações de precedência como resultados de sopesamentos. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 121, 2015.

destes em comandos de otimização, isto é, devem ser realizados ou satisfeitos em graus máximos diante de possibilidades fáticas.

Destarte, quando se atribuiu o caráter principiológico aos direitos fundamentais¹⁵², a teoria de Alexy expandiu ao máximo a possibilidade de realizá-los. A restrição à satisfação de seus núcleos axiológicos, total, parcial ou mutualmente, ficou limitada a determinadas condições fáticas, não havendo, contudo, qualquer prejuízo para sua validade no ordenamento jurídico, inclusive, podendo alterar o teor da regra resultante do sopesamento de princípios, em condições concretas diversas.

Dessa forma, a colisão de direitos fundamentais detectada neste trabalho é possível de ser solucionada por meio da aplicação da teoria de Robert Alexy, estabelecendo um sopesamento entre o direito fundamental (princípio) à ampla defesa do acusado e o direito fundamental (princípio) à vida das vítimas e testemunhas ameaçadas.

5.2 A solução da colisão entre os direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy.

É preciso, neste momento, consignar algumas explicações e adaptações para as perfeitas elaboração e compreensão da análise que se desenvolverá na busca de solução da colisão entre os direitos fundamentais em pauta.

Como se explicou, o sopesamento é o mecanismo utilizado por Alexy para a solução de colisão entre princípios (ou direitos fundamentais) estabelecendo uma relação de precedência condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, é imprescindível a construção de um ambiente concreto fático para o desenvolvimento do método.

¹⁵² A construção em princípios procura solucionar esse e inúmeros outros problemas da dogmática dos direitos fundamentais tratando os direitos fundamentais como princípios, ou seja, como comandos de otimização. O significado do caráter dos princípios resulta sobretudo de sua conexão com a máxima da proporcionalidade. Essa conexão é tão estreita quanto possível. Ela consiste em uma relação de implicação mútua. A máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais, as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, segue-se logicamente da definição de princípios, e esta se segue daquela. Isso significa, então, que se os direitos fundamentais possuem o caráter de princípios, a máxima da proporcionalidade vale, e que se a máxima da proporcionalidade vale na aplicação dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais possuem o caráter de princípios. O núcleo da construção em princípio consiste nesse vínculo necessário entre direitos fundamentais e proporcionalidade. ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 149, 2015.

Nesse ponto, não obstante a colisão entre os direitos fundamentais do acusado e das vítimas e testemunhas tenha surgido a partir de uma sugestão – portanto, de uma hipótese – de inserção de um microsistema de medidas protetivas preliminares no Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal, diversas daquelas previstas na Lei 9.807/99, é possível delimitar uma situação real para a aplicação do método construído pela teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

No contexto, previamente ao delineamento das condições fáticas a serem trabalhadas, faz-se necessário explicar que o termo “vítimas e testemunhas ameaçadas” deve ser compreendido a partir daquilo que exsurge da realidade vivenciada e revelada pelas pessoas que sofreram ou presenciaram a ocorrência da violência. Isso significa que a ameaça deve ser entendida sob a perspectiva da vítima ou da testemunha¹⁵³ de uma ação criminosa.

Isso porque a ameaça em determinadas situações reais e a depender do local de ocorrência e de quem praticou o ilícito, poderá ser até mesmo presumida. Basta imaginar uma ação delitiva executada por uma gangue, organização criminosa ou milícia no interior de um aglomerado, em qualquer lugar do Brasil, e que tenha sido presenciada por um morador. Qualquer movimento colaborativo desta testemunha com a investigação criminal, sem a preservação integral de sua identidade, poderá lhe acarretar não só ameaças, mas também riscos à sua própria vida.

Com efeito, se a referida expressão for entendida como satisfeita somente a partir da consumação de ameaças perpetradas contra as vítimas e as testemunhas de determinado crime, não haverá qualquer sentido a implementação das medidas sugeridas, haja vista que os ameaçadores já as terão identificado, e, portanto, estarão cientes de contra quem deverão empreender seus intentos ilícitos.

Nesse quadro, não restaria alternativa às vítimas e às testemunhas efetivamente ameaçadas, na busca da preservação de suas vidas, senão as inclusões no programa de

¹⁵³ Registra-se que o legislador infraconstitucional permitiu ao juiz que, em caso de constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, determine a retirada do acusado da sala de audiência, com o prosseguimento das inquirições somente na presença do defensor, bastando que aqueles declarem sentirem-se constrangidos com a presença do acusado, nos termos do artigo 217 do Código de Processo Penal.

proteção regulado pela Lei 9.807/99, não obstante tenham que se sucumbirem às restrições impostas pelo programa, inclusive aos seus direitos fundamentais¹⁵⁴.

Não é demais lembrar que as medidas protetivas sugeridas têm o caráter preventivo justamente porque visam à proteção de direitos fundamentais¹⁵⁵, porquanto se as vítimas e as testemunhas sofrerem atentados contra suas vidas não se falará mais em preservação de direito, mas sim de repressão de conduta ilícita, já na seara penal.

Ainda com o viés explicativo, pontua-se que o contorno fático adiante desenhado representa a medida protetiva preliminar mais drástica sugerida e que efetivamente atinge o direito fundamental do acusado, ao impossibilitá-lo, e também a sua defesa, de acessar a identificação da prova oral que contra si se produzirá.

Logo, como exposto neste texto, o anonimato de vítimas e testemunhas no inquérito e no processo penal é o ponto central das medidas protetivas preliminares sugeridas, sendo as outras propostas apenas procedimentos para garanti-lo.

Dessa forma, feitos os necessários esclarecimentos, é possível então delimitar as condições fáticas imprescindíveis ao sopesamento entre os colidentes direitos fundamentais do acusado e das vítimas e testemunhas ameaçadas.

Portanto, as possibilidades fáticas para elaboração do sopesamento entre os princípios colidentes concretizam-se da seguinte maneira: vítimas e testemunhas comparecem aos órgãos de segurança pública (delegacia de polícia ou promotoria de justiça, por exemplo), espontaneamente ou devidamente intimadas, e revelam a ocorrência de ameaças, sejam essas, como explicado, em virtude das circunstâncias do local e de quem cometeu o crime, ou até porque efetivamente consumadas, e requerem formalmente a proteção de suas vidas. Inquiridas, suas declarações serão atermadas em duas vias. Uma delas, com os dados qualificativos suprimidos, junta-se nos autos do inquérito policial e a outra, com os dados

¹⁵⁴ Remete-se o leitor às citações de número 108 e 109.

¹⁵⁵ Tão fundamental para a existência humana, os direitos à vida e à segurança pessoal justificaram a própria criação do Estado. O reconhecimento desses direitos como tal, traduz-se em condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana e para o desenvolvimento da civilização, motivo pelo qual não há como deixar de lhes reconhecer a categoria de direitos humanos inatos e fundamentais. Nenhum direito humano é mais sagrado do que o direito à vida e à segurança pessoal. RAMOS, Patrícia Pimentel O. C. Dos direitos humanos da vítima de violência e a responsabilidade do Estado. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 51, p. 153, 2010.

integrais, arquivam-se em pasta sigilosa, sob a custódia do escrivão, sendo tal procedimento adotado também na fase processual. Em todas as fases da persecução penal, mecanismos (audiências em dias diferentes das oitivas de testemunhas de defesa, escolta policial, uso de colete à prova de balas, disfarces e outros artifícios capazes de dificultar a identidade do protegido, por exemplo) irão garantir às vítimas e às testemunhas, no momento da efetivação de suas declarações e depoimentos, que não sejam visualizadas e identificadas nos corredores das repartições públicas. No inquérito e na instrução processual, os advogados e defensores não terão acesso aos dados das vítimas e testemunhas, apesar de poderem presencialmente formular perguntas na fase processual (inclusive em sessão plenária do Tribunal do Júri), as quais serão intermediadas pelo magistrado, identificando as pessoas protegidas como “testemunha sigilosa”, com o objetivo de manter em sigilo suas identificações.

Esse cenário fático circunscrito é o contexto criado para que se possa responder ao problema formulado neste trabalho, ou melhor, saber se é possível ou não a relativização do direito à ampla defesa do acusado no procedimento de inquirição de vítimas e testemunhas ameaçadas.

Avança-se então para a análise das possibilidades jurídicas. Nesta fase, o sopesamento impõe uma aplicação consistente na máxima satisfação dos direitos fundamentais em colisão, resultando em uma precedência de um deles, considerando as condições fáticas expostas.

Inicialmente, consigna-se que os direitos fundamentais do homem não são mais entendidos apenas como direitos subjetivos contra a intervenção do Estado¹⁵⁶. Isso significa

¹⁵⁶ A partir dessa nova dimensão da segurança, o Estado garante proteção aos cidadãos contra os riscos sociais, a partir de ‘uma nova comunhão de responsabilidade entre o cidadão e o Estado, ou uma nova comunhão de riscos e chances’. Por esta perspectiva, a ideia de segurança se desamarra da mordaça individualista liberal, bem como dos excessos sociológicos da *Jurisprudência dos Interesses*, para atingir uma dimensão valorativa que vai atuar na legitimação de todos os direitos do cidadão, não mais como um apanágio da defesa do indivíduo contra um poderoso Estado-Nação, que, cada vez mais, vai perdendo importância como fonte de poder no mundo globalizado, mas sim como um mecanismo de garantia aos direitos fundamentais de todos. RIBEIRO, Ricardo Lodi. Globalização, sociedade de risco e segurança. **Revista de Direito Administrativo**, v. 246, p. 283, 2007.

que não há mais espaço para que o homem se esconda por trás de seus direitos fundamentais como se não fosse corresponsável¹⁵⁷ na busca de uma sociedade livre, justa e pacífica¹⁵⁸.

Aliás, os deveres do homem com a comunidade foram previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948¹⁵⁹, com expressa alusão às responsabilidades na salvaguarda dos direitos e liberdades de outrem, reforçando o caráter cooperativo para a manutenção harmônica da vida em sociedade¹⁶⁰.

Portanto, no sopesamento entre o direito fundamental à ampla defesa do acusado e o direito fundamental à vida das vítimas e testemunhas ameaçadas, necessariamente há que ser considerado o caráter de reciprocidade de direitos e deveres advindos deles próprios.

As possibilidades jurídicas do direito fundamental à ampla defesa do acusado, na dimensão das possibilidades fáticas expostas, atingem a máxima satisfação ao conferir ao acusado acesso integral ao conteúdo da prova oral, incluindo a qualificação das vítimas ou testemunhas.

¹⁵⁷ Conforme afirmação de José Carlos Vieira de Andrade, a atribuição dos direitos fundamentais faz pressupor também o valor da *solidariedade* e impõe responsabilidade aos próprios indivíduos. Com eles é descortinado um horizonte participativo que abrange as atuações individuais de dimensão política e acentua a *dimensão social*, no sentido de vincular a garantia de gozo de direitos a uma intervenção coletiva que construa, por intermédio de regulação e de prestação, condições que possibilitem o seu exercício efetivo. Está aqui a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como valores ou fins que a própria comunidade se propõe a prosseguir (itálico no original). ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, p.365, 2008.

¹⁵⁸ Portanto, o compromisso ideológico e doutrinário trazido pela Lei Fundamental de 1988 demonstra o espírito do constituinte para a consecução e estruturação, no Brasil, de um Estado Democrático de Direito, que busca garantir aos seus cidadãos uma vida digna, feliz e segura, calcada nos preceitos da liberdade, igualdade e fraternidade. SEGATTO, Antonio Carlos; ABATI, Leandro. A positivação de direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988:(re) conquista da proteção estatal do cidadão. **Argumenta Journal Law**, v. 14, n. 14, p. 164, 2011.

¹⁵⁹ Artigo 29. 1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. 2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas. ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁶⁰ A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. O conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional, não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo se reduzir o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 21, n. 1, p. 111, 2006.

Na mesma perspectiva, as possibilidades jurídicas do direito fundamental à vida¹⁶¹ das vítimas e testemunhas, considerando o quadro fático delimitado, maximizam-se quando aquelas livremente prestam suas declarações e depoimentos sem qualquer constrangimento ou ameaça às suas integridades físicas, psíquicas e emocionais.

Logo, perceptível que o quadro fático dimensionado coloca em colisão os direitos fundamentais do acusado e das vítimas e testemunhas, é necessária a realização do sopesamento¹⁶² entre eles, de maneira que a afetação de um implique na máxima satisfação do outro, resultante de um ambiente de fundamentação racional¹⁶³.

As possibilidades fáticas delineadas revelam que o direito fundamental à ampla defesa do acusado será afetado porque impedirá o conhecimento da identidade de quem fez prova contra ele, não obstante o defensor possa inquirir a pessoa protegida, sem, todavia, indagá-la acerca de sua qualificação.

Pontua-se que, na verdade, podendo o defensor bem usufruir das prerrogativas defensivas na formulação de perguntas e esclarecimentos aos protegidos, o que somado ao fato de amplamente poder utilizar-se de outros meios de prova, revela que a afetação à ampla defesa do acusado não é demais atingida.

Entretanto, a dimensão de afetação da ampla defesa torna-se bem mais significativa se a testemunha protegida for um desafeto do acusado, o que, em virtude do anonimato, impedirá

¹⁶¹ É preciso esclarecer que o direito fundamental à vida não se desvincula das garantias advindas da dignidade da pessoa humana, portanto, fala-se aqui do direito à vida digna, inerente à própria condição humana.

¹⁶² Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula ‘dentro das possibilidades jurídicas’, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. A lei de colisão expressa em que essa relação consiste. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível valor em pesos relativos. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 167-168, 2015.

¹⁶³ O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, poder ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferência condicionadas entre valores ou princípios colidentes. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 167-168, 2015.

uma completa perquirição do teor de seus depoimentos, sobretudo porque o acusado sequer saberá que aquelas declarações foram proferidas por um inimigo.

É por esse motivo que há argumentos defensáveis da inconstitucionalidade do artigo 217 do Código de Processo Penal, fundamentando que a presença do acusado na oitiva de vítimas e testemunhas é indispensável à sua defesa, até mesmo como o propósito de fiscalizar a regular instrução processual e a própria atuação de seu defensor, como corolário do princípio da ampla defesa¹⁶⁴.

Destarte, apresenta-se bem coerente com a ordem constitucional, em um plano ideal, que o acusado presencie e participe de todos os atos processuais de uma ação penal na qual lhe imputa o cometimento de uma conduta ilícita, que, aliás, poderá levá-lo inclusive a uma pena privativa de liberdade.

Contudo, o cenário real é bem destoante do espaço ideal, sobretudo diante uma sociedade complexa, plural e pautada no risco, este acentuado pelos avanços tecnológicos globais. Essa sociedade de risco foi e continua sendo um campo fértil para o desenvolvimento da criminalidade, cada vez mais organizada, ramificada, violenta e desinibida, sobretudo frente aos órgãos de segurança pública, como demonstrado neste texto.

¹⁶⁴ Nesse contexto, tem-se como decorrência lógica, extraída do próprio conceito de ampla defesa, a necessidade de os atos processuais serem praticados à vista daquele que, provavelmente, suportará as agruras da privação de liberdade. Quanto a isso, vale lembrar que a presença do acusado na instrução probatória possibilita aquilatar horizontalmente a prova que será produzida em seu desfavor, podendo, a par disso, orientar sua própria defesa quando do seu interrogatório, buscando convencer o julgador do desacerto dos argumentos acusatórios, optar pelo silêncio, bem como assumir qualquer postura igualmente permitida pelo ordenamento jurídico, sem dizer que poderá fiscalizar pessoalmente a legalidade dos atos praticados e a atuação do seu advogado, para, nesse caso, estabelecer um juízo de valor sobre a forma como sua defesa técnica tem sido exercitada, optando pela continuidade ou revogação do mandato conferido ao causídico. Exsurge, destarte, como forte elemento fiscalizatório, tanto da própria atividade processual quanto da defesa técnica; e mais, dá maior legitimidade aos atos assim praticados, uma vez que estanca qualquer possibilidade de terem sido produzidos com violação à integridade física ou psicológica do acusado. (...). Do exposto, conclui-se que a presença nos atos é decorrência da ampla defesa, que extrai do devido processo legal sua razão de ser; por sua vez, este é instrumento do Estado Democrático de Direito de garantias processuais para um processo penal legitimado sob a óptica do resguardo dos direitos da pessoa humana. JÚNIOR, Cláudio Mendes. Direito de presença do réu e possibilidade de sua retirada da sala de audiências no processo penal. **Revista Direito e Liberdade**. Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN –, v. 18, n. 1, p. 105-107, 2016.

Nesse ponto, é preciso consignar que as forças armadas brasileiras¹⁶⁵ e a força nacional de segurança pública, nos últimos anos, têm sido frequentemente acionadas para auxiliar os Estados federados no combate à criminalidade.

Se a criminalidade organizada não se sente reprimida pelas forças de segurança pública, não é difícil imaginar a devastação que ela pode causar na vida de vítimas e testemunhas colaboradoras com o Estado na investigação e no processo penal. Estado este que, atualmente, para proteger vítimas e testemunhas, conta tão somente com o programa de proteção regulamentado pela Lei 9.807/99, com as já explicadas restrições impostas aos próprios direitos fundamentais dos protegidos.

Nesse passo, apresenta-se destoante com o Estado de Democrático de Direito, fundamentado nos direitos fundamentais do homem, que os acusados possam utilizar-se da própria torpeza de suas condutas para alcançar suas impunidades, ao atentar contra as integridades físicas, psíquicas e emocionais de vítimas e testemunhas.

A máxima satisfação do direito fundamental à ampla defesa, no enfoque das possibilidades jurídicas, não permite que o acusado interfira ilicitamente na produção da prova oral acusatória, nos limites fáticos definidos concretamente no texto, ameaçando vítimas e testemunhas.

A rigor, no contexto fático analisado, as medidas protetivas preliminares de anonimato das qualificações das vítimas e testemunhas somente se justificam em virtude de condutas produzidas exclusivamente por ações ilícitas do acusado, sejam estas a partir do próprio temor imposto às vítimas e às testemunhas pelo poderio letal verificado na prática criminosa, ou por conta de ameaças efetivamente concretizadas.

¹⁶⁵ O uso das Forças Armadas no combate ao crime organizado cresceu pelo menos três vezes nesta década comparado aos anos 1990. A presença dos militares nas ruas do País também cresceu e somou em média 293 dias por ano fora dos quartéis, cerca de três vezes mais do que nas décadas anteriores. Dados colhidos pelo Estado sobre 181 ações do Exército, da Marinha, da Aeronáutica e do Ministério da Defesa nos últimos 25 anos – a maioria de Garantia de Lei e da Ordem (GLO) – mostram um retrato inédito sobre essas operações no Brasil. Ao todo, cada uma mobilizou em média 3.717 homens e mulheres. GODOY, Marcelo. Uso do Exército para combater o crime nos Estados cresce pelo menos 3 vezes. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 1 de jan. 2018. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,uso-do-exercito-para-combater-o-crime-nos-estados-cresce-pelo-menos-3-vezes,70002134658>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

De outro lado, a colaboração de vítimas e testemunhas com o Estado na investigação e no processo penal apenas demonstra o cumprimento de suas responsabilidades na cooperação e construção de uma sociedade mais segura, justa e pacífica, deveres advindos dos próprios direitos fundamentais do homem¹⁶⁶.

Com efeito, no cenário fático desenhado, as vítimas e as testemunhas, ao mesmo tempo em que cumprem os deveres de corresponsabilidade na busca do aprimoramento da sociedade, possuem também as garantias advindas do direito fundamental à vida.

A impunidade é outra possibilidade jurídica a ser trabalhada. Quando se garante às vítimas e às testemunhas a segura possibilidade de contribuir com a investigação e o processo penal, a tendência é que haja um aumento nos esclarecimentos de autoria de crimes, o que consequentemente poderá gerar um número maior de condenações penais, diminuindo a sensação de impunidade e irradiando sensações positivas para a sociedade e negativas para os criminosos.

Ademais, apresenta-se ilegítima, sobretudo diante da concepção jurídica do que representam direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, a possibilidade de afetação do direito à vida humana em prol da satisfação do direito à ampla defesa quando este é arguido em um cenário fático em que o seu próprio beneficiário utiliza-se de atos ilícitamente atentatórios às integridades físicas, psíquicas e emocionais de vítimas e testemunhas.

Relevante pontuar que a afetação do direito fundamental à ampla defesa consubstanciada no anonimato das qualificações das vítimas e testemunhas poderá ser suplantada ou minimizada por vários outros meios de prova, não se desprezando, conforme o quadro fático circunscrito, que as pessoas protegidas poderão ser inquiridas pela defesa do acusado, quando serão qualificadas apenas como “testemunhas sigilosas”.

¹⁶⁶ Sob essa ótica, quando a realização dos direitos sociais, ainda que sob o aspecto do mínimo vital, ocorre com base no princípio da solidariedade, tem-se a necessidade de tornar-se eficaz o princípio geral de que os indivíduos (concidadãos) são chamados a adimplir certos deveres ou exigências constitucionais para a tutela e realização dos valores constitucionais fundamentais que decorrem, inclusive, das concepções do que seja o bem comum: *salus populi suprema lex est*. Com efeito, a solidariedade, como valor, fornece as bases da convivência social, reconhecida e preferida pela sociedade e pelo constituinte, superando-se uma visão atomística e promovendo um senso ou vínculo de comunidade. DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 3, p. 39, jul./dez., 2008.

Noutro viés, as consequências no caso de concretização das ameaças perpetradas contra vítimas e testemunhas poderão gerar situações irremediáveis, porquanto vidas humanas poderão ser exterminadas, não havendo nenhuma possibilidade de minimizar a afetação do direito fundamental à vida.

A atual sociedade, caracterizada pelo risco, exige do direito¹⁶⁷ uma postura dinâmica e harmônica com os anseios de uma comunidade corresponsável na obtenção de condições mínimas necessárias à manutenção da vida. Assim, se novos riscos à vida humana surgem, o direito há de se mobilizar para que, no mesmo passo, traga soluções à proteção do cerne de qualquer ordenamento jurídico, o homem.

Portanto, nos limites das possibilidades fáticas e jurídicas analisadas, a mínima afetação do direito fundamental à ampla defesa proporciona a máxima satisfação do direito fundamental à vida, revelando, então, a precedência do direito fundamental à vida.

5.3 Síntese da teoria do Neoconstitucionalismo.

A rigor, sem aprofundar no marco histórico do Neoconstitucionalismo, verifica-se que esta teoria surgiu na Europa pós-Segunda Guerra Mundial¹⁶⁸, especialmente na Alemanha e na Itália, como movimento de valorização das constituições¹⁶⁹, antes consideradas meras cartas políticas agora vistas como normas supremas e possuidoras de mecanismos jurisdicionais capazes, sobretudo, de promover a proteção dos direitos fundamentais.

¹⁶⁷ Contra todas as formas de degradação humana emergiu como imposição do Direito justo o princípio da dignidade da pessoa humana. A degradação encontra sempre novas formas de se manifestar; o Direito há de formular, paralelamente, novas formas de se concretizar, assegurando que a Justiça não se compadeça do aviltamento do homem ou da desumanização da convivência. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, v. 4, n. 2, p. 24, 1999.

¹⁶⁸ A Reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2.^a Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: Revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 16, 2016.

¹⁶⁹ Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e em algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se uma mudança significativa do quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se como a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 115, 2009.

As consequências devastadoras da última Grande Guerra, mormente no que diz respeito às atrocidades praticadas contra seres humanos, impulsionaram especialmente a inserção de direitos e garantias fundamentais nos textos das constituições Europeias¹⁷⁰.

Nesse contexto, afirma-se que o Neoconstitucionalismo fundamenta-se na valorização normativa das constituições¹⁷¹, na irradiação de seus comandos principiológicos para os demais ramos do direito¹⁷², no fortalecimento do Poder Judiciário, sobretudo dos tribunais constitucionais no reconhecimento e na concretização dos mandamentos constitucionais¹⁷³, na prevalência do modelo interpretativo da ponderação em relação ao modelo da subsunção e no reencontro entre o direito e a filosofia¹⁷⁴.

Na verdade, quando se analisa os elementos catalizadores do modelo neoconstitucionalista, percebe-se que há pontos em comum com a teoria dos direitos

¹⁷⁰ As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores – associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação). A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do Século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com o nazismo e o fascismo. Mesmo onde não se chegou tão longe, regimes autoritários, opressão política e violação reiterada dos direitos fundamentais foram as marcas de muitos regimes políticos ao longo do século passado. DE BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, v. 240, p. 85-86, 2005.

¹⁷¹ Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A Concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da constituição. BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: Revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 21, 2016.

¹⁷² Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do direito. SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 116, 2009.

¹⁷³ O pós-positivismo coloca o constitucionalismo em substituição ao positivismo legalista, com profundas mudanças em alguns parâmetros, entre elas convém destacar: os valores constitucionais no lugar da concepção meramente formal em torno na norma jurídica; ponderação no lugar de mera subsunção e fortalecimento do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais quanto à interpretação e aplicação da Constituição, em substituição à autonomia inquebrantável do legislador ordinário. FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. 6.^a ed. Salvador: JusPODIVM, p. 59, 2016.

¹⁷⁴ Agora, fala-se do pós-positivismo, da inevitável intervenção da moral na solução dos casos difíceis, da técnica da ponderação na aplicação do direito, no ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica, reconhece-se certa liberdade interpretativa criativa aos magistrados, a intervenção de sua esfera de pré-compreensão no processo decisório, a união linguística entre sujeito e objeto e, dentre outras conquistas, a afirmação da especial normatividade dos princípios. SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 5, n.20, p. 148-149, abr/jun. 2005.

fundamentais de Robert Alexy trabalhada neste texto, a exemplo da utilização do modelo interpretativo da ponderação (sopesamento em Alexy).

De igual sorte, Robert Alexy e Ronald Dworkin contribuíram¹⁷⁵ sobremaneira para a definição do conceito de princípios, amplamente utilizada pelo Neoconstitucionalismo¹⁷⁶. Ademais, há quem diga que estes dois teóricos representariam o ícone da teoria neoconstitucionalista¹⁷⁷.

E mais, o Neoconstitucionalismo é entendido pela doutrina como um somatório concatenado de teorias¹⁷⁸ que, apesar de possuírem aspectos teóricos diferentes, têm em seus cernes a busca da realização dos direitos fundamentais calcada em um paradigma de Estado Democrático de Direito Constitucional¹⁷⁹.

No Brasil, o Neoconstitucionalismo acentuou-se a partir dos movimentos pela redemocratização do País¹⁸⁰, bem caracterizados pelas discussões acerca da necessidade de

¹⁷⁵ Dois importantes jusfilósofos pós-positivistas contribuíram definitivamente para a construção do atual conceito de princípio. São eles Ronald Dworkin e Robert Alexy. Eles partiram da ideia principal de que as normas jurídicas se dividem em regras e princípios. Assim, a construção do moderno conceito do que seria princípio, adveio do conglobamento das oposições entre princípios e regras observadas por eles. LIMA, Isan Almeida. Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais. **Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE**. 6ª Edição. Vol. 1, p. 33, jul./dez. 2016.

¹⁷⁶ Ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como a dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, p. 118, 2009.

¹⁷⁷ Assim, jusfilósofos como Ronald Dworkin e Robert Alexy (entre outros) representariam, na sua melhor luz, a grande viragem teórica operada pelo neoconstitucionalismo. STRECK, Lenio Luiz. O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 1, p. 12, 2013.

¹⁷⁸ O Direito Constitucional atual está envolvido pela atmosfera teórica, metodológica e ideológica do denominado neoconstitucionalismo (ou simplesmente constitucionalismo), presente em diferentes aspectos nas teorias de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Pietro Sanchis, Carlos Nino, Luigi Ferrajoli, dentre outros. Esses autores não podem ser reunidos numa corrente unitária de pensamento, mas em suas teorias é possível encontrar uma série de coincidências e tendências comuns que podem conformar uma ‘nova cultura jurídica’, um ‘paradigma constitucionalista *in statu nascendi*’, ou, em outros termos ‘o paradigma do Estado constitucional de direito’. DO VALE, André Rufino. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 9, n. 1, p. 67, 2007.

¹⁷⁹ Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirando pela experiência americana: o da supremacia do Judiciário. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: Revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 22, 2016.

¹⁸⁰ No caso Brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da

uma nova constituição, aberta à inserção em seu texto de direitos e garantias fundamentais, sobretudo concernentes à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à igualdade e à proteção contra governos antidemocráticos, o que se resumiu na promulgação da Constituição da República de 1988.

É preciso, neste momento, consignar que o Neoconstitucionalismo não está inune à crítica doutrinária, sobretudo em temas como o expansionismo do Poder Judiciário no reconhecimento e aplicação de princípios constitucionais, à adoção do método interpretativo da ponderação (superposição dos princípios em detrimento de regras) e à redução do protagonismo do legislador ordinário¹⁸¹.

Contudo, até para que se mantenha a coerência com o objeto deste texto, não se adentrará às vertentes doutrinárias impugnatórias¹⁸² do modelo Neoconstitucionalista, questionado no todo ou em parte.

Portanto, para a solução do problema detectado – o conflito entre o direito fundamental à ampla defesa do acusado e o direito fundamental à vida de vítimas e testemunhas ameaçadas – na perspectiva da possibilidade ou não da relativização da ampla defesa do acusado no procedimento de inquirição de vítimas e testemunhas, é preciso considerar os elementos centrais¹⁸³ do Neoconstitucionalismo, assim entendidos: prevalência

Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: Revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 18, 2016.

¹⁸¹ Nas próximas linhas, abordarei, de maneira breve, três críticas que podem ser levantadas contra o neoconstitucionalismo: (a) a de que seu pendor judicialista é antidemocrático; (b) a de que sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; e (c) a de que ele pode gerar um panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo. SARMENTO, Daniel **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 130, 2009.

¹⁸² Ao leitor, recomenda-se, dentre outras, as leituras de ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, v. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 1-19, STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 4, Jan./jun., 2011, p. 9-27, 2011 e SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

¹⁸³ As mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm, em vez disso, uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras. O encadeamento entre elas poderia ser construído, de forma sintética, da seguinte forma: as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria um análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e

de princípios¹⁸⁴ constitucionais em detrimento de regras; precedência do modelo de ponderação (exigência de uma análise concreta do caso, similitude com o sopesamento da teoria de Robert Alexy) em vez de subsunção; protagonismo do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo e a resolução dos conflitos baseada na constituição e não na legislação, em decorrência da valorização dos princípios constitucionais.

No mesmo enfoque, o Neoconstitucionalismo deve ser entendido como a possibilidade de realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988. Para tanto, inspira-se na força normativa dos princípios constitucionais e nas suas irradiações para os demais ramos do direito, com a expectativa de efetivação dos direitos individuais e coletivos e, portanto, como instrumento de transformação social¹⁸⁵.

Logo, como exposto, a solução do problema diagnosticado no presente texto necessariamente utilizará o modelo interpretativo de ponderação de princípios constitucionais (ampla defesa x direito à vida), um dos elementos característicos do Neoconstitucionalismo.

5.4 A solução da colisão entre os princípios constitucionais no Neoconstitucionalismo.

Relembra-se que, na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, o autor equipara os princípios constitucionais aos direitos fundamentais. Já no Neoconstitucionalismo há uma inversão de nomenclatura, uma vez que os direitos fundamentais estampados nas Constituições são entendidos como princípios. Isso pode ser facilmente entendido porque nas concepções de direitos fundamentais e de princípios constitucionais estão presentes os

Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, v. 17, jan./fev./mar., p. 2, 2009.

¹⁸⁴ O pós-positivismo abrangeria todas as concepções de pensamento que procuram valorizar os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica, democrática, pluralista e aberta de valores. FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. 6.^a ed. Salvador: JusPODIVM, p. 58, 2016.

¹⁸⁵ O neoconstitucionalismo propõe, assim, a superação do paradigma do direito meramente reprodutor da realidade para um direito capaz de transformar a sociedade, nos termos do modelo constitucional previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 1.º, 3.º, 5.º, 6.º etc). Essa superação deve ser realizada a partir do Estado Democrático de Direito, de forma a proporcionar o surgimento e a implementação de ordenamentos jurídicos constitucionalizados. Propõe-se também a concepção da Constituição como sistema aberto de valores, dinâmico e suas estruturas e transformador da realidade social. FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. 6.^a ed. Salvador: JusPODIVM, p. 62, 2016.

comandos de otimização¹⁸⁶, isto é, devem ser aplicados observando suas máximas satisfações ou alcances axiológicos.

Com efeito, exsurge do presente texto que o direito fundamental (princípio constitucional) à ampla defesa do acusado e o direito fundamental (princípio constitucional) à vida entraram em rota de colisão a partir do cenário fático delimitado¹⁸⁷, o qual representa uma das sugestões de inserção de medidas preliminares de proteção às vítimas e às testemunhas ameaçadas, no Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal, consistente, sobretudo, em seus anonimatos.

Observa-se também no Neoconstitucionalismo que uma de suas características marcantes é a aplicação da norma constitucional considerando as possibilidades fáticas de cada caso concreto¹⁸⁸. Isto significa dizer que em caso de colisão entre princípios constitucionais a solução será dada por meio da aplicação da ponderação entre eles, a partir da realidade concreta problematizada¹⁸⁹.

Nesse cenário, o problema envolvendo os direitos fundamentais do acusado e de vítimas e testemunhas ameaçadas poderia, considerando a inércia do legislador ordinário, já

¹⁸⁶ O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. supra). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance. BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: Revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 27, 2016.

¹⁸⁷ Conferir p.71 do texto.

¹⁸⁸ Mesmo assim, podem ser apontadas algumas mudanças fundamentais – ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou em menor intensidade – desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de ‘neoconstitucionalismo’: princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei). ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, v. 17, jan./fev./mar., p. 1-2, 2009.

¹⁸⁹ Na verdade, a única nota consensual diz respeito ao fato de quase todos afirmarem que a conexão com a dignidade da pessoa humana, assim como o seu conteúdo, haverão de ser cuidadosamente demonstrados à luz de cada caso concreto. Logo, a solução reporta-se, como sempre sucede, para o plano da decisão, para o campo da razão prática, numa perspectiva concretista assumida normalmente de forma implícita por magistrados e doutrinadores. SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 5, n.20, p. 161, abr./jun. 2005.

ter sido submetida à apreciação do Poder Judiciário, sobretudo com o fundamento na teoria neoconstitucionalista.

Contudo, o que se revela é que o autor da produção probatória no âmbito penal, defensor do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, do mesmo modo que o legislador ordinário, não se atentou para o fundamento constitucional da dignidade humana de vítimas e testemunhas ameaçadas, utilizando-as tão somente como instrumento probatório.

Talvez a indiferença ao direito fundamental à vida de vítimas e testemunhas daqueles que deveriam fomentá-lo tenha sido a grande inspiração para a existência da sedimentada e reconhecida “lei do silêncio”.

Não se pode desmemoriar-se que o direito¹⁹⁰ é o instrumento mais importante na solução de problemas surgidos na sociedade e que objetiva a harmonia e a pacificação social. Dessa forma, não há espaço para que ele se estacione no tempo e não acompanhe a realidade das rápidas transformações sociais, estas oriundas, especialmente, da evolução tecnológica e globalizante.

A possibilidade de manter-se o direito em movimento, acompanhando em tempo real as demandas de uma sociedade em plena evolução, é a promoção de discussões doutrinárias e jurisdicionais dos temas aflitivos, espaços argumentativos que possibilitarão o amadurecimento da melhor solução a partir dos fundamentos axiológicos dispostos na Lei Suprema, a Constituição.

A rigor, considerando o cenário fático delimitado no presente texto, e a possibilidade de utilização da ponderação como mecanismo de solução da colisão entre princípios constitucionais (direito fundamental à ampla defesa do acusado x direito fundamental à vida de vítimas e testemunhas ameaçadas), é possível, então, afirmar que as mesmas possibilidades jurídicas desenvolvidas na análise do problema a partir da teoria de direitos fundamentais de

¹⁹⁰ Como o direito é um saber prático e que deve servir para resolver problemas e concretizar os direitos fundamentais-sociais que ganharam espaço nos textos constitucionais, a superação dos obstáculos que impedem o acontecer do constitucionalismo de caráter transformador estabelecido pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe a construção das bases que possibilitem a compreensão do estado da arte do *modus* operacional do direito. STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o Problema da Discrecionalidade dos Juízes”. *Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*, ano I, n. 1. Curitiba, p. 393-394, 2009.

Robert Alexy podem ser utilizadas para responder, na visão neoconstitucionalista, a indagação acerca da (im)possibilidade da relativização do direito fundamental à ampla defesa do acusado no procedimento de inquirição de vítimas e testemunhas ameaçadas.

Portanto, não é precipitado afirmar que a solução encontrada, a partir da teoria de Robert Alexy, para o problema da colisão de direitos fundamentais diagnosticada no trabalho, é idêntica no Neoconstitucionalismo, significando dizer que a máxima satisfação do direito à vida de vítimas e testemunhas ameaçadas deve preceder à mínima afetação ao direito à ampla defesa do acusado.

Atendendo a uma das críticas ao Neoconstitucionalismo, consubstanciada no fortalecimento do Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo derivado¹⁹¹, ao menos em tese, exsurge dos argumentos sopesados no ambiente deste trabalho, a madura possibilidade de regulamentação legal de medidas preliminares protetivas às vítimas e às testemunhas ameaçadas no âmbito do novo Código de Processo Penal.

¹⁹¹ Contudo, é importante que o aplicador do Direito adote uma postura respeitosa em relação aos atos normativos emanados do Legislativo. Não se trata de sobrepor o princípio da legalidade ao princípio da constitucionalidade, mas de reconhecer: (a) que a Constituição deixa amplos espaços para a liberdade de conformação do legislador, e (b) que o Legislativo também é intérprete da Constituição, razão pela qual as suas escolhas no campo da concretização constitucional merecem ser respeitadas, desde que não ultrapassem os limites demarcados pela Lei Maior. Portanto, quando o legislador já tiver concretizado alguma norma constitucional mais vaga, ou equacionado normativamente uma tensão entre princípios os valores constitucionais colidentes, a solução legislativa deve ser acatada pelo Judiciário na solução do caso, a não ser que se afigure incompatível com a própria Constituição, em abstrato ou na hipótese concreta. Em suma, a constitucionalização do Direito pela filtragem constitucional não deve ser levada ao ponto de confiscar a liberdade decisória que, numa democracia, deve caber ao legislador. Afinal, sendo o constitucionalismo uma técnica de combate do autoritarismo, seria altamente paradoxal converter a Constituição num instrumento autoritário de modelação de todos os espaços da vida social nas mãos de juízes não eleitos. SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional**: os dois lados da moeda. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

6 CONCLUSÃO.

O avanço no reconhecimento cada vez mais acentuado dos direitos fundamentais tem proporcionado a ocorrência de conflitos ou colisões entre eles. Por vezes denominados princípios constitucionais, em outras oportunidades direitos fundamentais propriamente ditos, o certo é que o ordenamento jurídico se desenvolve buscando cada vez a implantação de métodos e mecanismos aptos a proporcionar-lhes proteção.

Os direitos fundamentais ou princípios constitucionais sustentam-se em suas estruturas axiológicas basicamente sob o pilar da proteção da vida humana. Qualquer ordenamento jurídico democrático tem em seu cerne a proteção da vida humana, pois não há qualquer sentido a promoção de direitos fundamentais sem a preservação da existência humana.

Contudo, a evolução dos direitos fundamentais imputa ao homem uma corresponsabilidade na busca de uma sociedade mais justa, livre e pacífica. Isso quer dizer que não há mais espaço para que o homem se utilize do escudo dos direitos fundamentais apenas como se fosse vítima do Estado.

Os direitos fundamentais do homem, na verdade, possuem caráter dúplice. Isso porque na mesma dimensão de imposição de respeito aos seus direitos e garantias individuais, estes refletem a obrigação de corresponsabilidade do homem nas iniciativas e ações que possam contribuir para a própria manutenção da vida.

Nesse cenário, não há mais como se admitir que vítimas e testemunhas colaboradoras com o Estado na investigação e no processo penal sejam utilizadas apenas como instrumento de prova, negando-lhes a proteção de seus direitos fundamentais, sobretudo o direito à vida.

Na mesma perspectiva, as ameaças e as agressões, de qualquer ordem, perpetradas pelos investigados e acusados contra vítimas e testemunhas, especialmente com o intuito de garantir àqueles a impunidade, são argumentos que garantem, no procedimento de inquirição destas, o anonimato de seus dados qualificativos. Isto significa dizer que os acusados não podem utilizar-se do seu direito fundamental à ampla defesa como arma de ataque contra vítimas e testemunhas.

Portanto, nesse embate de direitos fundamentais há que ser realizado em seu máximo alcance o direito fundamental à vida, o que, como visto, implica em mínima afetação do direito fundamental à ampla defesa do acusado.

À guisa de finalização, se o presente trabalho instalar de algum modo o dissenso e o debate acerca do tema trabalhado, raramente visto em estudos científicos, creio ter sido alcançado o principal objetivo. Aliás, são o debate e a crítica a mola propulsora da produção de ciência.

REFERÊNCIAS.

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma Metodologia da Pesquisa em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 8. Recife: Ed. Universitária-UFPE, p. 201-223, 1997.

ADORNO, Sergio; PASINATO, Wânia. Violência e impunidade penal: da criminalidade detectada à criminalidade investigada. **Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 3, n. 7, p. 51-84, 2017.

ALEXANDRE, Agripa Faria. Uma análise da concepção de risco social em Antony Giddens e Ulrich Beck. 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVAREZ, Silvio Carlos. Do direito ao silêncio da testemunha no processo penal. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru, v. 47, n. 59, p.186-228, jan./jun. 2013.

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. **Efetivação da garantia de defesa no estado constitucional de direito: colisão entre o poder punitivo e garantia de defesa**. Dissertação de Mestrado. Natal. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (Coord). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: JusPODIVM, 2012.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **A Proteção a vítima e testemunhas ameaçadas no Brasil**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/protecao-a-vitimas-e-testemunhas-ameacadas/>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. **Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet**, n. 20, p. 64, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção Entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 151-179, jan./mar. 1999.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, v. 17, p. 1-19, jan./fev./mar. 2009.

ASSALTANTES invadem transportadora de valores no Paraguai. **G1**. São Paulo. 24 abr. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/assaltantes-levam-us-40-milhoes-de-transportadora-de-valores-no-paraguai.ghtml>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 21, n. 1, p. 111-120, 2006.

BOLOCCO, André. Pesquisa aponta que apenas 2,4% dos assassinatos no Brasil são punidos. **O Dia**. São Paulo. 28 jul. 2015. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2015-07-28/pesquisa-aponta-que-apenas-24-dos-assassinatos-no-brasil-sao-punidos.html>>. Acesso em: 1.º nov. 2017.

BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007;

BARROS. Antônio Milton de. **A lei de proteção a vítimas e testemunhas e outros temas de direitos humanos**. França: Lemos & Cruz, 2003.

BARROSO. Frederico Sousa. Provas ilícitas: confronto entre as liberdades públicas e a efetividade do Processo Penal. **Revista Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, Ano 12. Edição Especial, p. 87-137, abr. 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 235, p. 1-36, 2004.

_____.Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: Revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016.

_____.BARROSO, Luis Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 5, p. 35-57, 2007.

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

BRASIL. Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 11 nov. 2002.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, 4 dez. 1998.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

BRASIL. Programa Nacional dos Direitos Humanos. Presidência da República, Secretaria de Comunicação Social. Ministério da Justiça. **Biblioteca da Presidência da República**. Brasília, 1996. Disponível em : <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/programa-nacional-de-direitos-humanos-1996.pdf/view>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em 6 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. **Súmulas Vinculantes**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 1.º dez. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, Regras e Conflitos normativos: Uma Nota Sobre a Superabilidade das Regras Jurídicas e as Decisões *Contra Legem*. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n.37, p. 152-180, jul./dez. 2010.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil** – Relatório Nacional da Meta 2. Brasília, 2012.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS/WHO), Nova Iorque, 22 jul. 1946. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo – USP**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 6 de jan. 2018.

COSTA, Sérgio. Quase crítica: insuficiências da sociologia da modernização reflexiva. **Tempo social**, v. 16, n. 2, p. 73-100, 2004.

CRIME acarreta custos sociais, públicos e privados na América Latina e Caribe: estudo do BID. **iadb.org**. Nova Iorque, Estados Unidos. 3 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.iadb.org/pt/noticias/comunicados-de-imprensa/2017-02-03/quanto-custa-o-crime-e-a-violencia-no-brasil,11714.html>>. Acesso em: 31 out. 2017.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Criminalidade Organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias. **Ponto Urbe. Revista do núcleo de antropologia urbana da USP**, São Paulo, n. 8, 2011.

DANTAS, Pedro. ROGERO, Tiago. Pela 1ª vez, testemunha protegida do governo sofre atentado. **O Estado de São Paulo**. Rio de Janeiro, 15 jul. 2011. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,pela-1-vez-testemunha-protegida-do-governo-sofre-atentado-imp-,745210>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

DA SILVA, Enio Moraes. O estado democrático de direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 42, n. 167, p.213-230, jul./set. 2005

DA SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 89-94, 1988.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 1. p. 607-630, 2003.

DE AZEVEDO, António Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, n. 53, p. 90-101, 2002.

DE BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 83-105, 2005

DE CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato; DE CARVALHO LOBATO, Joaquim Henrique. Vitimização e processo penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**. São Luís, n. 15, jan./dez. 2008.

DE MORAES, Maurício Zanoide. Política criminal, constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 101, p. 403-430, 2006.

DE PASSOS, JJ Calmon. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Forense**, v. 351, 2001.

DE SOUZA GALDINO, Danielle; GUEDES, Cristiano. Um olhar por dentro dos muros do Programa de Proteção a Testemunhas. **Anais do Encontro Internacional e Nacional de Política Social**, v. 1, n. 1, p. 1-18, 2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. **Processo constitucional**. Belo Horizonte, Ed. Delrey, 2010.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 31-48, jul./dez. 2008.

DO VALE, André Rufino. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 9, n. 1, p. 67-77, 2007.

ENGEL, Tatiane; TOLFO, Denise. **Métodos de pesquisa**. Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

FRIEDE, R. Reis. A garantia constitucional do devido processo legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 716, p. 71-77, 1995.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. 6.^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: Ensaio Sobre o Modo de sua Aplicação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a.36, n.143, p. 191-209, jul./set. 1999.

GÍDARO, Wagner Roby. **As medidas especiais de proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores como mecanismo de efetividade do processo penal**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2010.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo, Atlas, 2010.

GODOY, Marcelo. Uso do Exército para combater o crime nos Estados cresce pelo menos 3 vezes. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 1.º jan. 2018. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,uso-do-exercito-para-combater-o-crime-nos-estados-cresce-pelo-menos-3-vezes,70002134658>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

GORZONI, Paula. Entre o princípio e a regra: teoria dos direitos fundamentais. **Novos Estudos-CEBRAP**, n. 85, p. 273-279, 2009.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, n 4, Ano V, n 5, p. 213-269, 2003-2004.

_____.Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 7, n. 14, 2008.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 7, n. 9, p. 379-398, 2006.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; REGO, Davi Uruçu. Funções dogmáticas e legitimidade dos tipos penais na sociedade do risco. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**, São Luís. 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa e DIAS, Maria Tereza. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica**. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2010.

JÚNIOR, Cláudio Mendes. Direito de presença do réu e possibilidade de sua retirada da sala de audiências no processo penal. **Revista Direito e Liberdade**. Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN), v. 18, n. 1, p. 105-107, 2016.

JÚNIOR, Lázaro. Advogados são condenados por envolvimento com o PCC. **Folha da Região**, Araçatuba, 7 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.folhadaregiao.com.br/regiao/2017/07/07/advogados-sao-condenados-por-envolvimento-com-pcc-1.348708>>. Acesso em: 16 dez. 17.

KUWAHARA, Shiguelo. Dilemas do Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas no Brasil. **Política criminal**, v. 11, n. 22, p. 439-466, 2016.

LEÃO, Jacqueline. Os impactos subjetivos do programa de proteção às testemunhas ameaçadas: racionalidade burocrática, invisibilidade e violência. **Latitude**, v. 7, n. 2, 2014.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 98, p. 411-422, 2003.

LIMA, Isan Almeida. Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais. **Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE**. 6ª Edição. Vol. 1, p. 14-50, jul./dez. 2016.

LIMA, Manolita Correia. **Monografia**. 2.ª ed. Revista e Atualizada. São Paulo, Ed. Saraiva, 2008.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 3.ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2010.

LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Coord. Editorial FelipeLKirchner. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, p.161-182, 2014.

MANDARINO, Renan Posella; BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ROSA, Larissa. A participação da vítima no controle da cifra oculta da criminalidade. **Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 37, n. 1, p. 281-299, 2017.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 5.ª ed. Revista e Ampliada. São Paulo, Ed. Atlas, 2009.

MARTINI, Paulo. Proteção especial a vítimas, testemunhas e aos réus colaboradores. Porto Alegre: **Síntese**, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 2, n. 14, 2000.

MICHEL, Maria Helena. **Metodologia e Pesquisa Científica em Ciências Sociais**. 2.ed. Atualizada e Ampliada. São Paulo, Ed. Atlas, 2009.

MIGUEL, Alexandre; PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de Souza. Comentários à lei de proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 773, p. 425-443, mar. 2000.

MINAS GERAIS. Belo Horizonte. **Resolução Conjunta SEDS TJMG PGJ DPMG PMMG Nº 185, de 25 de abril de 2014**. Diário Oficial de Minas Gerais, Belo Horizonte, 26 abr. de 2014.

MONTEIRO, Valdênia Brito. **Proteção a vítimas e testemunhas da violência, Lei nº 9.807/99**: um estudo de caso. 2002. Tese de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco.

NETO, Eduardo Diniz. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. **Revista do Direito Público**, v. 5, n. 2, p. 202-220, 2010.

OLIVEIRA, Antônio Santos. A violência e a criminalidade como entraves à democratização da sociedade brasileira. **Caderno CRH**, Salvador. v. 16, n. 38, 2006.

O IMPACTO econômico do roubo de cargas no estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Fev. 2017. **Site Firjan**. Disponível em: <<http://www.firjan.com.br/publicacoes/publicacoes-de-economia/o-impacto-economico-do-roubo-de-cargas-no-estado-do-rio-de-janeiro.htm>>. Acesso em: 26 set. 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018

PASTANA, Débora Regina. Medo e opinião pública no Brasil contemporâneo. **Revista Estudos de Sociologia**, 2007.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 45, p. 216-231, 1999.

PORTO, Luiz Dulinski. **Perfil vitimológico nos delitos de homicídios dolosos na cidade de Porto Alegre no ano de 2005**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

QUADRILHA arromba empresa de valores em Uberaba e atira para intimidar; jovem é atingido de raspão. **G1**. Triângulo Mineiro. 6 nov. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/noticia/grupo-fortemente-armado-arromba-empresa-em-uberaba.ghtml>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

QUEM SOMOS. **Apresentação do gabinete de assessoria jurídica às organizações populares**. Disponível em: <<https://www.gajop.org.br/quemSomos.php>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. **Direitos fundamentais e direito comunitário**. Belo Horizonte, Ed. Delrey, 2003.

RAMOS, Patrícia Pimentel O. C. Dos direitos humanos da vítima de violência e a responsabilidade do Estado. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 51, p. 148-177, 2010.

REIS. Thiago. Uma semana, 1.195 mortes: o retrato da violência no Brasil. **G1**. Rio de Janeiro. 25 set. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/uma-semana-de-mortes-o-retrato-da-violencia-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 26 set. 2017.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Globalização, sociedade de risco e segurança. **Revista de Direito Administrativo**, v. 246, p. 267-287, 2007.

ROBALDO, José Carlos De Oliveira; VIEIRA, Vanderson Roberto. A sociedade de risco e a dogmática penal. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS, v. 4, n. 8, jul./dez. 2002.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, v. 1, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/116/159>>. Acesso em: 16 set. 2017.

_____. ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, v. 4, n. 2, p. 23-48, 1999.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos fundamentais na constituição de 88. **Themis: Revista da Esmec**, v. 1, n. 2, p. 109-123, 2016.

ROCHA, Virginia Afonso Oliveira Moraes; CUNHA, Juliana Falci Sousa Rocha. A sociedade de risco e o direito penal. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos** ISSN 1415-0778, v. 26, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Dignidade da pessoa humana – parte II. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 39, p. 245-266, 2001.

SALOMÃO, Lucas. Lava Jato completa 3 anos e soma 198 prisões; 5 políticos se tornam réus no STF. **G1**. Brasília, 17 mar. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/lava-jato-completa-3-anos-e-soma-198-prisoas-5-politicos-se-tornaram-reus-no-stf.ghtml>>. Acesso em 17 nov.2017.

SANTA, Elaine Christina. **Programa de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas – PROVITA**: um estudo sobre o Serviço Social. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 5, n.20, p. 145-165, abr./jun. 2005.

SEGATTO, Antonio Carlos; ABATI, Leandro. A positivação de direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988:(re) conquista da proteção estatal do cidadão. **Argumenta Journal Law**, v. 14, n. 14, p. 135-167, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36.^a ed. São Paulo, Ed. Malheiros, 2013.

SILVEIRA, José Braz da. **A proteção à testemunha & o crime organizado no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 1, p. 11-28, 2013.

_____. Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 4, p. 9-27, Jan./jun. 2011.

_____. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos Juízes”. **Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, ano I, n. 1. Curitiba, p. 383-413, 2009.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CANÇADO, Mayara Lopes. Políticas Públicas de proteção à vítima: uma proposta de arranjo institucional de segurança pública. **Revista Opinião Jurídica**, v. 15, n. 20, p. 32-58, 2017.

TAVARES, Bruno. Justiça decreta prisão de mais de 50 suspeitos de envolvimento com facção. **G1**. São Paulo, 1.º de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/justica-decreta-prisao-de-mais-de-50-suspeitos-de-envolvimento-com-facciao.ghtml>>. Acesso em 18 dez. 17.

VELASCO, Clara; D’AGOSTINHO, Rosanne; REIS, Thiago. Brasil teve quase 400 mortes violentas nos presídios em 2016. **G1**. Rio de Janeiro. 5 jan. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-teve-mais-de-370-mortes-violentas-nos-presidios-em-2016.ghtml>>. Acesso em: 26 set. 2017.

VOITCH, Guilherme. No Brasil, só 5% dos homicídios são elucidados. **O Globo**, São Paulo, 12 jan. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/no-brasil-so-5-dos-homicidios-sao-elucidados-7279090>>. Acesso em: 2 fev. 2017.