

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO RIO GRANDE DO SUL

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E
PROCESSUAL PENAL

SCHYRLE BORGES DE GÓES

PROVA ILÍCITA E
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Porto Alegre
2008

SCHYRLE BORGES DE GÓES

**PROVA ILÍCITA E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Fundação
Escola Superior do Ministério Público do
Rio Grande do Sul como exigência parcial
à obtenção do Título de Especialista em
Direito Penal e Processual Penal

Orientador: Mestre Douglas Fischer

Porto Alegre

2008

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL
CONSELHO ADMINISTRATIVO

Luiz Fernando Calil de Freitas - Diretor
Annelise Monteiro Steigleder - Vice-Diretor
Bruno Heringer Junior - Secretário
Amilcar Fagundes Freitas de Moraes - Representante do Corpo Docente

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
CIP-Brasil. Catalogação na fonte
Fundação Escola Superior do Ministério Público

G553p Góes, Schyrle Borges de
Prova ilícita e princípio da proporcionalidade no processo penal brasileiro / Schyrle Borges de Góes ; Trabalho orientado por Douglas Fischer. 2008.

79 fls.; 30cm.

Monografia (Especialização) – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Programa de Pós Graduação: Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, 2008.

1. Prova Direito Penal. 2. Princípio da Proporcionalidade. 3. Processo Penal. I. Fischer, Douglas – orientador. II. Título.

CDU: 343.14

Bibliotecária Responsável: Katia Minatto Leal – CRB 10/1697
Biblioteca da FMP

Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul
CNPJ Nº: 90.090.762/0001-19
Inscrição Estadual: Isento
Rua Cel. Genuíno, 421 - 6º e 7º andares
Porto Alegre - RS- CEP 90010-350
Fone/Fax (51) 3027-6565
e-mail: fmp@fmp.com.br
home-page: www.fmp.com.br

SCHYRLE BORGES DE GÓES

Prova Ilícita e Princípio da Proporcionalidade no Processo Penal Brasileiro

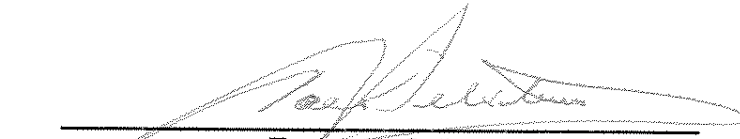
Monografia apresentada à Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal - 2ª Edição.

O trabalho foi Aprovado pelos membros da banca examinadora obtendo conceito EXCELENTE.

BANCA EXAMINADORA:



Me. Douglas Fischer
Orientador



Tael João Selistre
1º Argüidor



Me. Bruno Heringer Júnior
2º Argüidor

Data: 28/08/08

AGRADECIMENTO

Agradecimentos são necessários, não porque obrigatórios, mas pelo contentamento do meu ser em fazê-los.

Motivação, tranqüilidade, confiança, disponibilidade e cordialidade: tudo isso encontrei em meu orientador, Douglas Fischer; obrigada Mestre.

Ao Universo, minha gratidão pela oportunidade e pela convivência com pessoas que, em cada pequeno e inesquecível gesto, demonstraram acreditar no meu poder criativo; a elas, o amor e o carinho de sempre.

E ao Ministério Público Federal, o agradecimento por ter propiciado, mediante seu Subprograma de Pós-Graduação, aporte material e condições de tempo para a realização deste estudo.

*Manter viva
a melodia das idéias
e a beleza da meta
através do tempo,
apesar dos desacertos
e insatisfações,
aprendendo simplesmente
a criar o bem –
nada mais.*

RESUMO

O presente trabalho apresenta a vedação constitucional da prova ilícita no processo penal brasileiro como direito fundamental dos indivíduos e, como tal, passível de colisão com outros direitos e bens jurídicos, inclusive coletivos. Na busca do melhor método de solução à problemática desse confronto, chega-se ao princípio da proporcionalidade, o qual é analisado em sua dupla faceta: a da proibição do excesso e a da proibição de proteção deficiente. Sob o cenário do atual Estado Democrático e Social de Direito, direcionado à concretização de direitos fundamentais, é verificada a possibilidade de utilização da prova ilícita no processo penal brasileiro, em caráter excepcional, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, quando no caso concreto se constata a preponderância de outro direito fundamental ou de bem jurídico cuja proteção seja constitucionalmente exigível. A legitimação desse procedimento depende da argumentação jurídica na análise dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e também da prudência do aplicador do Direito.

Palavras-chave: processo penal – prova ilícita – princípio da proporcionalidade – proibição de excesso – proibição de proteção deficiente

RESÚMEN

El presente trabajo presenta la prohibición constitucional de la prueba ilícita en el proceso penal brasileño como derecho fundamental de los individuos y, como tal, pasible de colisión con otros derechos y bienes jurídicos, incluso colectivos. En la busca del mejor método de solución a la problemática de ese confronto, llegase a lo principio de proporcionalidad, lo cual es analizado en su dupla faceta: la de la prohibición del exceso y la de la prohibición de protección deficiente. Bajo el escenario del actual Estado Democrático y Social del Derecho, direccionado a la concretización de los derechos fundamentales, es verificada la posibilidad de utilización de la prueba ilícita en el proceso penal brasileño, en carácter excepcional, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, cuando en el caso concreto se constata la preponderancia de otro derecho fundamental o de bien jurídico cuya protección sea constitucionalmente exigible. La legitimación de ese procedimiento depende de la argumentación jurídica en el análisis de los subprincipios de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y también de la prudencia del aplicador del derecho.

Palabras-llave: proceso penal – prueba ilícita – principio de la proporcionalidad – prohibición de exceso – prohibición de protección deficiente

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 PROVA PENAL ILÍCITA	11
1.1 CONCEITO DE PROVA ILÍCITA	11
1.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À NÃO-UTILIZAÇÃO DE PROVA ILÍCITA NO PROCESSO BRASILEIRO	19
1.3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM FACE DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	30
2.1 ORIGENS E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	30
2.1.1 Primeiros contornos da proporcionalidade	30
2.1.2 O princípio da proporcionalidade no processo penal.....	32
2.2 FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	34
2.3 NATUREZA NORMATIVA DA PROPORCIONALIDADE.....	36
2.4 CARACTERIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	37
2.4.1 Subprincípio da idoneidade ou da adequação entre meios e fins	37
2.4.2 Subprincípio da necessidade.....	39
2.4.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito	42
2.5 A PROPORCIONALIDADE ENQUANTO PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE	46
3 DA UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ..	54
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS.....	74

INTRODUÇÃO

A admissibilidade da prova ilícita no processo constitui um dos debates mais conturbados do Direito Processual Penal moderno, implicando vários desdobramentos; o presente estudo é resultado de pesquisa realizada na doutrina e jurisprudência acerca da vedação constitucional à utilização da prova ilícita no processo, que se mostra, num primeiro momento, como absoluta. Na análise do tema, essa proibição é considerada como direito fundamental do indivíduo – portanto passível de colisão com outros direitos fundamentais –, o que leva à indagação da possibilidade de utilização desse tipo de prova no processo penal brasileiro, em face da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Procura-se dar um enfoque objetivamente direcionado à verificação da viabilidade de utilização da prova ilícita também em favor da coletividade, além do investigado ou acusado, tendo a cautela de examinar tal possibilidade em caráter excepcional, quando se constata a prevalência de outro direito fundamental hábil a restringir a inadmissibilidade dessa prova.

O tema foi escolhido em face da inconformidade pessoal, desde o primeiro contato com o estudo da prova penal, relativa à corrente inadmissibilidade, pela jurisprudência pátria, de prova ilícita no processo penal para fins de condenação. Além disso, semelhante sensação de injustiça revela-se na prática jurídica, rica em exemplos nos quais a impossibilidade de utilização de provas consideradas ilícitas conduz à absolvição de agentes criminosos; situações essas que não se coadunam com a própria razão de ser do Estado Democrático e Social de Direito, garantidor não só de direitos individuais, mas também daqueles titularizados pela sociedade como um todo, a exemplo do direito à resposta sancionadora da conduta delitiva. Tais fatores indicam a existência de colisão de direitos assegurados constitucionalmente e motivaram a análise do tema proposto.

O objetivo geral da pesquisa consistiu em verificar a possibilidade de utilização de prova ilícita no processo penal brasileiro, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. Como objetivos específicos, visou-se definir prova ilícita; apresentar a regulamentação da prova ilícita no Brasil; identificar sua inadmissibilidade no processo como um direito fundamental, demonstrando a sua potencialidade ao conflito com demais direitos fundamentais; conceituar e caracterizar o princípio da proporcionalidade; e apresentar a jurisprudência do

Supremo Tribunal Federal referente à utilização de prova ilícita no processo penal, e sua relação com o princípio da proporcionalidade, exemplificando a preponderância de outros direitos fundamentais em face da inadmissibilidade de prova ilícita no processo penal.

Quanto ao objetivo, a metodologia da pesquisa foi exploratória, no intuito de buscar os fundamentos válidos à utilização de prova ilícita no Brasil para fins de condenação; para tanto, a forma de pensamento adotada foi a zetética, a fim de ensejar a reflexão acerca do tema, à luz da hermenêutica constitucional.

Na metodologia de abordagem utilizou-se primeiramente o método dedutivo: partindo da análise dos conceitos de prova ilícita, sua normatização no Brasil e a colidência de sua vedação com outros direitos fundamentais, passou-se a verificar a aplicação do princípio da proporcionalidade. Depois, o método indutivo mostrou-se indispensável para a análise de decisões do Supremo Tribunal Federal, a fim de viabilizar a identificação da posição adotada pela Corte Constitucional quanto à matéria. O discurso doutrinário foi exposto pelo método dialético, propício ao destaque dos pontos divergentes entre os autores. Ainda, o método estrutural contribuiu à abordagem das regras jurídicas como parte de um todo organizacional, juntamente com demais regras e princípios.

No tocante à metodologia de procedimento, o método bibliográfico foi a base principal de desenvolvimento da pesquisa, porquanto a investigação referente à problemática proposta dependeu de conceitos jurídicos estudados por doutrinadores especializados. O método monográfico foi necessário à formulação de alguns pontos gerais comuns aos direitos fundamentais pacificamente considerados restringíveis. A pesquisa também dependeu do método documental no que concerne à análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Relativamente à metodologia jurídica, foi adotado o método sistemático de interpretação dos dispositivos constitucionais e legais que regulamentam a prova ilícita no Brasil, levando em conta tais normas enquanto parte do ordenamento jurídico vigente, o qual assegura os princípios inspiradores do Estado Democrático e Social de Direito.

O trabalho encontra-se dividido em três capítulos, o primeiro destinado à prova penal ilícita, com a apresentação de seu conceito e regulamentação no Direito Processual Penal brasileiro, bem como a análise da vedação à sua utilização como direito fundamental do indivíduo e da atual hermenêutica constitucional relativa aos

direitos fundamentais. Pretende-se demonstrar que a vedação constitucional sob exame é passível de conflito com outros direitos fundamentais e bens jurídicos, considerando sua contextualização num sistema jurídico que objetiva concretizar os valores do Estado Democrático e Social de Direito, o que faz surgir a necessidade de um método racional e apto à solução no caso concreto.

O segundo capítulo é dedicado ao princípio da proporcionalidade; subdivide-se na apresentação da origem e evolução histórica desse princípio, especialmente no processo penal; na análise de seu fundamento, sua natureza normativa e caracterização, especificando seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, bem como sua dupla concepção, tanto na faceta de proibição de excesso quanto na de proibição de proteção deficiente. Nesse capítulo, o princípio da proporcionalidade é apresentado como o método que melhor atende ao propósito de resolver a tensão entre direitos fundamentais concretamente conflitantes; também se faz referência especial à doutrina brasileira que trata esse princípio inclusive na sua dimensão de proibição de insuficiência.

No terceiro capítulo examina-se a admissibilidade da utilização da prova ilícita no processo penal brasileiro com fulcro no princípio da proporcionalidade, tido como expressão do Estado Democrático e Social de Direito. Ainda, é apresentada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atinente ao tema, com a correspondente análise à luz dos princípios que norteiam o atual Estado brasileiro.

O discurso monográfico proposto visa a instigar o debate acerca da viabilidade de utilização da prova ilícita no processo penal pátrio, precipuamente quando no caso concreto estão em colisão, de um lado, a garantia à inadmissibilidade desse tipo de prova e, de outro, direitos fundamentais titularizados pela coletividade. É preciso revolver dogmas, mesmo que ao final a conclusão seja a mesma anteriormente pensada, porém agora provida de justificativas mais profundas e coerentes com o estágio atual da ciência jurídica, atrelada aos valores constitucionalmente assegurados ao indivíduo, inclusive em sua condição de integrante da coletividade formadora de um Estado Social e Democrático de Direito.

1 PROVA PENAL ILÍCITA

1.1 CONCEITO DE PROVA ILÍCITA

Ingressar na seara da prova penal ilícita implica necessariamente a prévia clarificação do conceito de prova e prova ilícita, a permitir a análise do tema no processo penal brasileiro.

Buscando a definição do vernáculo **prova** no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, encontram-se várias acepções, das quais se destacam as seguintes: “aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato são verdadeiros; evidência, comprovação”; “fato, circunstância, indício, testemunho etc., que demonstram a culpa ou a inocência de um acusado”¹.

O Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva define **prova** nos seguintes termos:

Do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a *demonstração* que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.

A prova consiste, pois, na *demonstração da existência* ou da *veracidade* daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta. [...] ²

Embora o termo **prova** possua significados diversos, coincidentes com fonte de prova, meio de prova e objeto de prova, para os fins do presente trabalho, será a prova tratada como os atos que visam a demonstrar a veracidade de um fato, ato ou alegação no processo.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, prova “constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência de certos fatos”³. De igual sentido é a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

¹ PROVA. In: DICIONÁRIO eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Editora Objetiva Ltda., setembro 2004. 1 CD-ROM.

² PROVA. In: VOCABULÁRIO jurídico De Plácido e Silva. vol. III. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 491.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 120.

Da apuração dessa verdade trata a instrução, fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam, sobretudo para demonstrar ao juiz a veracidade ou falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade e na individualização das penas. Essa demonstração que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento é o que constitui **prova**. Nesse sentido, ela se constitui em atividade probatória, isto é, o conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos etc.) e até pelo juiz para averiguar a verdade e formar a convicção deste último.

Atendendo-se ao resultado obtido, ou ao menos tentado, 'provar' é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a decisão judicial ou a solução de um processo.⁴

O direito à prova no processo é uma das garantias do devido processo legal⁵, constituindo expressão dos princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados constitucionalmente (inciso LV do artigo 5.º), segundo os quais às partes processuais deve ser oportunizado o desenvolvimento de atos que permitam proteger seus interesses postos em juízo. Tal direito está relacionado ao direito de ação e ao de defesa porque a concretização destes depende da possibilidade de produção probatória no processo⁶. José Carlos Barbosa Moreira vai mais adiante, ao afirmar que a possibilidade de provar alegações em juízo, além de estar contida no conceito de ação, vincula-se à viabilidade de submeter à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, nos termos do previsto no inciso XXXV do artigo 5.º da Constituição Federal⁷.

O Código de Processo Penal brasileiro reconhece expressamente o direito à prova, conforme se nota exemplificativamente da previsão de apresentação de rol de testemunhas (artigos 41 e 395), requerimento de diligências (artigo 399) e oferecimento de documentos em qualquer fase do processo (artigo 400)⁸.

⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 8.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998, p. 256.

⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 77.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 122.

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, Porto Alegre, n.º 68, ano XXIII, pp. 13-27, 1996, p. 19.

⁸ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11 jun. 2008.

Tal direito, no entanto, não é absoluto, sendo imperativa a observância dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, precipuamente a Constituição Federal; por isso, mostra-se de elevada importância a análise da prova a fim de verificar-se a viabilidade de sua admissão no processo.

Ressalvadas as peculiaridades de cada sistema, no Brasil dá-se maior enfoque ao caráter material-substantivo das proibições de prova – o que significa primordial consideração à danosidade social e secundariamente à categoria do agente, se público (como agentes policiais) ou privado, permitindo a incidência da vedação nos casos de prova ilícita realizada por particular –, assim como ocorre no Direito Processual português e no alemão, estes minuciosamente analisados por Manuel da Costa Andrade, em sua obra “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”⁹.

Apresenta-se dissenso na doutrina acerca das denominações conferidas às provas produzidas em desacordo com o ordenamento jurídico, encontrando-se as designações de prova proibida, proibições probatórias, prova ilegal ou prova obtida ilegalmente, prova ilícita ou prova ilicitamente obtida, prova ilegítima ou prova ilegitimamente obtida, prova inconstitucional, prova nula, prova viciada, prova ilegal e prova clandestina¹⁰, merecendo atenção as referidas denominações, pois não representam mero capricho terminológico, mas implicam diferenças conceituais de relevo para o estudo da matéria.

Com esse cuidado e sem adentrar na discussão terminológica, adota-se a classificação proposta pela maioria da doutrina brasileira, que divide as provas ilegais em ilícitas e ilegítimas¹¹. Segundo explicam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, prova ilícita é a que viola norma de natureza substancial, relativa a direitos tutelados pelo ordenamento

⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.196.

¹⁰ ESTRAMPES, Manuel Miranda. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2.ª ed. rev. e ampl. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004, pp. 17/18; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Proceso penal*. 8.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998, p. 260.

¹¹ Adotam tal classificação, dentre outros, GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 133-135; LIMA, Marcellus Polastri. *A prova penal*. 2.ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 41; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Proceso penal*. 8.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998, p. 260; SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 14/15; D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no*

jurídico ao indivíduo, independentemente do processo; por outro lado, prova ilegítima é a obtida de modo contrário a uma norma de natureza processual, concernente a interesses relativos à lógica e à finalidade do processo; contudo, em ambos os casos verifica-se uma ilegalidade. Nas palavras dos autores, então, prova ilícita é:

a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.¹²

Determinadas provas, contudo, podem-se enquadrar tanto numa quanto noutra espécie classificatória, quando são constituídas com violação a normas materiais e ainda têm impedida sua produção em juízo¹³.

Como exemplos de prova ilícita, citam-se as provas obtidas por meio de tortura, maus-tratos, violação da intimidade, de domicílio ou das comunicações, que afrontam os incisos III, X, XI e XII do artigo 5.º da Constituição Federal¹⁴, e de prova ilegítima, a oitiva de testemunha proibida de depor em face de dever de sigilo decorrente de função, ministério, ofício ou profissão, nos termos do que determina o artigo 207 do Código de Processo Penal¹⁵.

Importa a distinção entre os momentos processuais da prova, quais sejam: o requerimento pelas partes; a admissão pelo juízo; a introdução ou produção

processo penal. São Paulo, Atlas, 2007, p. 120; PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 161.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 133.

¹³ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 162.

¹⁴ Os quais dispõem, respectivamente: “III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”; “XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”; “XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2008.

¹⁵ LIMA, Marcellus Polastri. *A prova penal*. 2.ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 42.

probatória; e a valoração¹⁶. Nota-se, desse modo, que na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção em juízo, enquanto o momento de realização do ato ilícito, ou seja, do ato de obter a prova ilícita, é anterior ou concomitante à produção da prova no processo, mas sempre externamente a este¹⁷. Cabe ressaltar, por oportuno, que o tema “prova ilícita” não se confunde com conteúdo e veracidade da prova, os quais se relacionam à valoração da prova¹⁸.

A prova ilegítima constante do processo penal é eivada de nulidade, conforme estipula o artigo 564 do Código de Processo Penal, destacando-se seu inciso IV, que prevê como hipótese de nulidade processual a “omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”¹⁹.

Quanto à prova ilícita, Adalberto José de Camargo Aranha apresenta uma visão panorâmica das cinco vertentes teóricas acerca do tema, uma pela admissibilidade, três pela rejeição e uma intermediária, a saber:

- a) a teoria que admite a utilização da prova ilícita embasa-se na consideração de que somente devem ser rejeitadas as provas ilegítimas, porque somente a estas há sanção de natureza processual; a prova ilícita, por outro lado, deve permanecer no processo, sendo considerada válida, aplicando-se ao ofensor do direito material a sanção correspondente²⁰;
- b) defendem a inadmissibilidade da prova ilícita três correntes: uma delas sustenta que, se a prova é ilícita, afronta o direito como um todo, não podendo ser admitida no processo; a outra se ampara no princípio da

¹⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3.^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 80.

¹⁷ *Ibid.*, p. 43.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 135.

¹⁹ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11 jun. 2008.

²⁰ Luiz Francisco Torquato Avolio identifica na corrente pela admissibilidade da prova ilícita um forte apego à busca da verdade real. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. cit.*, p. 45. Defensor da admissibilidade da prova ilícita no processo penal, Fernando de Almeida Pedroso reconhece que o ilícito é uno e indivisível, mas estabelece uma diferenciação entre o ato ilícito em si e o teor probatório dele decorrente, entendendo que este não carrega a mácula da ilicitude. Considera que, se a prova revela uma verdade, seu teor não pode ser tido como ilícito, apesar de sua produção conter alguma ilicitude. O argumento relativo à finalidade preventiva da exclusão da prova ilícita do processo, consistente na abstenção da autoridade de produzir provas ilícitas, motivada pelo fato de que estas não surtirão efeitos, é refutado pelo autor ao sustentar que a punição da autoridade infratora da norma penal substantiva é que consiste em verdadeiro desestímulo dos atos ilícitos na produção das provas. PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, pp. 169 e 171.

moralidade dos atos praticados pelo Estado, considerando que o Estado de Direito tem a obrigação de realizar a persecução penal em consonância com a legalidade e a moralidade; a terceira corrente, por sua vez, entende que a prova ilícita viola a Constituição, ao atingir direitos fundamentais do indivíduo, não podendo prevalecer porque eivada de inconstitucionalidade; c) a teoria intermediária busca o equilíbrio entre os interesses da sociedade na punição do criminoso e os direitos fundamentais do indivíduo, por meio do princípio da proporcionalidade (na Alemanha) ou da razoabilidade (nos Estados Unidos), o que possibilita a solução pela admissibilidade ou não, dependendo do interesse preponderante²¹.

Até pouco tempo, a legislação infraconstitucional não possuía expressa e específica disposição acerca das conseqüências da prova ilícita constante do processo penal, mas a recente Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008, deu nova redação aos artigos do Código de Processo Penal relativos à prova, dentre os quais o artigo 157, que, a partir de 10 de setembro de 2008, passará a vigor com a seguinte redação em seu *caput*: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, e no § 3.º: “Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”²².

Mesmo antes de tal regulamentação, considerando que a maioria da doutrina e da jurisprudência entendia, como regra geral²³, pela inadmissibilidade de tal prova no processo penal brasileiro, já vingava a posição no sentido de que tal prova deve ser desconsiderada no momento da valoração probatória, sendo causa de nulidade absoluta de sentença que tenha somente nela se fundamentado²⁴, inclusive impugnável por meio de revisão criminal e *habeas corpus*²⁵. Ada Pellegrini Grinover,

²¹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 4.ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 53-56.

²² BRASIL. Lei ordinária. *Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 7 jul. 2008.

²³ Excepcionalmente se admite quando em favor do acusado.

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, Porto Alegre, n.º 68, ano XXIII, pp. 13-27, 1996, p. 20.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 144.

Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho defendem que essa prova se inclui na categoria de inexistência jurídica, devendo ela ser desentranhada do processo²⁶; assim também é a posição de Luiz Francisco Torquato Avolio, que sintetiza: “As provas ilícitas, portanto, devem ser consideradas como inexistentes e totalmente ineficazes, retroagindo a sua ineficácia ao momento de seu nascedouro”²⁷.

Cumprido atentar que o reconhecimento da nulidade ou inexistência da prova ilícita não gera a nulidade total do processo, ou seja, desde que não-contaminado pela prova ilícita, o restante do processo é válido²⁸. Nesse sentido é o entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica, a título de exemplo, dos julgados proferidos nos autos dos *Habeas Corpus* n.º 73.461-SP e 83.582-RJ cujas ementas seguem transcritas:

Escuta telefônica redundante em prova inexpressiva, suplantada por elementos autônomos e suficientes, em que se veio a basear a condenação da paciente. Regime inicial fechado devidamente fundamentado pelo julgador. *Habeas corpus* indeferido. [grifou-se].²⁹

Habeas Corpus. 2. Prova Ilícita. 3. Necessidade de comprovação da utilização da prova ilícita na sentença condenatória para declaração da nulidade do processo. 4. Inadequação da aplicação da pena. 5. A substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos depende do preenchimento dos requisitos subjetivos e objetivos exigidos em lei. 6. Legitimidade do assistente da acusação para recorrer independentemente de recurso do órgão ministerial. 7. Precedentes do STF. 8. Ordem denegada. [grifou-se].³⁰

Situação peculiar é a dos processos do júri, pois não há condições de conhecer se os jurados avaliaram a prova ilícita para fins de condenação; nestes

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 136, 143/144.

²⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3.ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 87.

²⁸ PRADO, Leandro Cadenas. *Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação nos tribunais superiores*. Niterói: Impetrus, 2006, p. 10.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas Corpus* n.º 73461-SP. Paciente: Diosgenia Estigarribia de Carvalho; Impetrante: Carlos Eduardo Boica Marcondes de Moura; Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Octavio Gallotti, Brasília, DF, 11 de junho de 1996. Diário de Justiça de 13 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas Corpus* n.º 83582-RJ. Pacientes: Jacqueline Gomes Ribeiro Pastura e Jorge Luiz Ribeiro Pastura; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 10 de abril de 2007. Diário Eletrônico p. em 11 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

casos, reconhecida a ilicitude de prova constante do processo, deve ser anulado o julgamento³¹.

Merece referência a questão relativa às provas ilícitas por derivação – cuja problemática possibilita diversos desdobramentos, mas aos quais não se dedica o presente estudo – para fins de esclarecer que assim são denominadas as provas em si próprias lícitas, porém diretamente vinculadas na origem a uma prova ilícita. Nessa temática, destaca-se a *fruit of the poisonous tree doctrine* (teoria dos frutos da árvore envenenada)³², formulada pela Suprema Corte americana, de acordo com a qual o vício existente na árvore transmite-se a seus frutos, sendo que sua aplicação se constata na majoritária doutrina e jurisprudência brasileira³³. Luiz Francisco Torquato Avolio explica que não há diferenciação de fundo em se tratando de prova ilícita ou ilícita por derivação, pois “Haverá, sempre, uma referência constitucional, cujo enfoque deverá ser o das liberdades públicas”³⁴.

Esclarece-se, outrossim, que a aplicação da referida teoria não é automática, mas implica a “ponderação, entre outros, de tópicos como a perigosidade do ‘veneno’, a importância do ‘fruto’ no contexto legal da prova e a vinculação normativa do fruto ‘à árvore envenenada’”³⁵. Em consonância com tais limitações, está a Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008, a qual, ao dar nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal, reconheceu as seguintes restrições à aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, a vigerem a partir de 10 de setembro de 2008:

Art. 157. [...]

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou

³¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 100.

³² Tradução livre.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 137, 140/141. Os autores citam como exemplo a regular apreensão de produto do crime cujo local fora informado por confissão do acusado, extraída mediante tortura. São a favor da utilização da prova ilícita por derivação em casos especiais CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 35/36; SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 31.

³⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3.ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 73.

³⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 63.

quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.³⁶

O dispositivo constitucional que veda a admissibilidade da prova ilícita no processo brasileiro é o artigo 5.º, inciso LVI, que dispõe: “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”³⁷, o qual, segundo os supramencionados autores, “considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para a ilicitude material”³⁸. A esse respeito, Adalberto José de Camargo Aranha entende que o constituinte fez uso da expressão “ilícito” em seu sentido genérico, abarcando, além da lei, outras formas de manifestação do Direito, sendo assim proibidas as provas obtidas mediante afronta à lei, à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito³⁹.

As razões argumentativas que embasam a inadmissibilidade de prova ilícita no processo, também no Direito comparado, referem-se ao efeito dissuasório de futuras violações aos direitos fundamentais do acusado e à integridade do órgão julgador, que seria “cúmplice” das violações, caso admitisse tal prova⁴⁰.

1.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À NÃO-UTILIZAÇÃO DE PROVA ILÍCITA NO PROCESSO BRASILEIRO

Parte-se da consideração inicial de que a vedação da admissibilidade da prova ilícita no processo brasileiro é direito fundamental assegurado ao indivíduo pela Constituição Federal. Nesse sentido, Gilmar Mendes classifica a

³⁶ BRASIL. Lei ordinária. *Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 7 jul. 2008.

³⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2008.

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 140.

³⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 4.ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 51.

⁴⁰ GÓMES-JARA Díez, Carlos. Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: el caso Hudson v. Michigan y el ocaso de la exclusionary rule en EE. UU. *Revista de estudios criminales*. São Paulo, n.º 27, ano VII, pp. 43-65, out./dez. 2007, pp. 47/48.

inadmissibilidade de prova ilícita como direito fundamental pertencente à categoria conceituada como “direito à organização e ao procedimento”, sendo este reconhecido como elemento essencial da realização e garantia de outros direitos fundamentais⁴¹.

Oportuno é um panorama das teorias materiais acerca da definição de quais direitos são objeto da categoria de direitos fundamentais, classificadas em: liberais, democráticas e do Estado Social, elaboradas segundo critérios relativos à análise das funções dos direitos fundamentais – como direitos de defesa, direitos à prestação em sentido amplo, direitos de organização e procedimentos, direitos democráticos e direitos de igualdade – e do alcance de cada direito fundamental⁴².

De acordo com as teorias liberais, o indivíduo possui um âmbito de liberdade, decorrente de sua condição humana, no qual é vedada a intervenção do poder público; trata-se da denominada liberdade negativa do indivíduo. Os direitos fundamentais são tidos como direitos de defesa do indivíduo em face do Estado e, nesse campo de defesa, o indivíduo pode optar dentre as várias possibilidades de ação. O Tribunal Constitucional espanhol reconheceu como posições jusfundamentais de defesa as relativas ao direito à educação, ao trabalho, à associação sindical etc.⁴³.

Ao contrário do que possa parecer, mesmo levando em conta a concepção da teoria liberal, os direitos fundamentais indubitavelmente se revestem de relatividade, porquanto tais direitos são marcados pela controvérsia. Como bem refere Carlos Bernal Pulido:

Quien pretende concebir a los derechos fundamentales como ámbitos delimitados por fronteras nítidas, sólo idealiza consensos irreales, y soslaya las contraposiciones entre las posturas, las concepciones del mundo que integran una sociedad plural. (Quem pretende conceber os direitos fundamentais como âmbitos delimitados por fronteiras nítidas, somente idealiza consensos irreais, e esquelha as contraposições entre as posturas, as concepções do mundo que integram uma sociedade plural).⁴⁴

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, n.º 10, pp. 1-11, janeiro 2002, pp. 7/8. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

⁴² BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 133.

⁴³ *Ibid.*, pp. 260, 305 e 308.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 300. Tradução livre.

Considerando que os direitos fundamentais possuem titularidade coletiva, inevitável é a colisão de direitos fundamentais entre várias pessoas⁴⁵. Adianta-se a idéia da imprescindibilidade de critérios para tornar harmônico o exercício, embora relativo, desses direitos.

Segundo as teorias democráticas dos direitos fundamentais, o titular desses direitos é o cidadão, ou seja, a pessoa é concebida como ente de direito à participação política, à tomada de decisões acerca de assuntos públicos, de forma direta, por meio de representantes, ou ainda pelo exercício de funções públicas⁴⁶. A par dos direitos fundamentais democráticos também estão os direitos liberais e os de prestação, pois o princípio democrático irradia-se a outros direitos fundamentais, na medida em que a garantia destes depende do funcionamento do processo político e da participação dos cidadãos nas decisões públicas⁴⁷.

Tampouco aos direitos fundamentais democráticos se confere a característica de irrestringibilidade, senão se estaria admitindo uma restrição desmesurada das liberdades individuais, o que se mostra inconveniente em face do próprio princípio democrático. Por isso, em sede de interpretação, tem-se de buscar o equilíbrio entre os direitos democráticos e as liberdades do indivíduo⁴⁸.

Com o Estado Social, os direitos fundamentais passaram a ter também um caráter de prestação, no sentido de uma ação positiva do Estado frente às necessidades do indivíduo. A teoria dos direitos fundamentais no Estado Social concebe a pessoa como titular de necessidades, sendo que o Estado aparece com característica intervencionista, com deveres de atuação. Os direitos fundamentais de prestação surgem como garantia do direito à igualdade, aos direitos prestacionais, aos direitos políticos e às liberdades⁴⁹.

Claus-Wilhelm Canaris fala em dever de proteção enquanto imperativos de tutela dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição e propõe critérios para seu reconhecimento:

[...] quanto maior o nível do direito fundamental afectado, quanto mais severa a intervenção que se ameaça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades de seu titular para uma eficiente auto-proteção, e

⁴⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 175.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 319/320.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 337.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 343/344.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 359, 362 e 366.

quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de proteção.⁵⁰

Carlos Bernal Pulido entende que, embora as mais rotundas teorias sobre direitos fundamentais defendam que as normas referentes a disposições de direitos fundamentais têm validade definitiva, decorre da conformação prática e da interpretação sistemática da Constituição que tal validade é *prima facie*⁵¹, que as normas admitem restrições, desde que proporcionais. Essas restrições podem-se justificar pelas limitações econômicas e pela exigência de outros direitos fundamentais – sejam eles sociais, democráticos ou liberais – ou outros bens constitucionalmente assegurados, sendo que o exame da proporcionalidade da restrição de tais direitos é que vai demonstrar no caso concreto se esses direitos valem em definitivo ou não⁵².

Constata-se, pois, que a concepção de direito fundamental difere conforme o contexto em que inseridos tais direitos, relevando para tanto a natureza do Estado no qual esses direitos são reconhecidos.

Hodiernamente não se pode prescindir da noção de Estado de Direito marcado pelos princípios democráticos e sociais, no qual os direitos fundamentais são tidos como parte integrante de um sistema jurídico, este conceituado por Juarez Freitas como

uma rede axiológica e hierarquizável de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificantes do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.⁵³

Nesse sistema cuja pluralidade de direitos e titulares implica colisões de interesses, bens e direitos, faz-se necessário estabelecer critérios racionais que permitam a aplicação dos direitos fundamentais da forma mais adequada, inclusive no âmbito penal e processual penal. Conforme asseverado por Douglas Fischer, ao discorrer acerca dos princípios da ampla defesa e do contraditório, “especificamente

⁵⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, p. 114.

⁵¹ Entende-se por *prima facie* a consideração provisória e abstrata da norma.

⁵² BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 367 e 396.

no procedimento processual penal, tem-se que garantir não só a higidez do próprio processo, evitando-se que irregularidades formais ocorram, mas também prover medidas que assegurem a correta aplicação da lei e princípios constitucionais⁵⁴.

Ao escrever sobre as provas ilicitamente adquiridas, José Carlos Barbosa Moreira menciona que as normas jurídicas, incluídas as constitucionais, se articulam num sistema que se equilibra na tolerância de restrições de direitos por elas conferidos, pois “os interesses e valores que as inspiram, não raro, entram em conflito uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, integral proteção”; assim, ressalta o processualista o caráter relativo da inadmissibilidade das provas ilícitas, sustentando que a tese da proibição “não se aplica de modo automático e indiscriminado sob quaisquer circunstâncias, fica aberta a possibilidade de uma construção jurisprudencial que leve em conta as variáveis necessidades sociais⁵⁵”.

A complexidade do tema é tratada por Manuel da Costa Andrade ao salientar que a reflexão acerca dos direitos fundamentais e dos regimes de proibição de prova somente terá resultados significativos se o exame ocorrer no caso concreto; nesse sentido, afirma que “O direito das proibições de prova obedece, assim, a uma acentuada tensão para o concreto”. Explica o autor que tanto o legislador quanto a doutrina não podem prever antecipadamente e normatizar todos casos da vida que envolvem a proibição de prova; contudo, perante o caso concreto, faz-se possível a atualização do sentido normativo de princípios como o da proporcionalidade, viabilizando indagar do alcance da proibição de produção probatória e cujo resultado pode ser divergente em cada situação⁵⁶.

Nessa linha de raciocínio, considerando que a inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro se constitui num direito fundamental, nota-se que este é passível de colisão com outros direitos fundamentais (precipuamente os de proteção, como o direito à segurança e à resposta estatal diante do descumprimento de direitos fundamentais por terceiro) no caso concreto, quando então surge a

⁵³ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 272.

⁵⁴ FISCHER, Douglas. *Delinqüência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 66.

⁵⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, Porto Alegre, n.º 68, ano XXIII, pp. 13-27, 1996, pp. 18/19.

⁵⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 114/115.

necessidade de determinação dos limites de concretização de cada um dos direitos fundamentais sopesados a fim de se chegar à maior efetividade possível destes.

1.3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM FACE DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma postura hermenêutica nova, que atenda aos anseios sociais, é o que os direitos fundamentais proclamam no Estado Democrático e Social de Direito. É bem verdade que a hermenêutica constitucional não se encontra definida em uma dogmática acabada, mas se observa o esforço na construção de elementos capazes de alicerçar a maior eficácia na concretização dos direitos fundamentais.

Numa dimensão mais ampla, ao escrever sobre as Ciências, Boaventura de Souza Santos percebe a perplexidade existente no final do século XX, expressa na ambigüidade e complexidade das ciências na fase da transição entre a hegemonia de uma ordem científica em crise e a indefinida nova ordem emergente, e assim identifica a necessidade de responder questões atinentes às relações entre a ciência e a virtude, ao valor do conhecimento vulgar e à dimensão do contributo da ciência para a felicidade humana. O autor diz que não se faz possível definir qual seja o novo paradigma emergente (justamente porque se está numa fase de transição), mas que alguns indicativos de sua caracterização se fazem notar, isto é, por consistir no paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente, deve ser não meramente científico, mas também social, em face da ruptura da diferenciação hierárquica entre o conhecimento científico e o vulgar (ou o senso comum), decorrente do reconhecimento da importância deste para o desenvolvimento da humanidade e, por conseguinte, das ciências⁵⁷.

Nesse intuito de desenvolver as ciências atreladas à felicidade humana, questionamentos também no campo do Direito demonstram o irresistível repensar da interpretação dos textos legais e precipuamente no que se refere ao contorno das Constituições. Ao tratar da interpretação constitucional, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcelos falam no atual pós-positivismo, “ambiente de reaproximação entre Direito e Ética”, no qual diversas formulações ganham gradativa unidade e consistência, de modo que

O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética – ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação – deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade.⁵⁸

O sistema jurídico, formado por normas, concebidas como princípios e regras, por vezes regula determinada situação simultaneamente por disposições que se contrapõem; e nem sempre os critérios tradicionais (como o hierárquico, o cronológico e o da especialidade) são suficientes a solucionar o impasse, mormente em se tratando de normas constitucionais, sede dos conflitos atinentes aos direitos fundamentais⁵⁹. Assim é que recentemente se debate a possibilidade de ponderação – antes aplicada somente aos princípios – também de regras jurídicas, pois há regras abstratamente válidas e que, no caso concreto, podem consistir em inconstitucionalidade ou, pela adoção do comportamento nelas descrito, em violação ao próprio fim a que elas se destinam⁶⁰.

A esse respeito, Humberto Ávila, ao analisar os critérios de diferenciação entre princípios e regras, afirma que a ponderação, entendida como “sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação”, não é método privativo de aplicação dos princípios, sendo cabível igualmente às regras, as quais, tanto quanto os princípios, são passíveis de conflito concreto entre si quando da aplicação⁶¹. Explicita ele que “o mero qualificativo de *princípio* pela doutrina ou jurisprudência não implica uma consideração de peso no sentido da compreensão de determinada prescrição como valor a ser objeto de ponderação com outros”, sendo que a dimensão de peso está relacionada ao aplicador e ao caso sob exame⁶². E a proporcionalidade, de acordo com o autor, constitui postulado

⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 4.^a ed. São Paulo: Cortez, 2006.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história – a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do Direito brasileiro. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n.º 19, pp. 51-80, 2003, p. 56.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Temas de direito constitucional*. t. II, 2003, apud BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história – a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do Direito brasileiro. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n.º 19, pp. 51-80, 2003, p. 57.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, pp. 51-80, 2003, p. 60.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 44/45.

⁶² *Ibid.*, p. 53.

normativo aplicativo que se presta a estruturar a aplicação das normas, sejam princípios ou regras⁶³.

A colisão de direitos fundamentais pode-se manifestar por diversos tipos, conforme analisa Robert Alexy, que doutrinariamente classifica as colisões de direitos fundamentais em sentido estrito em dois grupos: o das colisões de direitos fundamentais idênticos de titulares diversos e o das colisões de direitos fundamentais diferentes, constando do primeiro grupo o mesmo direito fundamental como direito de defesa liberal; o mesmo direito fundamental, de um lado como direito de defesa e, de outro, como direito de proteção; igual direito fundamental, com um lado positivo e outro negativo; e direito fundamental igual com um lado jurídico e outro fático. Como exemplo de colisão de direitos fundamentais diferentes de titulares diferentes, o autor cita o direito de liberdade de um titular (como a autonomia do empregador) em confronto com o direito de igualdade de outro (como o direito de tratamento igual do empregado). Ainda, menciona ele a existência de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, que ocorre entre direitos fundamentais e bens coletivos (segurança interna, meio ambiente etc.)⁶⁴.

Gilmar Mendes explica que as colisões de direitos fundamentais em sentido estrito se referem aos conflitos entre direitos fundamentais, enquanto as colisões em sentido amplo abarcam os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade⁶⁵.

A solução dessas colisões é medida que se impõe, em face do caráter institucional dos direitos fundamentais, ou seja, o homem possui não só o direito fundamental em si, mas também o direito à concretização desse direito pelo Estado⁶⁶.

Conforme retrorreferido, a colisão de direitos fundamentais no caso concreto é conseqüência atual do estágio constitucional dos direitos assegurados ao indivíduo enquanto ser autônomo, cidadão e parte da sociedade, e do caráter não-absoluto desses direitos, pois, como assevera com clareza César Dario Mariano da Silva,

⁶³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, pp. 62/63, 105.

⁶⁴ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 217, pp. 67-80, 1991.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 281.

⁶⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, pp. 67-80, 1991, p. 73. Acerca da institucionalização dos direitos fundamentais, veja-se também ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 217, pp. 55-66, 1991, p. 57-58.

“não há como reconhecer direitos absolutos e intocáveis, o que certamente levaria ao caos, não somente jurídico, mas também social. Todo direito, por mais importante que seja, encontra limites em outros direitos de igual ou superior valia”⁶⁷.

Além disso, consoante ressaltado por Douglas Fischer, deve ser considerada a importância do intérprete, pois “a solução do caso concreto, frente à dinamicidade contudística da ordem maior, não pode se dar de forma automática, como se fosse possível prescindir de uma ação do sujeito que desenvolve este mister”⁶⁸.

Nesse tocante, em sua obra clássica, Carlos Maximiliano afirma que

pratica o hermeneuta uma verdadeira arte, guiada cientificamente, porém jamais substituída pela própria ciência. Esta elabora as regras, traça as diretrizes, condiciona o esforço, metodiza as lucubrações; porém, não dispensa o coeficiente pessoal, valor subjetivo; não reduz a um autômato o investigador esclarecido.

[...]

O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita.⁶⁹

Daí a necessidade de a interpretação dos limites dos direitos fundamentais ser pautada pelo método que garanta maior racionalidade, qual seja o princípio da proporcionalidade, como sustenta Carlos Bernal Pulido⁷⁰; isso porque o princípio da proporcionalidade interpreta os direitos fundamentais levando em conta o sistema constitucional, ou seja, em consideração com outros bens e direitos⁷¹.

Relativamente a essa preferência ao princípio da proporcionalidade, assevera o doutrinador:

Para decirlo con más énfasis, el principio de proporcionalidad es una consecuencia de a *mise en scene* del canon sistemático dentro del ámbito de la interpretación de los derechos fundamentales. De conformidad con este canon, cuando se interpreta y aplica una disposición jurídica, ésta no se debe considerar como una entidad aislada, sino como un elemento más del sistema jurídico. El significado del texto depende del contexto. El sentido de un enunciado no se desprende sólo de lo que signifiquen sus términos en abstracto, sino de sus relaciones con el universo de conceptos

⁶⁷ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 22.

⁶⁸ FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 41.

⁶⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 10-12.

⁷⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 492.

⁷¹ *Ibid.*, p. 481.

que componen el sistema de Derecho. (Para dizer com maior ênfase, o princípio da proporcionalidade é uma consequência do cenário do cânone sistemático dentro do âmbito da interpretação dos direitos fundamentais. Em conformidade com este cânone, quando se interpreta e aplica uma disposição jurídica, esta não deve ser considerada como uma entidade isolada, senão como um elemento a mais do sistema jurídico. O significado do texto depende do contexto. O sentido de um enunciado não se infere somente do que significam seus termos em abstrato, senão de suas relações com o universo de conceitos que compõem o sistema de Direito.).⁷²

Dentre as vantagens na aplicação do princípio da proporcionalidade como critério para delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais indicadas pelo citado autor, destaca-se nesse estudo a necessidade de serem levadas em conta na decisão as razões decorrentes de outros direitos e bens relevantes para o problema trazido no caso concreto, bem como o aspecto temporal dos direitos fundamentais, na medida em que são abertos a mudanças, podendo adaptar-se às transformações sociais, quando surgem motivos que alterem o conteúdo normativo desses direitos⁷³.

Acerca da temporalidade do Direito, sobressai o entendimento de Douglas Fischer que, ao caracterizar a interpretação jurídica tida como a mais adequada, mais razoável, refere necessitar ela

ser contemporânea, motivo pelo qual, como dito, não basta lançar os olhos ao que plasmou de forma impressa o legislador, apegando-se inclusive à sua literalidade. É fundamental saber, no momento de sua aplicação, o que a realidade dos fatos revela e reclama, mormente diante dos valores axiológicos vigentes insertos na ordem maior, a Constituição.⁷⁴

Assim o princípio da proporcionalidade revela-se como o meio mais adequado a tanto, de acordo com Paulo Bonavides, que o considera como aquilo

que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas.⁷⁵

⁷² BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 552. Tradução livre.

⁷³ *Ibid.*, pp. 464 e ss.

⁷⁴ FISCHER, Douglas. *Delinqüência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 25.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 434.

O Brasil, que se constitui num Estado Democrático de Direito, possui dentre seus valores fundamentais a liberdade e a justiça. Tais valores, na concepção de Nicolás González-Cuéllar Serrano, são pilares básicos para a vigência do princípio da proporcionalidade, porquanto a liberdade leva à opção, em caso de dúvida, pela efetividade dos direitos fundamentais e a justiça à noção de equilíbrio⁷⁶.

Ademais, destaca-se que a tradicional vinculação do princípio da proporcionalidade com a proibição do excesso na atuação dos poderes públicos não se mostra suficiente, como adiante melhor se analisará.

⁷⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: Editorial Colex, 1990, p. 54.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 ORIGENS E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1.1 Primeiros contornos da proporcionalidade

A proporcionalidade, enquanto meio para atingir o justo equilíbrio de interesses em conflito⁷⁷, foi inicialmente utilizada no âmbito do Direito Administrativo, com o fim de limitar o poder de polícia, estendendo-se e assumindo a feição de importante princípio do Direito Público, concebido com fulcro na noção de que o Estado somente estaria legitimado a restringir um direito individual por meio de uma sanção na medida da necessidade à preservação do interesse público⁷⁸; após, transcendeu esse âmbito do Direito, tendo aplicação hodiernamente inclusive no Direito Privado⁷⁹.

Conforme trazido a lume por Luciano Feldens, a idéia genérica de tal equilíbrio vem de longa data, sendo que, no tocante ao Direito Penal, já na Idade Antiga e na Idade Média se encontram referências à proporção entre o crime cometido e a sanção imposta ao agente; percepção essa que amparou o desenvolvimento das teorias do Estado, sob o enfoque da atuação estatal dirigida a um fim⁸⁰.

O autor indica como marco normativo da proporcionalidade a Carta Magna de 1215, especificamente seus itens 20 e 21 infratranscritos⁸¹:

(20) For a trivial offence, a free man shall be fined only in proportion to the degree of this offence, and for a serious offence correspondingly, but not so heavily as to deprive him for his livelihood. In the same way, a merchant shall be spared his merchandise, and a husbandman the implements of his husbandry, if they fall upon the mercy of a royal court. None of these fines shall be imposed except by the assessment on oath of reputable men of the neighborhood.

(21) Earls and barons shall be fined only by their equals, and in proportion to the gravity of their offence.

((20) Por uma ofensa trivial, um homem livre deverá ser multado somente em proporção ao grau de sua ofensa, e por uma ofensa séria, de forma

⁷⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 21.

⁷⁸ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 156.

⁷⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Op. cit.*, p. 25.

⁸⁰ FELDENS, Luciano. *Op. cit.*, p. 156.

⁸¹ *Ibid.*, p. 157.

correspondente, mas não tão intensamente ao ponto de privá-lo de seu sustento. Do mesmo modo, um mercador deverá ter poupada sua mercadoria, e um lavrador os implementos de sua lavra, se caírem sob a clemência de uma corte real. Nenhuma dessas multas deverá ser imposta, exceto por avaliação juramentada de membros respeitáveis da comunidade. (21) Condes e barões serão multados somente por seus iguais, e em proporção à gravidade de sua ofensa.).⁸²

Nota-se que a evolução do conceito de proporcionalidade ocorreu com maior intensidade na época da Ilustração⁸³, quando se desenvolveram outros pressupostos do Direito Penal moderno, como a legalidade, a certeza, a igualdade, a calculabilidade e a mensurabilidade das penas⁸⁴. Naquele tempo vigia a concepção segundo a qual o homem era dotado de liberdade cujo desfrute era tido como normal e a intervenção estatal como situação excepcional e, portanto, condicionada à proporcionalidade⁸⁵; no tocante a tal exigência, destacam-se as obras “O Espírito das Leis” (1747) de Montesquieu⁸⁶ e “Dos Delitos e das Penas” (1764) de Beccaria⁸⁷, nas quais é defendida a harmonia entre o delito e a respectiva pena aplicada ao agente.

É em Beccaria que se constata o fundamento filosófico similar à atual noção do princípio da proporcionalidade, especialmente no que diz com o juízo de necessidade⁸⁸, cabendo referir que dessa doutrina decorreu o artigo 8.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), o qual limita à lei o

⁸² Traduzido por Tiago Castilho Baierle.

⁸³ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 157.

⁸⁴ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 55.

⁸⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 44/45.

⁸⁶ Nas palavras de Montesquieu, “É essencial que as penas se harmonizem, porque é essencial que se evite mais um grande crime do que um crime menor, aquilo que agride mais a sociedade do que aquilo que a fere menos”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp. 100-102.

⁸⁷ Ao longo de sua obra, em vários momentos Beccaria sustenta ser indispensável a proporção entre as penas e os delitos, a exemplo do seguinte trecho: “Se uma pena igual é destinada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo forte o suficiente para não cometer um delito maior, se dele resultar uma vantagem maior”. BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 52.

⁸⁸ A proporcionalidade e a necessidade das penas são tidas de suma importância por Beccaria, tanto que são mencionadas na conclusão de sua obra, nos seguintes termos: “[...] para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, **necessária**, a mínima possível nas circunstâncias dadas, **proporcional aos delitos** e ditada pelas leis.” [grifou-se]. *Ibid.*, p. 139.

estabelecimento de penas *estrita e evidentemente* necessárias^{89 90}. Nota-se, pois, ter havido uma preocupação humanitária na seara do Direito Penal já naquela época⁹¹.

O princípio da proporcionalidade desenvolveu-se em especial no direito de polícia da Prússia, mostrando-se decisiva a doutrina de Carl Glottlieb Svarez, que delineou os subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, tendo o subprincípio da idoneidade também adquirido clareza naquele país⁹², onde, desde o final do século XVIII, houve a gradativa alteração do fundamento como princípio de direito natural para ser considerado como limite ao poder de polícia⁹³.

Foi-se estendendo o princípio da proporcionalidade no Direito Público europeu como critério de controle da legalidade da atividade administrativa, precipuamente no tocante aos atos discricionários⁹⁴.

Após a Segunda Guerra Mundial, a proporcionalidade expandiu-se, em decorrência da ampliação dos direitos fundamentais como restrições à atuação arbitrária do Estado, bem como concomitantemente à alteração da eficácia dos princípios consagrados pelas Constituições dos Estados de Direito, em especial aqueles relativos aos direitos e liberdades básicas⁹⁵.

Assim, o princípio da proporcionalidade ultrapassou o âmbito do Direito Administrativo para ter aplicação inclusive no Direito Constitucional, notadamente no controle da constitucionalidade dos atos normativos referentes aos direitos fundamentais, no que foi precursor o Tribunal Constitucional Federal alemão⁹⁶.

2.1.2 O princípio da proporcionalidade no processo penal

Nicolás González-Cuéllar Serrano, autor da primeira monografia espanhola acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade no processo penal, ressalta a

⁸⁹ Assim dispõe o referido dispositivo: “A Lei apenas deve estabelecer penas *estrita e evidentemente* necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso em: 22 abr. 2008.

⁹⁰ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 158.

⁹¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 31.

⁹² BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 46/47.

⁹³ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 33/34.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 35.

⁹⁵ FELDENS, Luciano. *Op. cit.*, p. 158.

construção da doutrina e da jurisprudência alemãs acerca do tema⁹⁷. A primeira referência a tal princípio no processo penal alemão ocorreu no dia 22-8-1875, em Bremen, numa resolução do *deutscher Journalistentag* (Dia do jornalista alemão)⁹⁸, na qual fora solicitado que as sanções estabelecidas aos jornalistas que se negavam a testemunhar fossem proporcionais às previstas aos delitos sob apuração⁹⁹. Posteriormente foram esporádicas as menções à proporcionalidade, e estas se referiam precipuamente às sanções contra testemunhas e à prisão *provisional*¹⁰⁰; somente em 1925, quando o caso da morte na prisão do Dr. Höffle, conhecido político¹⁰¹, gerou grande polêmica, Kohlrausch expôs a conveniência da incorporação ao processo penal do princípio da proporcionalidade, até então próprio do Direito Administrativo¹⁰².

Segundo Kohlrausch, os juízes deveriam ter discricionariedade para apreciar os interesses em conflito, sendo tal discricionariedade balizada pela proporcionalidade, em consonância com os fins da lei e evitando o sacrifício desnecessário de interesses individuais ao se adotar a prisão *provisional*¹⁰³.

A jurisprudência alemã daquela época aplicava o princípio da proporcionalidade em casos de busca e apreensão domiciliar, intervenções corporais e utilização de armas de fogo pela polícia, segundo a idéia de proporção entre a gravidade da interferência e os fins visados¹⁰⁴.

Naquele país a proporcionalidade foi introduzida na *Strafverteidiger* (lei alemã)¹⁰⁵ pela Pequena Reforma de 1964 e atualmente possui a categoria de

⁹⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. cit.*, p. 53.

⁹⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 22

⁹⁸ Tradução livre.

⁹⁹ KLUG. *Pressenschutz im Strafprozeß*. Berlim, Neuwied am Rhein, 1965, pp. 34, 35 e 54, apud GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁰ Medida cautelar no processo penal espanhol que se assemelha ao instituto brasileiro da prisão provisória.

¹⁰¹ DEGENER, W. *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und straprozessuale Zwangsmaßnahmen*. Berlim, 1985, pp. 44/45, apud GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁰² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Op. cit.*, pp. 22/23.

¹⁰³ KOHLRAUSCH, E. *Die Untersuchungshaft*. J. W., 1925, p. 1412, apud GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁴ SCHÜTZ, D. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Untersuchungshaft*, N. J. W., 1973, p. 12, apud GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁵ Tradução livre com base em informações obtidas no site da Wikipedia. Disponível em: <http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=de&u=http://de.wikipedia.org/wiki/Strafverteidiger&as=X&oi=translate&resnum=3&ct=result&prev=/search%3Fq%3DStrafverteidiger%26hl%3Dpt-BR%26rlz%3D1T_4ADBS_pt-BRBR281>. Acesso em: 26 jun. 2008.

princípio constitucional, encontrando-se expresso nos artigos 2.º, 19 e 20 da *Grundgesetz* (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha)^{106 107}.

Na Espanha, desde a promulgação da Constituição de 1978, tanto a doutrina quanto a jurisprudência constitucional admitem a aplicação do princípio da proporcionalidade no processo penal, sob influência da jurisprudência alemã e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹⁰⁸.

A percepção de que as leis processuais penais devem ser limitadas por meio de princípios gerais e valores assegurados pela Constituição somente se desenvolveu após a Segunda Guerra Mundial¹⁰⁹, sendo que a concepção atual de proporcionalidade encontra substrato na própria existência do Estado Democrático de Direito e na essência dos direitos fundamentais, conforme construção jurisprudencial do *Bunverfassungsgericht* – *BVerfG* (Tribunal Constitucional Federal alemão)¹¹⁰.

2.2 FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Conforme referido por Nicolás González-Cuéllar Serrano, a importância prática da garantia constitucional do princípio da proporcionalidade reside na exigência de observância desse princípio, imposta pela Constituição ao garantir direitos fundamentais e liberdades públicas¹¹¹.

Mesmo nos ordenamentos jurídicos nos quais a aplicação do princípio da proporcionalidade não tenha sido expressamente prevista no texto constitucional, seu fundamento pode implicitamente emanar de alguma disposição da Constituição. Tal fundamentação indireta do princípio da proporcionalidade foi reconhecida inclusive pelo Tribunal Constitucional alemão, conforme se verifica da Sentença BVerfGE 19, 342 (348 e ss.), da qual se transcreve o seguinte trecho destacado por Carlos Bernal Pulido:

En la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Él dimana del principio del Estado de Derecho,

¹⁰⁶ Tradução livre.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, pp. 22 e 24.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 22.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 23/24.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 51.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 53.

en lo fundamental de la propia esencia de los derechos fundamentales, que como expresión de las pretensiones generales de libertad de los ciudadanos frente al Estado, que no puedan ser limitadas por el poder público cada vez sino en cuanto sea imprescindible para la protección de los intereses públicos. (Na República Federal da Alemanha o princípio da proporcionalidade possui categoria constitucional. Ele emana do princípio do Estado de Direito, no fundamental da própria essência dos direitos fundamentais, que como expressão das pretensões gerais de liberdade dos cidadãos frente ao Estado, que não podem ser limitadas pelo poder público cada vez, senão enquanto seja imprescindível para a proteção dos interesses públicos.)¹¹².

Igualmente a doutrina tem-se manifestado no sentido de que o princípio da proporcionalidade é inerente ao Estado de Direito¹¹³.

No Brasil, embora não haja norma expressa, a aplicação do princípio da proporcionalidade encontra amparo constitucional implicitamente no artigo 1.º da Constituição Federal, que consagra o Estado Democrático de Direito¹¹⁴. De modo similar, Paulo Bonavides afirma que o princípio da proporcionalidade “flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º¹¹⁵, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição”, na qual se incluem os direitos cuja razão de ser decorre “da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”¹¹⁶.

O Supremo Tribunal Federal aplica o princípio da proporcionalidade com fundamento na garantia do devido processo legal, em sua acepção substancial,

¹¹² BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 600. Tradução livre.

¹¹³ Veja-se, nesse sentido: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 51 et seq.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 386.

¹¹⁴ Dispõe o referido dispositivo: “Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2008.

¹¹⁵ Assim dispõe o dispositivo constitucional: “Os direitos e as garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2008.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 436.

prevista no artigo 5.º, inciso LIV, da Constituição Federal, que dispõe: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹¹⁷.

2.3 NATUREZA NORMATIVA DA PROPORCIONALIDADE

Encontra-se divergência na doutrina acerca da natureza normativa da proporcionalidade – em sua concepção de meio a alcançar o equilíbrio, conforme supra-referido –, alguns considerando-a como princípio, outros como regra, ou ainda como postulado normativo aplicativo.

Robert Alexy, ao abordar a proporcionalidade como instrumento a solucionar a problematização da colisão de direitos fundamentais, denomina-a como princípio, porém trata-a não como um princípio tido como mandato de otimização, pois leva em conta que a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas frente a algo diferente; assim, cataloga esses três subprincípios como regras¹¹⁸.

Carlos Bernal Pulido apresenta uma reestruturação do princípio da proporcionalidade, considerando que este possui a função de concretizar as normas relativas a uma disposição de direito fundamental nos casos em que tais normas estejam em uma “zona de penumbra” acerca da definição de qual seja a disposição relevante¹¹⁹ e, assim como Robert Alexy, não o concebe como princípio no sentido de mandato de otimização¹²⁰, mas o define como um conjunto de três regras a serem cumpridas nos casos difíceis de fundamentação da norma vinculada ao direito fundamental¹²¹.

Para Humberto Ávila, a proporcionalidade é um postulado normativo aplicativo que se aplica quando há uma medida concreta destinada à realização de uma

¹¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2008. Conforme esse entendimento, veja-se: FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 75.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 92.

¹¹⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 539.

¹²⁰ Robert Alexy define os princípios como mandatos de otimização, que permitem graduação em seu cumprimento e “que ordenam que se realize algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas” (que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fácticas). ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 89 *et seq.*

¹²¹ BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. cit.*, p. 597.

finalidade¹²². Cabe esclarecer que o autor define os postulados como “instrumentos normativos metódicos, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo”¹²³.

No presente estudo adota-se a terminologia de princípio, porquanto, ao lado das regras, é norma jurídica que regula as condutas humanas, servindo à fundamentação das decisões judiciais¹²⁴ e à orientação da tarefa do intérprete e aplicador do direito.

2.4 CARACTERIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Nicolás González-Cuéllar Serrano afirma que o princípio da proporcionalidade é tido pela maioria da doutrina e jurisprudência como coincidente com a proibição de excesso, subdividindo-a em três subprincípios, consistentes na idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹²⁵.

Hodiernamente o princípio da proporcionalidade é concebido numa acepção mais ampla, ou seja, além da proibição de excesso, passou-se a reconhecer outra faceta desse princípio, a da proibição de proteção deficiente, o que, contudo, não implica a diferenciação quanto à estrutura geral desse princípio¹²⁶.

Neste estudo serão os elementos estruturais do princípio da proporcionalidade denominados como subprincípios, por fidelidade à coerência, já que considerada a proporcionalidade como princípio.

2.4.1 Subprincípio da idoneidade ou da adequação entre meios e fins

A idoneidade ou adequação da medida restritiva de direito fundamental é aferida concretamente, levando em conta os fins visados, exigível para tanto que essa medida seja facilitadora à obtenção do fim pretendido – desimportando a

¹²² ÁVILA, Humberto. *Teoría dos princípios*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p. 105.

¹²³ *Ibid.*, pp. 62/63.

¹²⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.^a edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 576.

¹²⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 153.

¹²⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. cit.*, p. 808.

existência de outras medidas mais eficazes¹²⁷ –; o exame reside, pois, na adequação da medida e não na sua eficácia absoluta para o alcance da finalidade buscada¹²⁸.

Acerca do caráter empírico, Tereza Aguado Correa afirma que assim é tal subprincípio por se referir à investigação e comprovação da medida, sob o enfoque de critérios próprios do campo empírico¹²⁹.

Conforme ensina Douglas Fischer, faz-se imprescindível à análise desse subprincípio a consideração dos valores constitucionais, porquanto “a proporcionalidade reclama uma *certa* comparação entre os valores atingidos e os valores protegidos, vinculada a uma própria coerência da ordem jurídico-penal em face dos valores plasmados na Constituição”¹³⁰.

Igualmente no sentido de adequação à obtenção de um fim constitucionalmente legítimo é a lição de Carlos Bernal Pulido¹³¹; refere ele que a facilitação do meio para o alcance do fim pode ocorrer com maior ou menor intensidade, dependendo do ponto de vista da análise: quanto à eficácia, o meio pode ser mais ou menos eficaz para obter o fim; quanto à velocidade, o meio pode ser mais ou menos rápido ao alcance do fim; quanto à realização do fim, o meio pode contribuir para que se realizem mais ou menos aspectos relativos à finalidade pretendida; e quanto à probabilidade, o meio pode alcançar o fim com maior ou menor segurança¹³². Assim, dependendo do critério adotado, é definida a medida mais adequada, seja optando pelo meio que detenha maior eficácia, rapidez e segurança, e mais realize o fim, ou então adotando a posição segundo a qual o meio deve ser apto à obtenção do fim de algum modo, com qualquer eficácia, rapidez, plenitude e segurança¹³³.

Ao discorrer sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no controle da constitucionalidade das leis, esse autor defende a idéia de que o subprincípio da idoneidade deve ser concebido no sentido de que a medida legislativa é idônea quando guarda relação positiva com o fim visado, facilitando seu alcance,

¹²⁷ Esse aspecto é objeto de análise do subprincípio da necessidade.

¹²⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, pp. 154 e 156.

¹²⁹ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 67.

¹³⁰ FISCHER, Douglas. *Delinqüência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 199.

¹³¹ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 42.

¹³² *Ibid.*, p. 724.

¹³³ *Ibid.*, p. 725.

independentemente do grau de eficácia, rapidez, plenitude e segurança; em outras palavras, uma medida interventiva de direito fundamental não é idônea quando não contribui de modo algum à obtenção de sua finalidade¹³⁴. Assevera que, uma vez não constatada a falta de idoneidade da medida, tem ela de ser considerada idônea e ser submetida ao exame de necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹³⁵.

Portanto, devem ser consideradas contrárias à Constituição tão-somente as medidas que, desde o início, se revelam inidôneas ao alcance do fim pretendido¹³⁶.

Segundo Teresa Aguado Correa, no âmbito do Direito Penal, a idoneidade exige que o Direito Penal seja apto a tutelar o bem jurídico e que a sanção seja adequada para alcançar a finalidade buscada.

Com enfoque no Direito Processual, Nicolás González-Cuéllar Serrano fala em adequação qualitativa e quantitativa da medida processual restritiva de direitos fundamentais; enquanto aquela consiste na exigência de que a medida seja apta a alcançar o fim visado pelas normas, esta deve ter duração e intensidade em conformidade com a finalidade visada, ambas examinadas concretamente¹³⁷.

2.4.2 Subprincípio da necessidade

O subprincípio da necessidade também é denominado de intervenção mínima, da alternativa menos gravosa ou da subsidiariedade. É considerado comparativo porque leva a excluir medidas que possam ser substituídas por outras que impliquem gravame menor aos direitos e liberdades do indivíduo¹³⁸.

A maioria da doutrina e da jurisprudência alemã entende que a medida menos lesiva deve ter o mesmo grau de idoneidade que a mais gravosa cuja substituição se pretende. Acolhendo tal entendimento, Carlos Bernal Pulido afirma que a medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna dentre as que possuam pelo menos o mesmo grau de idoneidade para alcançar o objetivo

¹³⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 726.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 734.

¹³⁶ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 67.

¹³⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, pp. 160, 161 e 172.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 189.

buscado¹³⁹; embora se referindo a medidas legislativas, o autor elenca perspectivas sob as quais tem de ser verificada a intensidade da referida idoneidade do meio alternativo: da eficácia (o meio alternativo é tanto ou mais eficaz que a medida adotada), da temporalidade (o meio alternativo é tanto ou mais rápido que medida adotada), da realização do fim (o meio alternativo contribui com tanto ou mais aspectos atinentes à realização do fim), e da probabilidade (o meio alternativo ajude com tanto ou mais segurança que a medida alternativa)¹⁴⁰.

Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, Teresa Aguado Correa refere que o meio somente é declarado desnecessário quando se verifica previamente a possibilidade de adoção de outro meio igualmente eficaz, porém menos lesivo que o escolhido, ou quando posteriormente se constata que o meio escolhido, submetido a um juízo de comparação com outros, implicou uma restrição mais grave de direitos fundamentais¹⁴¹.

Diverge Nicolás González-Cuéllar Serrano ao considerar exigível apenas que o meio seja suficientemente apto a satisfazer o fim, embora na maioria dos casos não seja o mais eficaz. Esclarece o autor:

La medida menos gravosa entra precisamente en consideración porque la restricción de derechos que la primera medida comporta es excesiva para la satisfacción de un fin para cuya realización es suficiente adoptar un medio menos lesivo. (A medida menos gravosa entra precisamente em consideração porque a restrição de direitos que a primeira medida comporta é excessiva para a satisfação de um fim para cuja realização é suficiente adotar um meio menos lesivo).¹⁴²

Salienta-se que o subprincípio da necessidade pressupõe a existência de no mínimo um meio alternativo à medida adotada, caso contrário não se faz possível a comparação¹⁴³.

A fase de comparação, superveniente à análise da idoneidade do meio alternativo, destina-se a averiguar a intensidade da intervenção no direito fundamental relativamente à medida adotada e aos meios alternativos; o meio

¹³⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 42 e 740.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 744/745.

¹⁴¹ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 69.

¹⁴² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 197. Tradução livre.

¹⁴³ BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. cit.*, p. 742.

alternativo será mais benéfico se intervir negativamente ou em menor grau do que a medida adotada¹⁴⁴.

A maioria da doutrina entende que tal comparação é realizada com base em critérios empíricos, mas Carlos Bernal Pulido sustenta a utilização também de premissas analíticas e normativas¹⁴⁵.

Segundo o autor, no controle da constitucionalidade das leis não basta o critério empírico, pois nos casos mais difíceis tem-se de verificar o significado e fundamento da norma *prima facie* que a medida legislativa intervém; então, sob os aspectos analítico e normativo, o meio alternativo é o mais benéfico quando a norma que teria afetado possui significado e fundamentabilidade menor relativamente ao direito fundamental, se considerada em relação à norma afetada pela lei cuja constitucionalidade se examina¹⁴⁶. O caráter analítico da comparação revela-se quando o referido grau de fundamentabilidade se baseia na dogmática, por isso concerne à definição material de direito fundamental¹⁴⁷; já o caráter normativo mostra-se quando o significado e a fundamentabilidade da afetação da medida e dos meios alternativos vincula-se à relevância dos bens no caso concreto^{148 149}.

Outro aspecto a ser levado em conta é que o meio alternativo cuja prática seja inviável devido à impossibilidade técnica ou aos exorbitantes custos não deve ser considerado no exame da necessidade¹⁵⁰.

Segundo Gloria Patricia Lopera Mesa, no âmbito penal a necessidade vincula-se ao princípio da intervenção mínima e à noção de fragmentariedade (intervenção como resposta às lesões mais graves ao bem jurídico) e subsidiariedade (quando esgotados demais meios protetivos do bem jurídico) do Direito Penal¹⁵¹.

¹⁴⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 748.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 749.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 750-753.

¹⁴⁷ O autor exemplifica com duas normas penais, uma que veda o aborto durante todo o período da gravidez e outra que limita a vedação somente a partir do quarto mês de gestação; assim, a restrição à liberdade de abortar é aferida analiticamente, conforme o âmbito normativo do direito fundamental, dispensando a observação empírica.

¹⁴⁸ Exemplificativamente, cita o autor duas normas penais estabelecendo sanções diferentes para uma mesma conduta reprovada, quais sejam, prisão e multa; nesse caso, a tradição jurídica da sociedade atribui maior importância à liberdade em face da propriedade.

¹⁴⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. cit.*, pp. 753-755.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 747/748.

¹⁵¹ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 233. Acerca da relação do subprincípio da necessidade com os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal veja-se também AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, pp. 147 e 159.

2.4.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito recebe da doutrina outras denominações, como ponderação e juízo de adequação¹⁵². É neste âmbito que melhor se expressa a proporcionalidade enquanto ponderação dos valores e equilíbrio dos interesses postos em conflito¹⁵³.

A lei da ponderação foi delineada pelo Tribunal Constitucional alemão em várias de suas decisões e, na doutrina, Robert Alexy enunciou-a¹⁵⁴ como: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Quanto maior seja o grau da falta de satisfação ou da afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro)¹⁵⁵.

Importa ressaltar que a ponderação, nesse sentido, repousa sobre a intensidade.

Douglas Fischer, ao identificar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito com a Lei da Ponderação, refere que para tanto deve ser realizada a definição

a) do grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios; b) da importância da satisfação do princípio que joga em sentido contrário; c) e, por fim, se a importância da satisfação do princípio contrário justifica a afetação ou a não-satisfação do outro.¹⁵⁶

Carlos Bernal Pulido expõe que, segundo a proporcionalidade em sentido estrito, deve haver uma relação adequada entre a importância do objetivo pretendido e o significado do direito intervindo; ou seja, as vantagens obtidas com a intervenção nos direitos fundamentais devem compensar o sofrimento havido pelos titulares desses e pela sociedade em geral¹⁵⁷.

¹⁵² BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 764.

¹⁵³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 225.

¹⁵⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. cit.*, p. 787.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 138. Tradução livre.

¹⁵⁶ FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, pp. 205/206.

¹⁵⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. cit.*, p. 42.

A intensidade da intervenção no direito fundamental e da realização do fim pretendido é aferida, segundo o autor, nos níveis analítico-normativo e empírico. Sob o aspecto analítico-normativo, deve-se averiguar a fundamentabilidade ou o significado tanto da intervenção do direito fundamental quanto do fim de que se reveste a medida adotada. Adverte ele que inexistem critério abstrato e durável aplicável a todos os casos concretos para definir a fundamentabilidade e o significado retromencionados, porquanto relevam as circunstâncias de cada caso, a tradição e a moral da sociedade; assevera que é a moral política da sociedade (perceptível pela dogmática dos direitos fundamentais e pelos princípios constitucionais) que determina em certo momento qual o fim mais significativo para a realização das faculdades do indivíduo, este enquanto pessoa liberal, pessoa democrática e pertencente ao Estado social¹⁵⁸.

Apesar disso, o autor considera possíveis alguns critérios para a definição da intensidade da intervenção no direito fundamental e do fim pretendido, dos quais se destacam, relativamente ao aspecto analítico-normativo, os comuns ao direito fundamental e ao fim:

- a) critério relativo à parte do âmbito normativo afetado pela medida: quanto maior a afetação do âmbito normativo do direito fundamental maior será a intensidade da intervenção e maior o peso do direito fundamental na ponderação; por outro lado, se maior for o âmbito normativo do princípio constitucional que fundamenta a intervenção, maior o peso do princípio constitucional;
- b) critério referente à função da fundamentabilidade de uma posição: quanto mais importante a função *prima facie* do direito fundamental para que possa desempenhar sua função, maior a fundamentabilidade da posição e o peso do direito fundamental na ponderação; no entanto, se mais importante for o fim da medida interventiva, maior será o peso do princípio constitucional embasador da intervenção;
- c) critério acerca da fundamentabilidade de uma posição enquanto seu *status* de condição para a realização do direito fundamental ou do princípio constitucional: quanto maior o valor de uma posição jusfundamental relativamente à realização do direito fundamental, maior o

¹⁵⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 768-770.

peso deste na ponderação; já se o maior valor for o do fim relativo à medida interventiva, maior será o peso do princípio constitucional na ponderação;

- d) critério da fundamentabilidade de uma posição enquanto aos efeitos da afetação sobre outras posições jurídicas: quanto maiores efeitos a posição jusfundamental tenha sobre outras posições jusfundamentais, maior o peso do direito fundamental a que se vincula; e quanto maiores efeitos o fim da intervenção tenha sobre outras posições vinculadas a princípios constitucionais, destes será o maior peso na ponderação¹⁵⁹.

Sob o aspecto empírico, o autor sustenta também ser possível estabelecer alguns critérios que permitem ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito chegar a um maior grau de racionalidade. Relativamente ao direito fundamental e ao fim, elenca os critérios referentes à eficácia, à rapidez, à probabilidade, ao alcance e à duração. Assim, a intensidade da intervenção no direito fundamental será maior quanto mais seja eficaz, rápida, detenha maior probabilidade, mais e por maior tempo impeça ou dificulte o exercício da posição jusfundamental *prima facie*, o que implicará atribuir maior peso ao direito fundamental. De outro lado, quanto mais eficaz e rápida seja a medida interventiva, bem como detenha maior probabilidade e quanto mais e por maior tempo contribua com o fim pretendido, maior será a intensidade do princípio constitucional que ampara a intervenção e, pois, maior o peso deste princípio na ponderação.

Enquanto Teresa Aguado Correa relaciona a proporcionalidade em sentido estrito no Direito Penal com a proporcionalidade das sanções criminais¹⁶⁰, Douglas Fischer, reportando-se a Luis Arroyo Zapatero, aduz que

No âmbito criminal, a proporcionalidade em sentido estrito está inter-relacionada diretamente com o caráter fragmentário do Direito Penal, segundo o qual somente se deve sancionar as condutas lesivas que atinjam, de forma grave, bens jurídicos relevantes e protegidos pelo sistema.¹⁶¹

¹⁵⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 771-775.

¹⁶⁰ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, pp. 147/148.

¹⁶¹ FISCHER, Douglas. *Delinqüência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 205.

As medidas restritivas de direitos fundamentais no processo penal visam a permitir que o Estado realize os fins do Direito material, de modo a atender ao interesse estatal na persecução penal, em oposição ao direito de liberdade do indivíduo¹⁶². Nesse tocante importa destacar que a doutrina alemã considera o direito processual não meramente como instrumento do direito material, pois se rege ele pelos princípios da verdade e da justiça¹⁶³. Esse caráter não-subalterno do processo penal deve ser levado em conta ao se ponderar os valores protegidos pelas normas em conflito¹⁶⁴, pois a aplicação do princípio da proporcionalidade no processo penal decorre da Constituição, sob o enfoque da denominada “justiça processual”¹⁶⁵.

Além do interesse na persecução penal, são fundamentos para limitação dos direitos fundamentais no processo penal o interesse estatal na proteção de direitos fundamentais dos cidadãos ou outros direitos assegurados constitucionalmente, bem como no adequado desenvolvimento do processo e no funcionamento das instituições processuais¹⁶⁶.

Acerca dos fins legítimos à restrição de direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional Espanhol manifestou-se na S. T. C. 11/1981, de 8 de abril:

La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también bienes constitucionalmente protegidos. (A Constituição estabelece por si mesma os limites dos direitos fundamentais em algumas ocasiões. Em outras ocasiões o limite do direito deriva da Constituição somente de maneira mediata ou indireta, enquanto há de se justificar pela necessidade de proteger ou preservar não só outros direitos constitucionais, senão também bens constitucionalmente protegidos).¹⁶⁷

A assertiva de Nicolás González-Cuéllar Serrano no sentido de que

la ponderación realizada en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto en el proceso penal parte

¹⁶² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 243; AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, pp. 98/99.

¹⁶³ NEUMANN U. *Materiales und prozedurales Gerechtigkeit im Strafverfahren*. Z. St. W., 1989 apud GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Op. cit.*, p. 243.

¹⁶⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Op. cit.*, p. 244.

¹⁶⁵ NEUMANN U. *Materiales und prozedurales Gerechtigkeit im Strafverfahren*. Z. St. W., 1989 apud GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Op. cit.*, pp. 244/245.

¹⁶⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Op. cit.*, p. 245.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 101. Tradução livre.

necesariamente de la primacía del derecho a la libertad, configurada como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 C.E.) (a ponderação realizada no marco da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito no processo penal parte necessariamente da primazia do direito à liberdade, configurada como valor supremo do ordenamento (art. 1.1 da Constituição Espanhola)¹⁶⁸

é de ser cautelosamente interpretada, na medida em que o próprio autor admite como motivação à restrição de direitos no processo penal o interesse do Estado na tutela de outros bens jurídicos constitucionalmente previstos, como a proteção à infância e à juventude, citados pelo autor¹⁶⁹. Nesse tocante, releva o pensamento de Carlos Bernal Pulido no sentido de que a presunção em favor da liberdade do indivíduo implica a necessidade de justificativa para toda restrição à liberdade¹⁷⁰. Note-se, portanto, que o direito à liberdade, embora possua importante status constitucional, é passível de restrição em face de outro direito fundamental – desde que a restrição seja considerada constitucional –, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Para propiciar a comparação dos direitos fundamentais conflitantes faz-se indispensável aferir qual o grau da importância da persecução penal no caso concreto; para tanto, a doutrina alemã apresenta quatro indicadores do interesse estatal: a consequência jurídica do delito (grau de gravidade da sanção penal esperada), a importância da causa (valoração do interesse da coletividade na persecução penal, em face da posição do suspeito ou da gravidade do fato), o grau de imputação (graduação da intensidade da suspeita) e o sucesso previsível da medida (utilidade da medida para o processo)¹⁷¹.

2.5 A PROPORCIONALIDADE ENQUANTO PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

A evolução do Estado liberal clássico para novas concepções de Estado Constitucional, Democrático e Social de Direito trouxe consigo a necessidade de adequação da hermenêutica constitucional no tocante aos direitos fundamentais. Ao

¹⁶⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 230. Tradução livre.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 247.

¹⁷⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 641.

¹⁷¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Op. cit.*, pp. 252-273.

lado da ainda indispensável proteção contra o arbítrio estatal, passou-se a se verificar a carência de uma atuação positiva do Estado, precipuamente no que se referia às ações que tornam viável a efetividade dos direitos transindividuais.

Assim, uma nova faceta do princípio da proporcionalidade aparece como meio de equilíbrio entre os direitos e liberdades individuais em confronto com direitos e liberdades da coletividade; é o que a doutrina e a jurisprudência alemãs denominam de *Untermassverbot* (proibição da proteção deficiente ou proibição da insuficiência)¹⁷², expressão cunhada por Claus-Wilhelm Canaris para definir a proibição, emanada da Constituição, de que a legislação infraconstitucional e as decisões judiciais concretizem os direitos fundamentais abaixo de um certo mínimo de proteção¹⁷³. Esclarece Carlos Bernal Pulido que esse conceito está relacionado com a aplicação dos direitos fundamentais de proteção, constituindo um critério de averiguação se o ato estatal vulnera um direito fundamental de proteção¹⁷⁴.

Segundo Claus-Wilhelm Canaris, não há confundir dever de proteção com proibição de insuficiência, pois, conforme já se manifestou o Tribunal Constitucional Federal alemão, “a Constituição impõe a proteção como resultado, mas não a sua conformação específica”, ou seja, o primeiro passo está em fundamentar a existência do dever de proteção e somente depois verificar se o direito infraconstitucional satisfaz esse dever de proteção ou apresenta insuficiências¹⁷⁵.

Sob tal enfoque, procura-se determinar se a atuação do Estado é eficiente ou não, isto é, se viola o dever de proteção a que está obrigado a conferir aos direitos fundamentais¹⁷⁶.

A estrutura básica do princípio da proporcionalidade em sua versão de proibição da proteção deficiente não difere da relativa à proibição do excesso, havendo algumas variações específicas, as quais foram sistematizadas por Carlos Bernal Pulido, destacando-se que o objeto se relaciona a uma omissão estatal ou proteção deficitária do direito fundamental cuja realização é buscada no maior grau possível e para o que a intervenção negativa se mostra inidônea¹⁷⁷.

¹⁷² Tradução livre.

¹⁷³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 59/60.

¹⁷⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 807.

¹⁷⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, pp. 122/123.

¹⁷⁶ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 260.

¹⁷⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. cit.*, pp. 808/809.

No tocante ao subprincípio da idoneidade na proibição de proteção deficiente, o autor refere que a abstenção ou deficiência estatal intervém no direito fundamental quando não colabora à realização de um fim constitucionalmente legítimo. Quanto ao subprincípio de necessidade, sua vulneração ocorre quando existe outra abstenção ou medida alternativa que favoreça a realização do fim pretendido na mesma intensidade e mais alcance a efetividade do direito fundamental de proteção¹⁷⁸. E o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito considera que a abstenção ou deficiência estatal não protege o direito fundamental de maneira “ótima” quando seu fim favorece em grau inferior do que o grau de não-realização do direito fundamental de proteção¹⁷⁹; explica o autor: “este subprincípio prohíbe que una no-protección intensa se justifique por una no-intervención media o leve, o que una no-protección media se justifique por una no-intervención leve” (este subprincípio proíbe que uma não-proteção intensa se justifique por uma não-intervenção média ou leve, ou que uma não-proteção média se justifique por uma não-intervenção leve)¹⁸⁰.

Pela precisão técnica, transcreve-se a regra apresentada pelo autor para aplicação nos casos de colisão entre um direito fundamental de defesa e um direito fundamental de proteção:

Quando se presenta una colisión entre un derecho fundamental de defensa y un derecho fundamental de protección, debe aplicarse simultáneamente el principio de proporcionalidad en su función de prohibición del exceso y de prohibición de protección deficiente. En este caso, la falta de realización máxima del derecho de protección es admisible en la medida en que lo exija la realización del derecho de defensa y, correlativamente, la intervención en el derecho de defensa sólo es admisible en la medida en que lo exija la realización del derecho de protección. (Quando se apresenta uma colisão entre um direito fundamental de defesa e um direito fundamental de proteção, deve-se aplicar simultaneamente o princípio de proporcionalidade em sua função de proibição de excesso e de proibição deficiente. Neste caso, a falta de realização máxima do direito de proteção é admissível na medida em que o exija a realização do direito de defesa e, correlativamente, a intervenção no direito de defesa somente é admissível na medida em que o exija a realização do direito de proteção.).¹⁸¹

¹⁷⁸ Atente-se que, conforme referido à p. 40, Nicolás González-Cuéllar Serrano entende ser prescindível a maior eficácia da medida, quando se apresenta ela como o meio menos lesivo ao direito fundamental.

¹⁷⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.^a edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 809/810.

¹⁸⁰ *Id.* *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 2005, p. 141. Tradução livre.

¹⁸¹ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.^a edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 810/811. Tradução livre.

Ao analisar a estrutura dos preceitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Nicolás González-Cuéllar Serrano refere que tem ela permitido ao Tribunal Europeu utilizar o princípio da proporcionalidade como meio de defesa dos direitos fundamentais, na medida em que muitos dos artigos de tal convênio primeiramente reconhecem um direito e logo após possibilitam a limitação deste pelo Estado, desde que presentes determinados requisitos, a exemplo do disposto no parágrafo 2.º do artigo 8.º:

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya **una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.** (Não poderá haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito, senão que esta ingerência esteja prevista pela lei e constitua uma medida que, em uma sociedade democrática seja necessária para a segurança nacional, a segurança pública, o bem estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção do delito, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades dos demais.) **[grifou-se]**.¹⁸²

Percebe-se, aí, disposição normativa que permite a aplicação do princípio da proporcionalidade em sua faceta de proibição de proteção deficiente.

No Brasil, a vedação à proteção deficiente vem sendo tratada com profundidade pela doutrina especializada, como se percebe do artigo de Gilmar Mendes intitulado “Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional”, no qual os direitos fundamentais foram versados também sob a perspectiva do dever de proteção do Estado, com base na doutrina e na jurisprudência alemãs. Pelo caráter inovador da abordagem da matéria no país, transcreve-se o seguinte trecho:

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).
[...]

¹⁸² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 57. Tradução livre.

Assim, ainda que se não reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*).

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção:

(a) Dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;

(b) Dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;

(c) Dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. **[grifou-se]**.¹⁸³

Merecem destaque os autores Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck, que apresentaram importante contribuição à doutrina nacional acerca do tema.

Ingo Wolfgang Sarlet, em artigo sobre o princípio da proporcionalidade, analisa alguns exemplos da jurisprudência brasileira na área penal para demonstrar incongruências na aplicação desse princípio, tanto como proibição de excesso quanto como proibição de insuficiência. Nas palavras do autor, tal princípio “não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais – na sua dupla dimensão”, pois ambas se relacionam com as noções de necessidade e equilíbrio. Especificamente quanto à proibição de insuficiência, inclusive no campo jurídico-penal, menciona que o Estado pode frustrar seu dever de proteção (obrigação de proteger efetivamente o exercício dos direitos

¹⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, n.º 10, pp. 1-11, janeiro 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 abr. 2008. Texto publicado originalmente na Revista Jurídica Virtual/PR, n.º 14, julho 2000.

fundamentais) quando atua insuficientemente, “ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos”, ou ao deixar de atuar¹⁸⁴.

Direcionado à seara penal, Lenio Luiz Streck aborda o princípio da proporcionalidade em sua dupla dimensão, a qual, segundo ele, decorre da “necessária vinculação dos atos estatais à materialidade da Constituição”. Afirma que o “direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso”, mas deve ainda ser considerado a partir de um garantismo positivo, levando em conta “o papel assumido pelo Estado e pelo Direito no Estado Democrático de Direito” relativamente ao dever de proteção dos direitos fundamentais, de modo que, quando o legislador¹⁸⁵ não realiza tal proteção, é de ser aplicada a cláusula de proibição de proteção deficiente. Esclarece o autor:

[...] a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso no qual se estará em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de ‘proibição de proteção deficiente’ (*Untermassverbot*).¹⁸⁶

Também com enfoque no Direito Penal, distinguem-se as obras “A Constituição Penal: a Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais” de Luciano Feldens e “Delinqüência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito: uma Teoria à Luz da Constituição” de Douglas Fischer, nas quais os autores tratam da proibição de proteção insuficiente ao defenderem a inconstitucionalidade de determinadas normas despenalizantes, levando em conta a necessidade de se interpretar o Direito Penal com base nos valores que regem o Estado Democrático e Social, comprometido com a proteção de direitos transindividuais¹⁸⁷.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. *Revista de estudos criminais*, Porto Alegre, v. 3, n.º 12, pp. 86-120, 2003.

¹⁸⁵ Pode-se estender tal raciocínio também no que concerne ao Poder Judiciário e demais aplicadores do direito.

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n.º 2, pp. 243-284, 2004.

¹⁸⁷ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005; FISCHER, Douglas. *Delinqüência*

Nesse sentido, Luciano Feldens aborda os mandados de criminalização inseridos na Constituição Federal como obrigatórios, porquanto limitam a liberdade de configuração do legislador penal, e cuja não-observância constitui afronta à vedação de proteção deficiente do Estado a determinados bens jurídicos caracterizados pela primazia na ordem constitucional.

Douglas Fischer, ao escrever sobre a delinqüência econômica, também claramente expõe sua defesa à aplicação do princípio da proporcionalidade na sua faceta de proibição da proteção deficiente, precipuamente no que toca à análise de normas despenalizantes relativas a crimes econômicos¹⁸⁸.

Especificamente relacionado ao processo penal brasileiro, o artigo “A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o Ideário Liberal-individualista-clássico” de Lenio Luiz Streck mostra-se pertinente, na medida em que o autor contesta os juristas que operam com a única perspectiva do garantismo negativo – ao utilizarem o Direito Processual Penal tão-somente para proteger o indivíduo contra os excessos do Estado – e propugna a atuação mais efetiva do Direito Penal [e Processual] na proteção de bens jurídicos transindividuais. No seu ponto de vista, a Constituição determina a proteção de direitos fundamentais mediante a proteção do indivíduo em face do Estado e ainda por meio do Estado, “uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos”, o que justifica a segurança encontrar-se dentre os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal (artigo 5.º, *caput*¹⁸⁹)¹⁹⁰.

econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

¹⁸⁸ A exemplo das hipóteses previstas nos artigos 34 da Lei n.º 9.249/1995 (prevê a extinção da punibilidade mediante a promoção do pagamento antes do recebimento da denúncia) e 9.º, *caput*, §§ 1.º e 2.º da Lei n.º 10.684/2003 (estabelece, com relação aos crimes previstos nos artigos 1.º e 2.º da Lei n.º 8.137/1990, 168-A e 337-A do Código Penal, a suspensão processual durante o período em que o débito estiver inserido em programa de parcelamento e a extinção da punibilidade mediante o pagamento do débito tributário ou previdenciário) e artigo 15 da Lei n.º 9.964/2000 (determina a suspensão da pretensão punitiva dos crimes previstos nos artigos 1.º e 2.º da Lei n.º 8.137/1990 e no artigo 95 da lei n.º 8.212/1991 durante a inclusão no programa de parcelamento, e a extinção da punibilidade se realizado o pagamento integral dos débitos).

¹⁸⁹ Dispõe o referido dispositivo constitucional: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2008.

¹⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Ministério*

Thiago André Pierobom de Ávila também trata do princípio da proporcionalidade sob sua dupla dimensão no Direito Penal e Processual Penal, afirmando que os direitos fundamentais têm de ser analisados considerando a existência de uma tensão dialética entre tais direitos (do acusado, da vítima e da sociedade), pois

A proteção da liberdade individual é um interesse coletivo, na medida em que a proteção dessa esfera particular é um pressuposto da possibilidade de participação do indivíduo na coletividade, bem como a promoção dos valores comunitários é de interesse dos indivíduos que compõem a coletividade.¹⁹¹

Defende ele a existência do (novo) princípio da proteção penal eficiente, decorrente do dever de proteção penal na Constituição brasileira cuja realização deve ocorrer por meio de normas de organização e procedimento eficientes e guiadas pela proporcionalidade¹⁹². Assim, a dupla dimensão da proporcionalidade no processo penal manifesta-se na dupla instrumentalidade deste: “garantias individuais e funcionalidade eficiente”, expressão do devido processo penal proporcional,

representando o imperativo de ponderação entre a necessidade de estabelecer garantias processuais de legitimidade do sistema com uma ponderação razoável da expectativa social de eficiência do processo penal (funcionalidade) e a respectiva realização da função social da pena segundo a direção de uma política criminal guiada pela proteção personalista da dignidade humana.¹⁹³

Verifica-se, então, que a doutrina brasileira evolui no sentido de analisar criticamente a aplicação do princípio da proporcionalidade em sua faceta de proibição de insuficiência, inclusive no âmbito penal e processual penal.

Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina/id385.htm>>. Acesso em: 4 jun. 2008.

¹⁹¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 60.

¹⁹² *Ibid.*, p. 61.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 67.

3 DA UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Estado constitucional da atualidade permite a coexistência de valores cuja ordem plural leva ao conflito, mediante a interpretação de determinadas normas como um dever *prima facie*; interpretação essa que decorre da concepção da Constituição como limite ao poder e também como marco da liberdade de configuração do legislador democrático¹⁹⁴.

Em face da necessidade de uma hermenêutica constitucional que solucione a tensão entre direitos, não se pode deixar de levar em conta o contexto do modelo de Estado em que tais direitos são assegurados. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho,

o Estado concebe-se hoje como *Estado Constitucional democrático*, porque ele é conformado por uma *lei fundamental* escrita (=constituição juridicamente constitutiva das ‘estruturas básicas da justiça’) e pressupõe um *modelo de legitimação* tendencialmente reconduzível à *legitimação democrática* [...] ¹⁹⁵.

O Brasil hodiernamente se encontra dentre os Estados de Direito caracterizados pelo constitucionalismo e pelo caráter democrático e social. Destaca-se aqui seu viés social, na medida em que assegura diversos direitos de índole coletiva (como a saúde, a segurança, o meio ambiente), em consonância com o sustentado por Teresa Aguado Correa ao falar na obrigação de o Estado Social proteger bens jurídicos coletivos, porquanto são fundamentais para a vida em comum¹⁹⁶, e por Maria Fernanda Palma, no sentido de que “a função de protecção activa da sociedade configura um Estado não meramente liberal, no sentido clássico, mas promotor de bens, direitos e valores”¹⁹⁷.

Apesar de o artigo 1.º da Constituição Federal não se referir expressamente à característica de social, conforme bem asseverado por Ingo Wolfgang Sarlet, “não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar

¹⁹⁴ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 132.

¹⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 45.

¹⁹⁶ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, pp. 199/200.

¹⁹⁷ PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 106/107.

guardada em nossa Constituição¹⁹⁸, percebendo-se a vinculação do Estado aos direitos sociais inclusive em face da garantia constitucional conferida ao mandado de injunção e à ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹⁹⁹.

Além disso, o Estado Social é valor previsto no próprio preâmbulo da Constituição Federal, na medida em que este prevê como fins especiais da atuação estatal, dentre outros, o bem-estar social, a segurança e a justiça, tidos como “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”²⁰⁰.

A evolução dos modelos de Estado fez surgir a concepção de Estado de Direito material contemporâneo, assim denominado por Jorge de Figueiredo Dias, que o define como

todo o Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, econômicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um. Não se trata, pois, tanto aqui de tomar qualquer posição na moderna controvérsia acerca da subsistência do Estado-providência ou do regresso a um Estado-liberal, quanto de caracterizar o Estado, fundamentalmente e na sua acepção social mais lata, como um *Estado de Justiça*.²⁰¹

Paulo Bonavides refere-se ao “novo Estado de Direito”, destacando a plenitude da constitucionalidade material, a qual possui o princípio da proporcionalidade como o instrumento preponderante na garantia dos direitos fundamentais contra excessos eventualmente praticados no campo aberto deixado pela Constituição à atuação do legislador [e aplicadores do direito]²⁰².

¹⁹⁸ SARLET Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 65.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, n.º 10, pp. 1-11, janeiro 2002, p. 6. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

²⁰⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2008.

²⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 33/34.

²⁰² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 425.

É nesse contexto de Estado voltado à concretização de direitos fundamentais, tanto individuais quanto coletivos, sob o paradigma da idéia de justiça, que se coloca a análise da possibilidade da utilização da prova ilícita no processo penal brasileiro. Como referido por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, sob o ponto de vista da política legislativa, o tema se encontra “na encruzilhada entre a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito a direitos fundamentais que podem ver-se afetados por esta investigação”²⁰³.

Importa considerar o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual as normas constitucionais são interpretadas sem contradição entre si, bem como o fato de a Constituição Federal não estabelecer hierarquia formal ente as normas de direitos fundamentais²⁰⁴; contudo, no caso concreto faz-se imprescindível a concretização dos limites de tais direitos, servindo para tanto a aplicação do princípio da proporcionalidade cuja análise de seus subprincípios é hábil a indicar concretamente a preponderância de um dos direitos sopesados.

A doutrina e a jurisprudência entendem pela admissibilidade de utilização no processo penal da prova ilícita quando em benefício do réu, isto é, ainda que obtida mediante a violação de direitos fundamentais deste ou de terceiros²⁰⁵. Também pacificamente são consideradas como lícitas as provas produzidas pela vítima, mesmo quando infringidos direitos do agente criminoso. A título de exemplo, traz-se a seguinte ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF.

I. - **A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.** II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação ‘the fruits of the poisonous tree’ não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que

²⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 132.

²⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 425.

²⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, pp. 136/137.

não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido. [grifou-se].²⁰⁶

Dos precedentes jurisprudenciais pátrios constata-se que a prova é considerada lícita, mesmo havendo a transgressão de direitos fundamentais do suspeito/criminoso, como o de ser informado da produção de prova a ser utilizada contra si. Diversas são as razões apresentadas como justificativa à referida admissibilidade, a exemplo do reconhecimento de estado de necessidade e legítima defesa na violação de direito para provar a inocência, e a consideração de que a inadmissibilidade da prova ilícita é garantia individual expressa e por isso não pode ser utilizada contra seu “originário natural”²⁰⁷, mas a seu favor sim. Segundo Antonio Scarance Fernandes, “Não se conseguiria justificar a condenação, até mesmo a pena elevada, de uma pessoa quando há nos autos prova de sua inocência, ainda que tenha sido obtida por meios ilícitos”²⁰⁸.

Evidencia-se que, em verdade, o que há é a ponderação de direitos em conflito que, em face da similitude no caso concreto da circunstância de que quem produz a prova é a vítima ou o suspeito, considerou-se plausível afirmar tratar-se de prova admissível pelo ordenamento jurídico. Nota-se com nitidez a aplicação do princípio da proporcionalidade, embora nem sempre expressamente referido nos julgados.

No que toca à acusação, apesar de constituir-se em sujeito processual detentor do direito de produzir provas no processo penal, o entendimento é contrário. Exemplificativamente traz-se à colação ementas de julgados do Supremo Tribunal Federal que expressam essa posição:

Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa - compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio - e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 503.617-PR. Agravante: Ronaldo Echstein de Andrade; Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 1.º de fevereiro de 2005. Diário de Justiça de 4 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

²⁰⁷ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3.ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 373.

²⁰⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 95.

diligência. 1. Conforme o art. 5º, XI, da Constituição - afora as exceções nele taxativamente previstas ('em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro') só a 'determinação judicial' autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém - autoridade ou não - no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador. [...] 2. Objeção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que a garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte - salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável - a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.²⁰⁹

HABEAS-CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. NULIDADE. Interceptação telefônica. Prova ilícita. Autorização judicial deferida anteriormente à Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Nulidade da ação penal, por fundar-se exclusivamente em conversas obtidas mediante quebra dos sigilos telefônicos dos pacientes. Ordem deferida.²¹⁰

I. *Habeas corpus*: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do *habeas corpus* para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de 'conversa informal' do indiciado com policiais. 3. Ilícitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita 'conversa informal', modalidade de 'interrogatório' sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas Corpus* n.º 79.512-RJ. Pacientes: Avelino Fernandes Rivera, Pedro Gonzales Mendes, José Ramiro Gandara Fernandez, Estrella Josefa Rodrigues Sanchez, Álvaro Pereira da Costa, Gerardo Morgade Senra, Faustino Puertas Vidal e Juan Carlos Rodrigues Rodriguez; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 16 de dezembro de 1999. Diário de Justiça de 16 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 jul. 2008.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas Corpus* n.º 81.154-SP. Pacientes: Joivaldo Troyse Borges da Silva, Etivaldo Freire da Silva, Sidney Oliveira Lima e Murilo Alves Silva; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 2 de outubro de 2001. Diário de Justiça de 19 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em 'conversa informal' gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.²¹¹

PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO 'CASA', PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE 'CASA' PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas Corpus* n.º 80.949-RJ. Paciente: Francisco Agathos Trivelas; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30 de outubro de 2001. Diário de Justiça de 14 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA – RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE 'CASA' - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ('invito domino'), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do 'due process of law', que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do 'male captum, bene retentum'. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ('FRUITS OF THE POISONOUS TREE'): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do 'due process of law' e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos 'frutos da árvore envenenada') repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada,

originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ('AN INDEPENDENT SOURCE') E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS 'SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)', v.g.²¹²

PROVA. Criminal. Documentos. Papéis confidenciais pertencentes a empresa. Cópias obtidas, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado. Juntada em autos de inquérito policial. Providência deferida em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público. Inadmissibilidade. Prova ilícita. Ofensa ao art. 5º, LVI, da CF, e aos arts. 152, § único, 153 e 154 do CP. Desentranhamento determinado. HC concedido para esse fim. Não se admite, sob nenhum pretexto ou fundamento, a juntada, em autos de inquérito policial ou de ação penal, de cópias ou originais de documentos confidenciais de empresa, obtidos, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado, ainda que autorizada aquela por sentença em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público.²¹³

Da análise dos julgados infere-se que os argumentos relativos à utilização da prova ilícita somente em favor da defesa se amparam num garantismo negativo, ou seja, na concepção unicamente liberal das garantias individuais. Thiago André Pierobom de Ávila critica o que denomina de visão unilateral de garantismo apenas individualista, por considerá-la incompatível com a efetiva e integral proteção dos

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 90.376-RJ. Recorrente: Sérgio Augusto Coimbra Vial; Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 3 de abril de 2007. Diário de Justiça Eletrônico p. em 18 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas Corpus* n.º 82.862-SP. Pacientes: Walter Luiz Monteiro Cardoso, Marcos Luiz Barreto Montandon Júnior e Douglas Munro; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2008. Diário de Justiça Eletrônico p. em 13 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

direitos fundamentais, “nem com a dignidade humana sob a perspectiva personalista, tampouco com a idéia que rege a Constituição brasileira”²¹⁴.

Como bem referido por Ingo Wolfgang Sarlet, a eficácia dos direitos fundamentais tem de ser valorada também sob a perspectiva da sociedade como um todo, pois se tratam de valores e fins que esta deve concretizar; assim, com fulcro no interesse da comunidade²¹⁵, justifica-se a legitimação das restrições aos direitos subjetivos individuais, bem como a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais²¹⁶. Ressalta-se o seguinte raciocínio do autor:

Tudo somado, salta aos olhos que entre o extremo do abolicionismo desenfreado (que, aliás, não integra a pauta genuinamente garantista) ou mesmo um minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas tal qual exige o Estado Democrático de Direito comprometido com os direitos fundamentais de todas as dimensões, e um sistema de intervenção máxima na esfera penal, há que relembrar constantemente que também o Estado Democrático de Direito (e, portanto, o sistema jurídico estatal) haverá de atuar nos limites do necessário à consecução dos seus fins primordiais, dentre os quais assume destaque a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana de todos os integrantes da comunidade.²¹⁷

Desse modo, não se pode ignorar a evolução histórica da concepção de Estado e a função do Direito no atual Estado Democrático e Social de Direito, qual seja a de transformação social, conforme bem apontado por Lenio Luiz Streck, o qual ainda refere que o Direito Penal, além de proteger a liberdade individual, com o Estado Social passa a também a preservar o interesse social mesmo que para isso tenha de restringir a liberdade do indivíduo²¹⁸.

Salienta-se, nesse aspecto, o exposto por Maria Fernanda Palma no sentido de que a própria sanção penal se constitui numa restrição de direitos, liberdades e garantias do agente, enquanto pessoa detentora do direito à proteção de sua dignidade, sendo que o Direito Penal encontra justificação na necessidade de

²¹⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 61.

²¹⁵ Importa destacar que o autor ressalva, contudo, que não se trata de uma subordinação *a priori* aos interesses da coletividade.

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. *Revista de estudos criminais*, Porto Alegre, v. 3, n.º 12, pp. 86-120, 2003, pp. 100/101.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 120.

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina/id385.htm>>. Acesso em: 4 jun. 2008.

proteção de valores essenciais da sociedade e dos ínsitos ao poder do Estado²¹⁹. De igual forma, no Direito Processual Penal é plausível sejam levados em conta também os direitos titularizados pela sociedade, mormente considerando a finalidade de tornar eficaz o Direito Penal, seja com a aplicação de sanção ou não.

Na opinião de Thiago André Pierobom de Ávila, a compatibilização da dupla proteção do processo – a do indivíduo e a da coletividade –, tem de implicar um garantismo integral, “que maximize a proteção do indivíduo diretamente afetado pelo processo contra uma irracionalidade punitiva, mas também maximize a realização prática dos direitos da coletividade mediante a proteção penal”²²⁰.

E assim, lembrando Beccaria, que justifica a publicidade dos julgamentos e das provas do delito na viabilidade de o povo afirmar “não somos escravos e somos protegidos”²²¹, constata-se que ainda hodiernamente os cidadãos necessitam ter reafirmado o sentimento de proteção, proteção essa porém que não se exaure na garantia de direitos individuais, ou seja, requer uma abrangência que supere os limites do indivíduo como pessoa e o considere como parte integrante da sociedade. Tal idéia vem ao encontro do que Lenio Luiz Streck refere como “sentimento de reconhecimento dos indivíduos como pertencentes a uma comunidade de Direito” e de sua afirmativa de que “há casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção através do direito penal para a proteção do direito fundamental”²²².

Entretanto, conforme preocupação externada por César Dario Mariano da Silva, no processo penal brasileiro, alguns juristas esquecem-se de que, além do réu, a sociedade também precisa de proteção e os valores constitucionais devem ser sopesados no caso concreto, porque não-absolutos²²³. Talvez não se trate de esquecimento, mas de dificuldade. Bem afirma Antonio Scarance Fernandes não ser fácil encontrar o equilíbrio entre a necessidade de o Estado dotar-se de poderes

²¹⁹ PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 47.

²²⁰ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 61.

²²¹ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 66.

²²² STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n.º 2, pp. 243-284, 2004, p. 257 e 259.

²²³ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.

para enfrentamento da criminalidade e a de o indivíduo ter garantida sua tranqüilidade, intimidade e imagem; percucientemente o autor sustenta que:

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado sem seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.²²⁴

Levando em conta a indispensável proteção tanto dos bens individuais quanto dos coletivos, Marcellus Polastri Lima manifesta-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade também em favor da sociedade:

Se, de um lado, devem ser preservados direitos e garantias individuais, outras garantias e princípios constitucionais também devem ser protegidos, daí pensarmos que, sem dúvida, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, não só *pro reo*, mas excepcionalmente, como ocorre em outros países, mormente quando concorrerem garantias e princípios constitucionais, poderá ser utilizado *pro societate*.²²⁵

O caráter excepcional da aplicação do princípio da proporcionalidade em favor da sociedade afasta o temor relativo à generalização do uso desse princípio. As situações de extrema excepcionalidade são identificadas quando a não-admissibilidade da prova ilicitamente obtida implica notória injustiça plenamente auferível por meio da consciente e bem fundamentada análise dos subprincípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, precipuamente quando sob sopesamento se encontra direito fundamental cujo titular não possua condições de autotutelá-lo, a exemplo da vítima criança, pois em situações que tais o dever de proteção do Estado mormente é indispensável.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, não é o que se verificou no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 251.445-GO, no qual foi reconhecida a nulidade processual de ação penal devido à produção da prova em violação aos direitos fundamentais de caráter substancial do réu; tratava-se de prova obtida por particular em consultório odontológico, consistente em fotografias entregues à polícia e que

²²⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 90.

²²⁵ LIMA, Marcellus Polastri. *A prova penal*. 2.ª edição rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 68.

embasaram a ação penal por abusos sexuais praticados contra menores²²⁶. A decisão foi ementada nos seguintes termos:

PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar-se como elemento indidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA. DOUTRINA. - Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas. - Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI). A imprescindibilidade da exibição de mandado judicial revelar-se-á providência inafastável, sempre que houver necessidade, durante o período diurno, de proceder-se, no interior do consultório odontológico, a qualquer tipo de perícia ou à apreensão de quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público, sob pena de absoluta ineficácia jurídica da diligência probatória que vier a ser executada em tal local.²²⁷

²²⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3.^a ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 374.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Recurso Extraordinário n.º 251.445-GO. Recorrente: Ministério Público Estadual; Recorridos: WALDEMAR LOPES DE ARAÚJO, SEVERINO LIMA e CARLOS ALBERTO DE MELO. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 21 de junho de

Assevera o supracitado autor que, no caso, o Supremo Tribunal Federal perdeu a oportunidade de aplicar o princípio da proporcionalidade:

a violação, covarde, de direitos fundamentais (à segurança, à proteção da incapacidade, à intimidade e outros tantos) de vários menores não mereceu a aplicação do princípio da proporcionalidade, preferindo-se manter a proteção do domicílio do acusado, já que, como se sabe, é essa (inviolabilidade do domicílio) uma garantia individual expressa (art. 5º, XI).²²⁸

Nota-se claramente nesse caso concreto o conflito entre o direito fundamental de proibição da utilização de prova ilícita no processo penal (porquanto produzida com violação aos direitos fundamentais do réu) e, de outro lado, o direito fundamental de garantia à criança, à segurança etc.²²⁹ Na opinião de Eugênio Pacelli de Oliveira, a inadmissibilidade da prova ilícita não atendeu à sua finalidade mais relevante, além da função ética, que é “servir como fator inibitório e intimidatório de práticas ilegais por parte dos órgãos responsáveis pela produção da prova”, ou seja, não houve o risco de estimular a atividade policial abusiva²³⁰.

Todavia, no *Habeas Corpus* n.º 70.814-5, o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido como lícita prova obtida com afronta à privacidade de apenado recolhido em estabelecimento penitenciário, mediante a violação de correspondência (vedada pelo inciso XII do artigo 5.º da Constituição Federal²³¹), na qual constava

2000. Diário de Justiça de 3 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=149&dataPublicacaoDj=03/08/2000&numProcesso=251445&siglaClasse=RE&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=106&codMateria=3>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

²²⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3.ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 374.

²²⁹ Conforme os artigos 227 e 5.º da Constituição Federal, respectivamente: “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à **criança** e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade [...]” [**grifou-se**]. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2008.

²³⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Op. cit.*, p. 375.

²³¹ Que dispõe: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2008.

informação referente a seqüestro de Juiz de Direito. Entendeu-se pela preponderância da segurança do presídio e da vida do magistrado, em detrimento do sigilo da correspondência. A ementa do julgado restou assim redigida:

HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE CÓPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de *habeas corpus*.²³²

Paradigmático é o precedente relativo ao Recurso Extraordinário n.º 418.376-MS, no qual, embora o Supremo Tribunal Federal tenha solucionado o caso por questão diversa²³³, há o voto do Ministro Gilmar Mendes que aplicou o princípio da proporcionalidade enquanto proibição de proteção deficiente na seara criminal, do qual se destaca o seguinte excerto:

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. *Habeas Corpus* n.º 70.814-5. Paciente: Ulisses Azevedo Soares; Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 1.º de março de 1994. DJ de 24 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 8 jul. 2008.

²³³ O caso refere-se a crime de estupro praticado contra menor de nove anos de idade, com a superveniência de união estável da vítima com o agressor; a questão central debatida no recurso extraordinário relaciona-se à possibilidade de a união estável ser equiparada ao casamento para fins de reconhecimento da causa de extinção da punibilidade prevista no inciso VII do artigo 107 do Código Penal (atualmente revogado). O Tribunal, por maioria, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, entendendo que apenas o casamento regularmente celebrado tem o condão de extinguir a punibilidade, de modo que o convívio da menor com seu agressor não pode ser caracterizado como união estável, pois a Constituição Federal não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso.

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck:

'Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.' (Streck, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p.180)

No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet:

'A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.' (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.)

E continua o Professor Ingo Sarlet:

'A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).' (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 132.).²³⁴

Importante ressalva cabe fazer no sentido de que a aplicação do princípio da proporcionalidade na seara das provas penais ilícitas não implica simplesmente

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Recurso Extraordinário n.º 418.376-MS. Recorrente: José Adélio Franco de Moraes; Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2006. Diário de Justiça de 23 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 8 jul. 2008.

passar a admitir quaisquer provas ilícitas no processo penal, substituindo a vedação de sua utilização por apenas sanções civis ou administrativas, como decidiu a Corte Suprema americana no caso *Hudson v. Michigan*²³⁵, do qual, conforme refere Carlos Gómez-Jara Díez, se infere que a nova concepção acerca da regra de exclusão da prova ilícita decorre da tendência de aquela Corte não dificultar a atividade policial na obtenção de provas de organizações terroristas²³⁶.

Tampouco a aplicação desse princípio quer significar o desenvolvimento de atividade marcada pela livre discricionariedade; embora o hermeneuta não se dispa totalmente da subjetividade, ínsita a qualquer atividade interpretativa, a sistematização do princípio da proporcionalidade assegura certo grau de racionalidade que permite sua aplicação. Por isso, a análise dos subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito tem de ser devidamente fundamentada, porquanto é justamente tal fundamentação que permite o controle da legitimidade da decisão.

Quando se fala na necessidade de argumentação, tem-se de mencionar a afirmativa de Maria Fernanda Palma no sentido de que “nenhuma explicação dos valores do Estado de direito democrático pode ser um dogma, tem de passar pela constante exigência de fundamentação”²³⁷; com maior razão, portanto, é exigida a demonstração dos argumentos utilizados no caso concreto, quando tais valores se encontram refletidos em normas de direitos fundamentais em conflito.

A argumentação no exercício da ponderação – esta tida como um dos aspectos do princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito) – foi tratada por Robert Alexy inclusive quando da análise das principais objeções à ponderação, identificadas por ele como: a rejeição de que a ponderação seja um procedimento racional, e a consideração de que o modelo de ponderação conduz as decisões judiciais para fora de conceitos como certo ou errado, correto ou incorreto, e justificação, mas para dentro da abrangência dos conceitos de adequado ou inadequado, e discricionariedade. A primeira objeção refere-se à vinculação da ponderação com uma retórica passível de subjetivismo ilimitado, enquanto a segunda reconhece que a ponderação é hábil a produzir um resultado, mas não a

²³⁵ *Caso Hudson v. Michigan*, 126 S. Ct. 2159, 15 jun. 2006.

²³⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: el caso *Hudson v. Michigan* y el ocaso de la exclusionary rule en EE. UU. *Revista de estudos criminais*. São Paulo, n.º 27, ano VII, pp. 43-65, out./dez. 2007, p. 65.

²³⁷ PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 59.

justificá-lo, sendo externa, portanto, do campo dos conceitos de verdade, correção, conhecimento, justificação e objetividade. Em resposta às referidas objeções, Robert Alexy demonstra que juízos racionais sobre a intensidade de interferência dos princípios sopesados e do grau de importância deles é possível; para tanto, atribui uma escala, com os estágios de leve, moderado e sério. Assevera o autor que a Fórmula da Ponderação “é uma estrutura racional para se estabelecer a correção de juízo ou (valoração) jurídico em um discurso”, ou seja, é uma forma de argumento. Assim, o autor diz que “a ponderação é tão racional quanto o discurso. Se o discurso prático não fosse racional, não existiria a própria razão prática”²³⁸.

Outro aspecto levantado pelos críticos à aplicação do princípio da proporcionalidade diz com a consideração de que somente a ponderação realizada pelo legislador é legítima; contrariamente a tal entendimento, Suzana de Toledo Barros afirma:

Do que se cuida não é a quem está afeta a ponderação, pois desde que haja situações concretas envolvendo conflito entre direitos fundamentais, a solução há de ser dada, quer pelo legislador, quer pelo juiz, ou, ainda, pelo administrador, conforme o caso.

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável.²³⁹

A esse respeito e especificamente com foco na faceta de proibição da proteção deficiente, manifesta-se Claus-Wilhelm Canaris no sentido de que a proibição de insuficiência não se aplica somente no controle explícito de constitucionalidade de omissões legislativas, mas igualmente no campo jurisdicional, pois “É certo que a realização dos imperativos de tutela de direitos fundamentais, mediante a interpretação e o desenvolvimento integrador do direito, constitui também uma das tarefas legítimas dos órgãos jurisdicionais.”²⁴⁰.

Essa tarefa, tendente à busca do tão almejado equilíbrio, requer do aplicador do Direito o exercício da prudência – atributo inerente a todo competente hermeneuta – na ponderação dos bens em conflito; a indispensabilidade da

²³⁸ ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. Traduzido por Thomas da Rosa de Bustamante. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pp. 295-304.

²³⁹ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 169.

²⁴⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 66 e 124.

prudência é sustentada por Douglas Fischer, inclusive em se tratando de questões político-criminais:

[...] as decisões em matéria político-criminal não podem prescindir da consideração da importância dos objetivos que são perseguidos e da aptidão que possuem para atingi-los. Há uma obrigação de se ponderar com critério prudencial a importância dos bens sociais e também pessoais postos em jogo na dialética estabelecida na persecução penal em face da prática de condutas criminosas.²⁴¹

Nas palavras sempre atuais de José Carlos Barbosa Moreira: “Só a atenta ponderação comparativa dos interesses jogo, no caso concreto, afigura-se capaz de permitir que se chegue à solução conforme a Justiça. É exatamente isso a que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade.”²⁴².

²⁴¹ FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 198.

²⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, Porto Alegre, n.º 68, ano XXIII, pp. 13-27, 1996, p. 19.

CONCLUSÃO

O ideário de uma Constituição plenamente harmônica, refletido num texto constitucional sistematicamente estruturado, não consegue mascarar a verdade irrefutável de que são tutelados direitos passíveis de conflito no caso concreto.

A inadmissibilidade da prova ilícita no processo, por se tratar de direito fundamental, não escapa à característica de potencialidade conflituosa com demais direitos e bens jurídicos igualmente assegurados pela Constituição brasileira.

De nada adianta a proteção à vida, à segurança, à honra etc. se não for propiciada concomitantemente a efetividade de tal garantia no âmbito processual, permitindo que sejam utilizadas provas de atos considerados ilícitos pelo ordenamento jurídico, condutas essas que, pela tamanha gravidade, a sociedade optou por imputar-lhes uma sanção penal. A impunidade em tais casos colide com a noção de Estado Democrático e Social de Direito, comprometido com a proteção de bens jurídicos, inclusive coletivos.

Em face da precariedade da concepção unicamente de garantismo negativo dos direitos fundamentais, porque incoerente com o atual perfil de Estado, verifica-se a necessidade de sopesar também os direitos fundamentais titularizados pela coletividade, o que se faz possível mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade em sua faceta de proibição de proteção deficiente, um garantismo positivo.

Assim, o princípio da proporcionalidade, em sua dupla faceta de proibição de excesso e de proibição de proteção deficiente – tido como expressão desse novo Estado Democrático e Social de Direito –, apresenta-se como o método mais racional à solução dos conflitos concretos, mediante a análise de seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Dos argumentos apresentados principalmente pela doutrina especializada, pode-se afirmar que não se evidenciam motivos capazes de impedir a utilização de provas ilícitas no processo penal brasileiro quando, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, constata-se a preponderância de outro direito fundamental ou bem jurídico colidente com a vedação à admissibilidade daquelas. Tal utilização deve pautar-se pela excepcionalidade, identificável principalmente quando o titular não possui condições de autotutela, a exemplo da vítima criança,

pois em situações que tais o dever de proteção do Estado mormente é indispensável.

Urge destacar que o aplicador do Direito tem o dever de concretização dos direitos na maior medida possível e, em observância à harmonia do sistema jurídico, tal dever revela-se inclusive na definição de restrições a determinado direito fundamental, como o que veda a admissibilidade da prova ilícita no processo penal. Assim, sua decisão e a própria aplicação do princípio da proporcionalidade é legitimada por meio da argumentação jurídica na análise dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Além disso, a busca do tão almejado equilíbrio requer o exercício da prudência na ponderação dos direitos e bens em conflito.

Em face da complexidade do tema, percebe-se ser indispensável a continuidade do estudo da matéria para aprofundar seus basilares teóricos, a fim de possibilitar a construção de uma dogmática jurídica que, focada na maior concretização dos direitos fundamentais, forneça subsídios firmes ao aplicador do Direito para a utilização da prova ilícita no processo penal brasileiro inclusive em favor da coletividade.

REFERÊNCIAS

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. Traduzido por Thomas da Rosa de Bustamante. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 217, pp. 55-66, 1991.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 217, pp. 67-80, 1991.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 4.^a ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3.^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história – a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do Direito brasileiro. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n.º 19, pp. 51-80, 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 2005.

_____. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.^a ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2008.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11 jun. 2008.

BRASIL. Lei ordinária. *Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 7 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. *Habeas Corpus* n.º 70.814-5. Paciente: Ulisses Azevedo Soares; Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 1.º de março de 1994. Diário de Justiça de 24 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 8 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas Corpus* n.º 73.461-SP. Paciente: Diosgenia Estigarribia de Carvalho; Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Octavio Gallotti, Brasília, DF, 11 de junho de 1996. Diário de Justiça de 13 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas Corpus* n.º 79.512-RJ. Pacientes: Avelino Fernandes Rivera, Pedro Gonzales Mendes, José Ramiro Gandara Fernandez, Estrella Josefa Rodrigues Sanchez, Álvaro Pereira da Costa, Gerardo Morgade Senra, Faustino Puertas Vidal e Juan Carlos Rodrigues Rodriguez; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 16 de dezembro de 1999. Diário de Justiça de 16 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Recurso Extraordinário n.º 251.445-GO. Recorrente: Ministério Público Estadual; Recorridos: WALDEMAR LOPES DE ARAÚJO, SEVERINO LIMA e CARLOS ALBERTO DE MELO. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 21 de junho de 2000. Diário de Justiça de 3 de agosto de 2000. Disponível em: <

<http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=149&dataPublicacaoDj=03/08/2000&numProcesso=251445&siglaClasse=RE&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=106&codMateria=3>. Acesso em: 10 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas Corpus* n.º 81.154-SP. Pacientes: Joivaldo Troyse Borges da Silva, Etivaldo Freire da Silva, Sidney Oliveira Lima e Murilo Alves Silva; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 2 de outubro de 2001. Diário de Justiça de 19 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas Corpus* n.º 80.949-RJ. Paciente: Francisco Agathos Trivelas; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30 de outubro de 2001. Diário de Justiça de 14 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 503.617-PR. Agravante: Ronaldo Echstein de Andrade; Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 1.º de fevereiro de 2005. Diário de Justiça de 4 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Recurso Extraordinário n.º 418.376-MS. Recorrente: José Adélio Franco de Moraes; Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2006. Diário de Justiça de 23 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 8 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 90.376-RJ. Recorrente: Sérgio Augusto Coimbra Vial; Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 3 de abril de 2007. Diário de Justiça Eletrônico de 18 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas Corpus* n.º 83.582-RJ. Pacientes: Jacqueline Gomes Ribeiro Pastura e Jorge Luiz Ribeiro Pastura; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 10 de abril de 2007. Diário Eletrônico p. em 11 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas Corpus* n.º 82.862-SP. Pacientes: Walter Luiz Monteiro Cardoso, Marcos Luiz Barreto Montandon Júnior e Douglas Munro; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2008. Diário de Justiça Eletrônico p. em 13 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 1992.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs/declaracoes/declar_dir_homem_cid_adao.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo, Atlas, 2007.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2.^a ed. rev. e ampl. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FISCHER, Douglas. *Delinqüência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: el caso Hudson v. Michigan y el ocaso de la exclusionary rule en EE. UU. *Revista de estudos criminais*. São Paulo, n.º 27, ano VII, pp. 43-65, out./dez. 2007.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Marcellus Polastri. *A prova penal*. 2.^a ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, n.º 10, pp. 1-11, janeiro 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 8.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, Porto Alegre, n.º 68, ano XXIII, pp. 13-27, 1996.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3.^a ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

PRADO, Leandro Cadenas. *Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação nos tribunais superiores*. Niterói: Impetrus, 2006.

PROVA. In: DICIONÁRIO eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Editora Objetiva Ltda., setembro 2004. 1 CD-ROM.

PROVA. In: VOCABULÁRIO jurídico De Plácido e Silva. vol. III. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 4.^a ed. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n.º 12, pp. 86-120, 2003.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n.º 2, pp. 243-284, 2004.

_____. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina/id385.htm>>. Acesso em: 4 jun. 2008.