



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS - DIREITO**

CAROLINE MENDES PATRÍCIO CHAGAS

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA TEORIA DA
PROPORCIONALIDADE: os limites à
inadmissibilidade da prova ilícita**

CAMPINA GRANDE – PB
2010

CAROLINE MENDES PATRÍCIO CHAGAS

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA TEORIA DA
PROPORCIONALIDADE: os limites à
inadmissibilidade da prova ilícita**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. M.Sc. Luciano de Almeida Maracajá

CAMPINA GRANDE – PB
2010

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

C433f Chagas, Caroline Mendes Patrício.
Fundamentos constitucionais da teoria da
proporcionalidade [manuscrito]: os limites à
inadmissibilidade da prova ilícita / Caroline Mendes
Patrício Chagas. – 2010.
65 f.
Digitado.
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito)
– Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências
Jurídicas, 2010.
“Orientação: Prof. Me, Luciano de Almeida Maracajá
Departamento de Direito”.

1. Direito 2. Teoria da proporcionalidade I. Título.

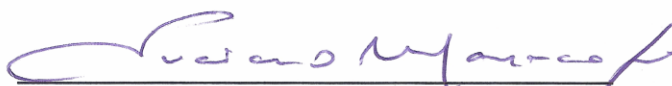
21. ed. CDD 340

CAROLINE MENDES PATRÍCIO CHAGAS

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA TEORIA DA
PROPORCIONALIDADE: os limites à inadmissibilidade da
prova ilícita**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do título de bacharel em Direito.

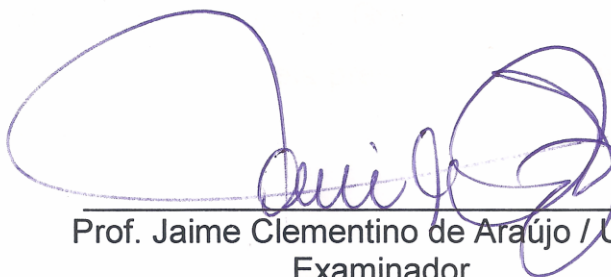
Aprovada em 07/12/2010.



Prof. M.Sc. Luciano de Almeida Maracajá / UEPB
Orientador



Prof^a. M.Sc. Christiane Maria de Souza Brito Maracajá / UEPB
Examinadora



Prof. Jaime Clementino de Araújo / UEPB
Examinador

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por tudo.

Aos familiares, todos. De forma única, às minhas avós, pelos referenciais de vida.

Às minhas grandes amigas -- de forma especial, a Thaise, Renata, Wanessa, Kalina, Jaciara, Kátia, Ivone e Larissa, pessoas queridas, por tantos momentos de lealdade e de camaradagem.

A Daniel, pelo companheirismo, pela dedicação e pelos tons que proporciona em meu cotidiano, incentivando progressos, compartilhando expectativas, idéias e risos.

Aos colegas que integraram o Programa Interdisciplinar de Apoio à Terceira Idade – PIATI, professores e estudantes, por partilharem do entendimento de que o crescimento conjunto possibilita uma doce vivência.

Algumas oportunidades não retornam, mas certamente exercem uma influência singular sobre a nossa caminhada. Assim...

Agradeço à Prof.^a Dra. Benedita Edina da Silva Lima Cabral pelos ensinamentos que até hoje viabilizam a realização de trabalhos como este e, sobretudo, por oportunizar um amplo aprendizado aos seus orientandos, os quais vivenciam, na prática, uma teoria tão rica.

Agradeço ao Prof. Dr. Luciano de Almeida Maracajá, pela atenção, disponibilidade e, sobretudo, confiança, fornecidas no decorrer desta pesquisa.

Aos servidores e a todos os colegas do Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Município de Campina Grande, bem como da 4^a Vara de Família do Fórum Affonso Campos, pelo auxílio durante as atividades desempenhadas nos estágios.

Aos professores que integram ou integraram o corpo docente do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba e do curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, contribuindo com a difusão do conhecimento. Aos funcionários, pela presteza na realização das suas atividades ao longo dos cinco anos de curso.

A todos, a minha gratidão.

Caroline

"(...) a evolução abraça o conjunto dos aspectos humanos, e a revolução também deve abraçá-lo, ainda que nem sempre haja um paralelismo evidente nos acontecimentos parciais dos quais se compõe o conjunto da vida das sociedades. Todos os progressos são solidários, e desejamos a todos na medida de nossos conhecimentos e de nossa força: progressos sociais e políticos, morais e materiais, científicos, artísticos ou industriais. Evolucionistas em todas as coisas, somos igualmente revolucionários em tudo, sabedores de que a própria história outra coisa não é senão a série das realizações, sucedendo à das preparações. A grande evolução intelectual, que emancipa os espíritos, tem por consequência lógica a emancipação, na realidade, dos indivíduos em todas as suas relações com os outros indivíduos." (Élisée Reclus)

RESUMO

A inadmissibilidade das provas ilícitas encontra-se expressamente prevista pelo art.5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, cujo teor suscita discussões doutrinárias diversas no que tange à coordenação do princípio da proporcionalidade sobre o sistema de direitos e garantias fundamentais. Sob este prisma, o objetivo geral deste trabalho monográfico consiste, precipuamente, em compreender os mecanismos que legitimam a adoção da teoria da proporcionalidade, analisando-se acerca da possibilidade de sua adequação como método para solucionar os conflitos decorrentes da colisão entre princípios. Assegurado às partes o direito à instrução no processo, como consectário do princípio do contraditório e meio para atingir a verdade processual, a temática pertinente à produção probatória suscita uma análise multifacetada, porquanto muitas vezes permita uma minimização das demais garantias constitucionais, como é o caso das interceptações telefônicas, objeto da Lei nº. 9.296/96. Parte-se da premissa de que os princípios não são revestidos sob uma forma absoluta, sendo permissível a sua flexibilização quando colidente com um segundo, de forma que, inadmitidas no processo as provas produzidas sob a égide da ilicitude, serão analisadas de forma pragmática as exceções a este princípio, com base na valoração dos demais direitos individuais. A metodologia utilizada neste trabalho será efetivada com base no método dedutivo de abordagem, tendo como bases legais a Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Penal e a Lei n.º 9.296/96. Como substrato bibliográfico, será efetivada a leitura de artigos científicos e dissertações correlatas dos principais autores que tratam acerca da temática abordada, assim como a análise documental, concretizada sobre o teor das decisões jurisprudenciais recentemente apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, e que permitirão chegar aos objetivos propostos. Ante os argumentos levantados no decorrer do trabalho, é possível concluir que o Processo Penal deve primar pela sua instrumentalidade, oferecendo uma proteção eficiente dos direitos do indivíduo, sem que seja desvirtuado o conteúdo dos outros princípios constitucionais que informam todo o sistema. À luz dos posicionamentos jurisprudenciais, é possível a ponderação de cada um destes princípios no caso concreto, de sorte que provas emprestadas ou mesmo produzidas em desacordo com a legislação infraconstitucional são passíveis de alcance pela teoria da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Proporcionalidade. Garantias fundamentais. Provas ilícitas.

R É S U M É

L'inadmissibilité des preuves illégales, est expressément prévue à l'article 5^e, paragraphe LVI, de la Constitution Fédérale de 1988, qui soulève plusieurs controverses doctrinales en ce qui concerne la coordination du principe de la proportionnalité dans le système de droits et de garanties fondamentales. Dans cette perspective, le but de ce travail est, avant tout, de comprendre les mécanismes qui justifient l'adoption de la théorie de la proportionnalité, en analysant la possibilité de l'adéquation de cette théorie comme une méthode pour résoudre les conflits résultant de la collision de principes. En assurant aux parties le droit à l'instruction dans le dossier, en tant que résultat du principe du contradictoire et moyen d'atteindre la vérité du dossier, le thème qui concerne la production probatoire soulève une analyse multidimensionnelle, car elle permet souvent une réduction des autres garanties constitutionnelles, telles que des écoutes téléphoniques, objet de la loi. 9.296/96. On part du postulat que les principes ne sont pas couverts d'une façon absolue, et sa flexibilité permet, en cas de collision avec un second, de sorte que, non admises dans le dossier, les preuves produites sous les auspices des activités illégales seront analysées de façon pragmatique aux exceptions à ce principe, basées sur la valorisation d'autres droits individuels. La méthodologie utilisée sera effectuée à partir de la méthode déductive de l'analyse, appuyée dans la Constitution Fédérale de 1988, le Code Pénal et le Procès Pénale et la loi n ° 9.296/96. Comme substrat bibliographique, la lecture d'articles scientifiques et de thèses connexes, les grands auteurs qui traitent du thème, ainsi que l'analyse de documents, réalisée sur le contenu des décisions de jurisprudentielles récemment examinées par la Cour suprême et la Cour supérieure de justice, permettront d'atteindre les objectifs proposés. Face aux arguments avancés dans cet ouvrage, nous concluons que la procédure pénale devrait s'efforcer de son instrumentalité, offrant une forte protection des droits individuels, sans qu'il soit dénaturé le contenu des autres principes constitutionnels qui informent le système entier. À la lumière des positions jurisprudentielles est possible la pondération de chacun de ces principes dans ce cas, de sorte que les preuves empruntées ou même produites en contradiction avec la législation infra-constitutionnelle sont susceptibles d'atteindre la théorie de la proportionnalité.

Mots-clés: Proportionnalité. Garanties Fondamentales. Preuves Illégales.

ABSTRACT

The admissibility of illegal evidence is expressly provided for art.5, subsection LVI, the 1988 Federal Constitution, which reads raises various doctrinal disputes regarding the coordination of the principle of proportionality on the system of fundamental rights and guarantees. From that perspective, the purpose of this monograph is, primarily, to understand the mechanisms that warrant the adoption of the theory of proportionality, analyzing about the possibility of its suitability as a method to resolve conflicts arising from the collision of principles. Provided the parties the right to education in the process, as consecutory the adversarial principle and means of attaining the truth procedure, subject matter relevant to the production evidence raises a multifaceted analysis, since it often allows a minimization of other constitutional guarantees, such as of telephone interceptions, the object of Law. 9.296/96. It starts with the premise that the principles are not covered under an absolute, and its allowable flexibility when colliding with a second, so that the process unadmitted evidence produced under the auspices of illegal activities will be analyzed pragmatically the Exceptions to this principle, based on the valuation of other individual rights. The methodology used in this work will be done based on the deductive method of analysis, as the legal bases to the 1988 Federal Constitution, the Criminal Procedure Code and Law No. 9.296/96. As substrate bibliographic will perform the reading of scientific papers and dissertations related major authors who deal on the theme, as well as document analysis, reflected on the content of court decisions recently reviewed by the Supreme Court and the Superior Court of Justice, and that will achieve the proposed objectives. Faced with the arguments raised in this work, we conclude that the Criminal Procedure should strive for its instrumentality, offering strong protection of individual rights without it being distorted the content of other constitutional principles that inform the whole system. In light of the jurisprudential positions is possible with consideration of each of these principles in this case, so that evidence produced borrowed or even at odds with the infra-constitutional legislation are likely to reach the theory of proportionality.

KEY-WORDS: Proportionality. Guarantees. Illegal evidence.

LISTA DE SIGLAS

ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ag.	Agravo
AgR.	Agravo Regimental
AgIn-AgR	Agravo de instrumento em agravo regimental
AI	Agravo de Instrumento
AGU	Advocacia-Geral da União
BACEN	Banco Central
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPB	Código Penal Brasileiro
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DJU	Diário de Justiça da União
HC	<i>habeas corpus</i>
IBAMA	Instituto Brasileiro de Recursos Naturais Renováveis
INFOSEG	Rede de Integração Nacional de Informações de Segurança Pública
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LC	Lei Complementar
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
p.	Página
Pet.	Petição
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
QO	Questão de ordem
SERPRO	Serviço Federal de Processamento de Dados
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
v.	Volume

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: a prova ilícita na Constituição Federal de 1988 e o princípio da proporcionalidade.....	14
1.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	14
1.2	TEORIA DA PROPORCIONALIDADE	15
1.3	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E FUNDAMENTOS DA PROPORCIONALIDADE.....	18
1.3.1.	Princípio da dignidade da pessoa humana	19
1.3.2.	Princípio da legalidade	20
1.3.3.	Princípio do devido processo legal	21
1.4.	PROTEÇÃO PENAL NO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	22
1.4.1.	Direito a ações positivas e negativas: a dimensão subjetiva do dever de proteção	24
1.4.2.	Obrigações positivas: a dimensão objetiva do dever de proteção	24
2	O ALCANCE DA VERDADE PROCESSUAL	31
2.1.	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	31
2.2.	O DILEMA DA BUSCA DA VERDADE PROCESSUAL E AS LIMITAÇÕES À ATIVIDADE INSTRUTÓRIA	31
2.3.	PROVAS	35
2.3.1.	Princípio do contraditório	36
2.3.2.	A legitimidade do poder investigatório e a produção das provas como imperativo do poder de polícia	38
2.3.3.	Provas ilícitas: conceitos e classificação doutrinária	41
3	INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS: o comprometimento da busca da verdade processual e o direito à proteção penal	47
3.1.	ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS, PRINCÍPIO DO FAVOR REI E INTERESSE PÚBLICO	47
3.2.	ANÁLISE DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO CASO CONCRETO	51
3.2.1.	Crimes cometidos por funcionários públicos	51
3.2.2.	Casos fortuitos	53
3.3.	A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº. 9.296/96	55
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

INTRODUÇÃO

A inadmissibilidade das provas ilícitas encontra-se expressamente prevista pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme estatuído pelo art.5º, inciso LVI, cujo teor suscita discussões doutrinárias diversas. O cerne dos argumentos repousa sobre a rigidez do citado dispositivo, no que se refere à irrestrita preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana sobre os demais princípios.

Assegurado às partes o direito à instrução no processo, como consectário do princípio do contraditório e meio para atingir a verdade processual, a temática pertinente à produção probatória suscita uma análise multifacetada, porquanto muitas vezes permita uma minimização das demais garantias constitucionais, como é o caso das interceptações telefônicas, objeto da Lei nº. 9.296/96, na medida em que devem ser assegurados outros direitos.

Se de um lado o Direito Penal, apresentando-se sob uma nova forma face às transformações advindas da sociedade globalizada, mormente em relação à complexidade crescente das organizações criminosas, deve ser analisado sob a égide do garantismo durante o curso da atividade de persecução criminal, lado outro, é certo que a instrumentalidade do processo também atende a uma lógica de funcionalidade, sendo plausível que, em determinadas situações, a eficiência do mesmo seja estendida, objetivando o amparo estatal no combate à criminalidade.

A temática acerca da adequação e pertinência da proporcionalidade e a análise da Lei nº. 9.296/96 na ordem constitucional mostra-se deveras atualizada -- sobretudo quando o planejamento e o exaurimento dos delitos necessariamente passam pela comunicação entre os sujeitos ativos. Doutro modo, a quebra do sigilo deve atender ao prefixado pela legislação, sob pena de se configurar a violação à privacidade e à intimidade, previstas pelo art. 5.º, X e XII da CRFB/88.

Sob esta perspectiva, parte-se da premissa de que os princípios não são revestidos sob uma forma absoluta. Assim, é permitida a flexibilização de princípios previstos pela CRFB/88. Inadmitidas no processo as provas produzidas sob a égide

da ilicitude, serão analisadas ao longo do trabalho, de forma pragmática, as exceções a este princípio, com base na valoração dos demais direitos individuais.

O objetivo geral deste trabalho monográfico consiste, precipuamente, em compreender os mecanismos que legitimam a adoção da teoria da proporcionalidade, analisando-se a possibilidade de uma coordenação entre o sistema de direitos e garantias fundamentais e aquela teoria. Para tanto, será tomado como referência o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a respeito da temática da inadmissibilidade das provas ilícitas.

No intento de investigar acerca das possibilidades firmadas pela jurisprudência, buscando equacionar a questão proposta, serão objetivos da pesquisa: a) analisar os fundamentos que legitimam o dever de tutela do Estado, a partir do tratamento conferido pela Constituição Federal de 1998; b) discutir o sistema de direitos e garantias fundamentais, analisando-se as prerrogativas do Estado no exercício do poder investigatório e a inadmissibilidade das provas ilícitas; c) discorrer acerca da compatibilidade da violação de determinados bens juridicamente tutelados, com esteio na teoria desenvolvida por Robert Alexy; d) efetivar uma coordenação entre a proporcionalidade e as decisões jurisprudenciais a respeito do reconhecimento das provas conduzidas durante as investigações preliminar e processual.

A linha de pesquisa adotada está inserida nas áreas de concentração do Direito Constitucional e do Direito Processual Penal.

Para a consecução de tais objetivos, utilizar-se-á o método dedutivo, tendo como bases legais a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código de Processo Penal, o Código Penal Brasileiro e a Lei n.º 9.296/96. Como substrato bibliográfico, serão utilizados artigos científicos e dissertações dos principais autores que tratam acerca da temática abordada. A análise documental será concretizada de acordo com o teor das decisões jurisprudenciais recentemente apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, será efetivada uma contextualização histórica da evolução do sistema de direitos e garantias fundamentais, que culminaram no atual modelo, cujos desdobramentos estão posicionados entre os direitos fundamentais de

proteção penal e a funcionalidade processual. Posteriormente, serão apresentados os aspectos essenciais que circundam a teoria da proporcionalidade, mencionando os princípios informadores do nosso ordenamento jurídico, que o fundamentam e tornam legítima a aplicabilidade daquele princípio, então implícito na Constituição Federal de 1988.

Progressivamente, um segundo momento introduzirá a temática pertinente à (i)licitude das provas. De forma correlata, explicitar-se-ão as teses que possibilitam o direito à instrução no processo, adentrando na legitimidade do poder do Ministério Público na atividade persecutória e discorrendo acerca das atribuições do Poder Público na interceptação dos direitos individuais sem que reste caracterizada a sua violação.

No decorrer do último capítulo, um estudo analítico-descritivo sobre as principais questões atinentes à matéria, possibilitará chegar às justificativas que evidenciam a constitucionalidade da Lei n.º 9.296/96, onde serão apreciados os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal relativos à admissibilidade de elementos probatórios. Oportunamente, serão apresentadas algumas hipóteses de abuso das garantias constitucionais pelo indivíduo e como a teoria da proporcionalidade permite a ponderação de tais interesses em prevalência de outros, a exemplo da segurança, do interesse público ou da legalidade.

Como desfecho da corrente pesquisa, à vista dos objetivos propostos, será demonstrado como as garantias processuais são passíveis de uma ponderação de interesses, com suporte na idéia de proporcionalidade, à luz dos casos julgados por aquela Corte.

CAPÍTULO 1

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: a prova ilícita na Constituição Federal de 1988 e o princípio da proporcionalidade

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A inadmissibilidade das provas ilícitas, consoante previsibilidade do art. 5º, LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, é um princípio moldado pelo discurso de proteção à dignidade humana. Reverbera uma garantia contra a intervenção negativa de terceiros na elaboração de elementos probatórios eivados de vício, devendo ser desentranhados do processo por comprometerem a busca da verdade processual e o atingimento de uma decisão equânime, a qual, por sua vez, não pode estar alicerçada sobre razões infundadas.

Em que pese a imprescindível observância do princípio da dignidade da pessoa humana em todas as fases do processo, a consciência coletiva não vislumbra a importância de prevalecer o rigorismo formal da lei em detrimento da possibilidade, em potencial, de ser elucidado um ilícito. O senso comum partilha da compreensão de que deve ser atribuída a autoria e a materialidade ao acusado a partir de elementos probatórios incorporados ao processo, ainda que, em sua gênese, tenham sido ilicitamente produzidos. Sob este prisma, a inaceitabilidade da prova produzida consiste numa ofensa à ética social, na medida em que afastaria, em tese, o interesse da coletividade na penalização do agente da conduta ilícita.

A adoção de tal posicionamento, desta forma, está amparada pelo direito à proteção, dentro da relação entre o Estado e o povo, na medida em que o primeiro, legislador, assume o dever de produzir normas cujo conteúdo possibilite a concretização dos direitos do segundo. Assim ocorre porque o processo penal, sendo um conjunto de normas procedimentais, possui dentre as suas finalidades precípuas a função de conferir tal proteção penal (proteção material).

Não se pode olvidar que ao processo penal é conferida a característica de direito fundamental, direito este a normas de organização e procedimentais, em obediência a uma lógica garantista e funcional. Estando em confronto dois bens juridicamente tutelados, há uma duplicidade de interesses, consubstanciada na eficácia do *jus perseguendi* e na concretização do ideal de justiça.

O presente capítulo destina-se à apresentação dos princípios que assumem posições conflitantes em relação à previsibilidade contida no **art. 5º, LVI, da CRFB/88**, analisando-se a possibilidade de harmonizá-los, à luz da teoria da proporcionalidade. Para tanto, com a finalidade de apreciar os princípios colidentes em matéria de inadmissibilidade das provas ilícitas, serão inicialmente analisados alguns conceitos desenvolvidos por Robert Alexy (2002). Será estudado o modo como estão estruturados os direitos e garantias fundamentais do indivíduo na ordem constitucional de 1988, dentro da perspectiva da teoria da proporcionalidade.

1.2. TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

A Constituição Federal de 1988, ante o seu caráter dogmático, apresenta uma multiplicidade de valores, sistematizando os dogmas ou idéias fundamentais da teoria política e do Direito dominantes no momento de sua elaboração. Sendo democrática, a Carta Constitucional de 1988, porquanto originada a partir de um órgão constituinte composto por representantes do povo, lhe é inerente a existência de múltiplos valores reunidos, muitas vezes antagônicos.

Cumprindo observar que existe uma restrição aos direitos fundamentais, que é imposta pelo princípio da proporcionalidade, o qual está implícito na Constituição Federal de 1988. A teoria da proporcionalidade consiste num método de solucionar os conflitos advindos da aplicabilidade de dois princípios estabelecidos pela CRFB/88, os quais, no caso concreto, encontram-se divergentes.

A regra da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos comporta exceções, relativas àquelas que, produzidas no âmbito da ilegalidade, atestem a inocência do então acusado no processo penal (provas ilícitas *pro reo*, assunto a ser

abordado no terceiro capítulo). Assim ocorre em atenção à dignidade da pessoa humana, já que o sentido de justiça não admitiria a hipótese de afastamento da tese acusatória no curso do processo penal ou a absolvição do condenado.

Lado um, a inadmissibilidade das provas ilícitas repousa sobre a finalidade de serem efetivados os direitos fundamentais, como manifestação do dever de proteção do Estado; lado outro, tais garantias não podem incidir apenas sobre os interesses do acusado, devendo comportar a possibilidade de ‘mediação’ entre estes e os interesses da vítima e da sociedade, conferindo assim a tutela penal.

Isto porque a irrestrita observância dos direitos fundamentais do indivíduo figura como óbice à efetividade das provas no processo penal, comprometendo a elucidação do fato delituoso e de sua autoria, ao passo que os indivíduos submetidos ao exercício do *jus puniendi* devem estar imunes aos excessos porventura cometidos pelo Estado no dever de promover a segurança pública (*jus perseguendi extra judicio*).

Os direitos fundamentais, na qualidade que têm de direito público subjetivo, estão fundamentados na soberania popular. São caracterizados pela universalidade (direitos extensíveis a todos), concorrência (ou cumulatividade), irrenunciabilidade, inalienabilidade (ou indisponibilidade) e imprescritibilidade. Dentre tais características está a limitabilidade -- aos direitos insculpidos no art. 5º da CRFB/88, dessarte, é perfeitamente compreensível a existência de choques, cuja solução deve primar pela cessão conjunta entre dois direitos colidentes. Capez *apud* Canotilho (1991) ressalta que

Tal posicionamento nem sempre se encontra expresso na Constituição Federal, e isso se dá quando a colisão decorre do exercício real e concreto de dois direitos, por titulares distintos. A regra da solução do conflito é da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição compatível com a salvaguarda adequada de outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa.¹

¹ CHIMENTI, Ricardo Cunha [et al.]. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.54.

O método da proporcionalidade, sendo utilizado sobre princípios, tem a finalidade de evitar a grave violação de bens jurídicos ante a eventual possibilidade de julgamento arbitrário pelo Poder Público. Nesse sentido, adquire similitude com o princípio da razoabilidade -- há, inclusive, um embate doutrinário entre a terminologia de ambos; contudo, para os fins a que se destinam o presente trabalho, tal distinção não merece grande destaque. Não é a proposta aqui desenvolvida discorrer acerca da diferenciação entre a razoabilidade e a proporcionalidade, mas o modo com esta se aplica. Forçoso reconhecer, entretanto, a existência de pontos em comum entre os dois princípios, dentre os quais está a função de conferir o máximo de razoabilidade nas decisões do Poder Judiciário, conferindo coerência aos enunciados jurídicos.

A proporcionalidade, como método de resolução de conflitos entre princípios, com estes não conflita, e

[...] possui duas dimensões: proibição de excesso para as restrições de direitos fundamentais; e proibição de insuficiência para a realização dos direitos de proteção, dentre os quais está a proteção penal. O garantismo penal integral deve considerar ambas as dimensões (...) A proporcionalidade é um princípio implícito na Constituição Brasileira, decorrente da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do Estado Democrático de Direito, e da própria estrutura lógica dos direitos fundamentais como princípios jurídicos.²

Dada a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, a proporcionalidade vincula-se à teoria da argumentação, subdividindo-se em três subprincípios, correlatos entre si: *i) adequação* - num primeiro momento é efetivada a análise quanto à adequação das medidas utilizadas para se obter os fins pretendidos; *ii) necessidade* - dentre as medidas várias para solucionar o conflito, será optada a alternativa que implique na intervenção mínima em um dos princípios divergentes; *iii) proporcionalidade em sentido estrito* – ultrapassadas as etapas anteriores, tem aplicação a proporcionalidade, consistente na ponderação de interesses, no intuito de compatibilizá-los.

² ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.p.24.

1.3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E FUNDAMENTOS DA PROPORCIONALIDADE

Dada a diversidade de conceitos hábeis a delinear o significado da palavra “princípio”, este assume um sentido polissêmico. Em linhas gerais, preceitua José Afonso da Silva³ que “princípio exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema”. Como característica dos princípios previstos nas Cartas Constitucionais, aqueles insculpidos pela ordem constitucional de 1988 informam os valores vigentes na sociedade, e dada a sua diversidade, são passíveis de assumir uma posição conflitante com outros, o que não implica necessariamente uma antinomia entre os mesmos.

No ordenamento jurídico, os princípios assumem uma função tripla (ou tripartite), que os diferencia das normas jurídicas, sendo estas interpretadas à luz daqueles. A transgressão de uma norma jurídica certamente é menos gravosa do que em casos de violação de princípios, dada a sua posição na ordem valorativa vigente.

Assim ocorre porque os princípios possuem um caráter mais abrangente, não subsistindo como razões definitivas. Conforme destacado alhures, a relação entre a teoria da proporcionalidade e o sistema de direitos fundamentais é fortemente abordada na obra do doutrinador Robert Alexy, com o desenvolvimento de uma teoria cujo cerne é a estruturação do sistema de solução de conflitos entre direitos fundamentais.

Dentre as idéias centrais propugnadas pelo teórico, oportuno se torna mencionar a estrutura das normas de direitos fundamentais. O conteúdo destas assume a posição de uma regra ou de um princípio, possibilitando, a um só turno, a segurança jurídica e a solução para os conflitos entre bens juridicamente relevantes. As normas de direitos fundamentais, quando revestidas sob o caráter de normas-regras, viabilizam o amparo legal conferido pelo teor da norma; sob a égide principiológica, por sua vez, permitem o equilíbrio ou a compatibilidade entre os bens

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 91.

tutelados pelo Direito, já que minimizam a adoção de posicionamentos arbitrários e estanques.

O conflito entre princípios, somado à necessidade de ser ponderado um interesse no caso concreto, é uma constante no cotidiano do órgão julgante, a exemplo da prolação de uma decisão em caso de liminar. O direito de defesa, embasado pelo princípio do contraditório, é afastado por força da urgência da decisão, postergando-se para momento futuro no processo a manifestação pela parte adversa.

De igual forma é a hipótese de a autoridade policial, revestida do poder de polícia do Estado, estada no art. 6.º do Código de Processo Penal, ao tomar conhecimento da prática da infração penal, sob o fundamento de coligir todos os elementos que fomentem um eventual indiciamento, apreender todos os objetos correlatos ao fato investigado, restringindo o direito de propriedade.

Ante tais premissas, a interpretação normativa deve sempre antever um ou mais princípios, tendo em vista que estes últimos retratam os valores que estruturam a sociedade. Partindo de tais silogismos, resta a compreensão de que os princípios, em sua função orientadora das normas jurídicas, também emergem como fonte supletiva, sempre que ausente a previsibilidade legal para um determinado caso, consoante preceitua o art.4º da LICC, ao dispor que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”⁴.

1.3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

O Direito, mecanismo construído pelo homem para a regulação normativa de seu comportamento, consiste numa forma de manifestação da cultura, num processo de construção historicamente determinado. Sendo erigido a partir dos valores vigentes na sociedade, retrata as suas características essenciais, com as suas

⁴ BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Civil**. Decreto-Lei nº.4.657, de 04 de setembro de 1942. Brasília, DF, 04 de setembro de 1942. <Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em: 05 de novembro de 2010.

ideologias, princípios, metas e, sobretudo, manifestações do poder político vigente, adquirindo o ordenamento jurídico uma dimensão histórico-temporal. Nesse sentido, Thiago Ávila aduz que

Segundo Canotilho, a menção à dignidade da pessoa humana no texto constitucional português revela a base antropológica constitucionalmente estruturante do estado de direito. A dignidade exerce uma função de integridade dos direitos fundamentais, defendendo a individualidade do homem como ser responsável, o livre desenvolvimento da personalidade, a autonomia individual, a dignidade social e a igualdade de tratamento.⁵

A Constituição Federal de 1988 adota como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, o qual funciona como vetor para as ações do Estado, não sendo, contudo, um valor absoluto, ainda que figure como cerne para a solução de conflitos de direitos fundamentais.

Assim ocorre quando a dignidade da pessoa humana, sob um aspecto individual, é limitada pela aplicação de uma sanção ao autor de um delito, sendo-lhe cominada uma pena privativa de liberdade; igualmente ocorre em situações de legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal. O interesse prevalente em tais casos é o da coletividade, em detrimento da liberdade individual. Doutra banda, como valor em sentido amplo, deve ser promovida e interpretada em benefício do todo, limitando os interesses individuais.

1.3.2. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade encontra suporte na própria essência do Estado de Direito. A atuação deste se dá através do império da lei, de modo que, inexistindo previsibilidade legal que autorize a prática de determinado ato, o Estado se abstém de praticá-lo sob pena de confrontar com o que não foi preestabelecido. Os efeitos materiais do princípio da legalidade estão amplamente inseridos nas garantias dos

⁵ ÁVILA *apud* CANOTILHO (1998). *Op.cit.* p.51.

indivíduos, sobretudo pelo fato de caracterizarem uma limitação ao poder punitivo estatal.

Os atos da Administração Pública que não forem cumpridos na forma preestabelecida em lei, contrariamente ao que ocorre em relação ao particular, quando não é vedada a conduta não prevista legalmente, são passíveis de impugnação quanto à sua validade. Consoante enfatiza Maurício Lopes,

A vertente garantista do princípio da legalidade implica uma série de decorrências, das quais algumas mais relevantes passamos a expor, como os princípios da jurisdição legal, segundo o qual “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art.5º, LIII, CRFB/88), isto é, juiz ou tribunal (art.92, CRFB/88), “ninguém será considerado culpado até o trânsito da sentença penal condenatória” (art.5º, LVII, CRFB/88). (...) Podemos ainda destacar dentro do princípio da legalidade como seu corolário o princípio da irretroatividade da lei, ressalvada a retroatividade favorável ao acusado (art.5º, XL, CF; art.2º, CPB).⁶

Claramente, assim ocorre no âmbito do Processo Penal -- a atividade instrutória preliminar deve ser praticada em estrita consonância com o princípio da legalidade, o que traduz, por consequência, a sua constitucionalidade.

1.3.3. Princípio do devido processo legal

Essencialmente, decorre do dever de proteção do Estado, ou de abstenção de certos atos que porventura violem a dignidade do indivíduo, considerando a situação de desigualdade do particular em relação àquele. O devido processo legal pressupõe o estabelecimento de regras procedimentais, com escopo na eficiência do processo penal.

A doutrina majoritária partilha do entendimento que existe um fundamento entre a proporcionalidade e o princípio em comento, traduzido pela norma prevista pelo **art. 5º, LIV, da CRFB/88**, segundo a qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do Direito Penal**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.77.

É possível inferir que o devido processo legal é desmembrado em duas premissas.

Inicialmente, o devido processo legal, num sentido *material ou dimensão subjetiva*, implica na razoabilidade da lei, através da sua elaboração regular. O controle da discricionariedade dos atos normativos e o controle judicial estão orientados pela razoabilidade e pela proporcionalidade.

A segunda pressuposição está posicionada no chamado *devido processo legal processual*, concretizado pela aplicação judicial da lei, a partir do qual emergem os princípios da publicidade (art.5º, LX e art.93, IX), do juiz natural (art.5º, LIII e XXXVII), do promotor natural (art.129, I), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), da garantia de acesso à justiça (art.5º, LXXIV), da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX) e da inadmissibilidade das provas ilícitas (art.5º, LVI, da CRFB/88).

O devido processo legal encontra relação com a verdade real, considerando que o primeiro é um meio para se alcançar esta última, já que a verdade figura como uma meta /finalidade do processo.

Assim ocorre porque a reprodução da verdade fática no processo é imprescindível para a aplicabilidade justa da lei, a qual se efetivará a partir de elementos probatórios precisos e correspondentes com a realidade, sob pena de ser a verdade subvertida, omitindo-se o que de fato ocorrera, podendo comprometer, eventualmente, os direitos fundamentais do indivíduo.

1.4. PROTEÇÃO PENAL NO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dentro da perspectiva adotada pelo modelo liberal clássico, derivado de uma época cujo pensamento eclodiu em face do autoritarismo do Estado, o dever de tutela estatal emanava da necessária proteção do indivíduo. Os ideais liberais propugnados pelos seus maiores expoentes foram consequência das revoluções no pensamento ocorridas no decorrer do século XVIII, sendo remontadas as idéias

iluministas, cuja repercussão na seara penal consiste, em linhas gerais, na implantação do sistema acusatório, que será detalhadamente explicitado adiante.

Assentada sobre o pleno exercício das liberdades humanas, a tese liberal clássica se insurge contra a intervenção estatal, reduzida ao necessário, justificada pela forte presença do Estado no decorrer do século XVIII. Neste contexto, os ideais da época foram consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), numa clara manifestação em face da desmedida arbitrariedade estatal – assim como as demais declarações advindas do pensamento jurídico iluminista, nas quais foram identificadas as garantias e os vínculos estabelecidos entre os indivíduos e o Estado, no afã de promover a tutela dos cidadãos.

A sistematização dos direitos e garantias fundamentais foi alvo de retrocessos, destacadamente com a Primeira e Segunda Guerras Mundiais, quando reverberadas as maiores formas de autoritarismo do Estado, em detrimento da dignidade da pessoa humana. O contexto do pós-guerra, entretanto, fora marcado pelo desenvolvimento de novas concepções a respeito de uma justiça constitucional e social na Europa, que, gradativamente, cedeu espaço para a expansão das idéias relacionadas ao desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito.

As tendências acima apontadas elevaram o Estado de bem-estar à condição de modelo da democracia social, concretizado através da postura assumida pelo Estado quanto à participação com recursos e fundos públicos para a efetivação de políticas sociais que dinamizassem a economia, fomentando a educação, a seguridade social e as forças de trabalho.

Particularmente ao Direito Penal cabe a obediência aos preceitos constitucionais, devendo o teor das normas ser formalizado em consonância com a ordem de valores ali prevista, primando assim, pela concreta efetivação dos direitos e garantias.

A doutrina constitucionalista tradicionalmente aborda uma dupla funcionalidade dos direitos fundamentais no que tange ao dever de proteção pelo Estado: de um lado, o rol de *direitos subjetivos*, opondo-se o indivíduo ao arbítrio deste – direito a ações negativas --, ou exigindo o cumprimento daqueles, traduzindo as denominadas ações positivas, que serão explicitadas adiante.

1.4.1. Direitos a ações positivas e negativas -- a dimensão subjetiva do dever de proteção

A dimensão subjetiva do dever de proteção diz respeito ao *i)* direito subjetivo de defesa do indivíduo em face do Poder Público, resultando em ações negativas, e o *ii)* direito subjetivo a prestações, atinente às ações positivas desempenhadas pelo mesmo, sejam estas de índole legal ou fática.

No tocante à edição de leis, cumpre destacar que este direito subjetivo do indivíduo engloba o direito à proteção penal. Os bens jurídicos através da cominação de sanções diante da violação destes por particulares, bem como da edição de normas relativas aos aspectos procedimentais de efetivação desta proteção.

Em relação às ações positivas do Estado em seu aspecto fático, são concretizadas por intermédio da implementação de políticas públicas na sociedade. À guisa de exemplo, é possível citar as políticas direcionadas à segurança da coletividade; ou, dentro de uma perspectiva de maior amplitude, as políticas de cunho estrutural formuladas pelo Estado no combate à criminalidade, cujos resultados são alcançados a longo prazo, como o investimento na rede educacional ou o fomento à economia no intuito de reduzir as taxas de desemprego, inseridos pela CRFB/88 como direitos sociais.

1.4.2. Obrigações positivas: a dimensão objetiva do dever de proteção

A tradicional concepção liberal aos poucos transpassou da limitação ao poder do Estado para a manutenção dos direitos do indivíduo, consistente no dever de oferecer proteção, condicionado pela renúncia, pelo homem, de uma parcela de suas liberdades, elevando a dimensão social da proteção. Destarte, aos indivíduos são impostas limitações, com vistas ao interesse comum, estando a população organizada em torno de um poder soberano, cuja finalidade precípua reside na efetivação dos direitos e garantias fundamentais de seus súditos.

A substancial importância atribuída ao movimento constitucionalista surgido na segunda metade do século XX, desta forma, repousa, em muito, sobre a formalização destes direitos em cartas constitucionais, numa clara representação das obrigações assumidas pelo Estado na defesa do povo diante de arbitrariedades ou agressões de terceiros. Consoante preleciona Bruno Calabrich,

A evolução do Estado liberal para o Estado social – que não suprimiu, em absoluto, as conquistas referentes às liberdades individuais – e o reconhecimento da necessidade de proteção de determinados direitos perante o Estado (direitos fundamentais), notadamente a partir da segunda metade do século passado, após a 2ª Guerra Mundial (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (1948), fizeram com que grande parte dos países democráticos promovesse mudanças constitucionais e legais, de modo a substituir o modelo misto eventualmente adotado por um modelo ou sistema plenamente acusatório.⁷

Ao Estado, assim, não mais é vedada a intervenção. A obrigação negativa cede espaço para o dever de tutela, assegurado, em tese, pela rigidez das constituições, na tentativa de serem imunes aos excessos outrora cometidos pelo Estado. Ao destituir o indivíduo do exercício da autotutela, abraça a atribuição de proteger, tornando evidente o dever de instituir mecanismos para a efetivação dos direitos da população, sendo criados os órgãos investidos do poder de investigação, acusação e julgamento.

A finalidade dos direitos fundamentais, qual seja, de garantia, passa a justificar a sua própria existência; as suas funções norteiam todo o ordenamento jurídico de um Estado, sendo ilegítimas todas aquelas normas que o violem.

Nos tempos atuais, a problemática não mais repousa sobre a intervenção do poder público na esfera dos direitos fundamentais do indivíduo, mas do privado, tendo em vista a progressiva delegação de atribuições, antes estatais, ao setor privado, além da forte interferência deste sobre os poderes Executivo e Legislativo. Notadamente no Brasil, o Estado assume a função de necessariamente intervir com

⁷ CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.34.

vistas a minimizar os excessos provenientes da ingerência verificada ao final do século XX, incorrendo no encolhimento do Estado de Bem-Estar Social.

Com efeito, as circunstâncias sociopolíticas foram alvo de alterações substanciais nos últimos anos, tendo o Estado transferido parte do poder que outrora lhe fora conferido às organizações privadas, ao tempo em que permanecem as necessidades da população, reclamando a atuação positiva do Poder Público. Dentro de uma perspectiva mais densa, nos termos formulados por Luciano Feldens, é permitido acrescentar que

Essas obrigações positivas desdobram-se nos planos substantivo e procedimental, projetando-se sobre os ordenamentos jurídicos penais e processuais de cada Estado. Segundo a orientação dessas Cortes Internacionais, a efetivação dos direitos do homem exige tanto uma legislação adequada a promover a dissuasão de atos atentatórios às liberdades fundamentais, como uma atuação efetiva (positiva) na investigação desses fatos e, sendo o caso, na imposição de sanção aos responsáveis pela violação de tais direitos e liberdades. Isso significa, em última análise, que as obrigações positivas irrigam a atuação do Estado em todas as suas fisionomias de poder, retratáveis nas ações dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.⁸

Claramente se verifica que o foco, antes direcionado para o direito, analisado dentro de uma perspectiva subjetiva, já que defendida a tese das obrigações negativas do Poder Público, agora cede espaço para a concretização de direitos objetivamente previstos, incumbindo ao Estado o dever de tutelar ativamente os direitos fundamentais.

Assim denota o teor do contido na Carta Magna, ao dispor, no âmbito dos direitos e deveres individuais e coletivos (art.5º,CF), sobre as garantias procedimentais ao indivíduo durante a atividade persecutória, como expressão própria do Estado Democrático de Direito.

Como reflexos das novas concepções adquiridas pelo sistema de direitos dos indivíduos, o processo penal passou a adotar, paulatinamente, os ideais propugnados pelo garantismo, atendendo, de forma concomitante, aos interesses da

⁸ FELDENS, Luciano. **O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela.** In. CUNHA, Rogério Sanches *et al.* **Limites constitucionais da investigação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009,p. 235.

coletividade no que tange à segurança, e da esfera individual, no que se refere à concretização da liberdade e do respeito ao justo julgamento. Como não poderia deixar de ser, a eficiência do sistema está condicionada ao equilíbrio do poder estatal na repressão das condutas criminosas, assegurada a plenitude dos direitos do acusado.

Sob um prisma garantista-individual, a proteção conferida ao homem decorre também da premissa de que o processo penal é construído a partir de uma verdade processual, duvidosa na medida em que propõe uma reconstrução da verdade dos fatos. O Estado, adotando um sistema processual com nítida diferenciação entre os órgãos incumbidos da acusação, da defesa e julgamento, portanto, dotado de um maior aparato para chegar o mais próximo possível da verdade fática, deve garantir o exercício pleno das garantias pelo acusado.

A ambos é conferido o direito à prova: ao Estado, para a elucidação das condutas ilícitas; aos indivíduos, para a comprovação dos fatos nos casos sob apreciação do Judiciário.

O reconhecimento do dever de uma proteção penal eficiente na CRFB/88, construído sob a ótica do garantismo, é explicitado através de vários dispositivos, tidos como garantias processuais ao acusado: o devido processo legal (art.5º, LIV); juiz natural (art. 5º, LIII e XXXVII), razoabilidade na duração do trâmite processual (art.5º, LXXVIII), presunção de inocência (art. 5º, LVII), motivação e publicidade (art.5º, LX e 93, IX), dentre outros.

As falhas neste sistema implicam na redução da força do Poder Público, passando o indivíduo a exercer o controle de forma igualmente individual, sobrepondo os interesses privados em detrimento da coletividade. É o que se constata com a expansão dos índices de criminalidade e da má gestão da *res publicae*, comprometendo a efetivação dos direitos fundamentais. Juntamente com os benefícios da globalização e da ampla interação entre os dados e fluxo de informações, novas formas de criminalidade emergem com maior complexidade, o que requer, além da adequação dos tipos penais à nova conjuntura, o estabelecimento dos papéis que cada instituição assume junto ao Estado.

Explicitando acerca da nova realidade, contextualiza Ivan Luís Marques Silva a situação sob os seguintes aspectos:

Essa ampliação (dos mercados) de cunho econômico, além dos benefícios e facilidades incorporadas em nosso dia-a-dia, faz surgir conseqüências de proporções preocupantes, materializadas em condutas de difícil previsão não antevistas pelo Direito Penal clássico e atingem a sociedade com danos em larga escala. Essa dificuldade de determinar onde, quando e quanto estrago pode ser causado, traz à tona a idéia de que estamos vivendo em uma sociedade de risco (...) Com base nesse novo contexto, o Direito Penal liberal, com sua vertente protetora da sociedade e do indivíduo, construído em base garantista e legitimado pela compatibilidade com os princípios constitucionais, mostra-se, ao menos *prima facie*, inapto a solucionar problemas intensificados específicos da chamada sociedade de risco, como o terrorismo, os delitos econômicos, os delitos ambientais, entre outros que atingem diretamente os chamados bens jurídicos difusos.⁹

Nessa toada, considerando que o processo penal está alicerçado pelas premissas garantistas, concomitante à sua funcionalidade, considerar o posicionamento que adote de forma absoluta a inadmissibilidade das provas ilícitas certamente desvirtua uma das essências do processo. Isto porque na medida em que são desconsiderados outros interesses, de cunho tão relevante quanto aquele, individual, é comprometida a eficácia do ordenamento jurídico, ou o interesse da coletividade e da vítima.

É de se verificar que esta funcionalidade do processo, conforme destacado, também se consubstancia num direito fundamental, qual seja, o direito às normas de organização e de procedimento, concretizado, por exemplo, através do direito de acionar o Poder Judiciário e do exercício da ampla defesa no decorrer do processo.

Didaticamente, a dimensão objetiva do dever de proteção resulta em alguns desdobramentos, adiante explicitados.

Os direitos fundamentais são dotados de uma *eficácia horizontal*, e se impõem não somente entre a relação jurídica estabelecida entre o indivíduo e o Estado, estendendo-se sobre as relações privadas. Estão inseridos no *dever de proteção* do Estado: o Direito Penal possui, como objetivo essencial, o de tutelar os

⁹ SILVA, Ivan Luís Marques. **O Direito Penal como garantia fundamental: o novo enfoque decorrente da globalização**. Dissertação (Universidade de São Paulo), São Paulo, 2007. p.09-10.

maiores valores/bens jurídicos insculpidos na Carta Maior, primando pela vigência e aplicabilidade dos mesmos. O sistema jurídico-penal, destarte, deve efetivar os direitos fundamentais através da vedação a qualquer conduta hábil a violar estes direitos, promovendo a segurança dos indivíduos, o que certamente implica no desenvolvimento de medidas repressivas e preventivas.

De tal forma, os direitos e garantias fundamentais do cidadão pressupõem a existência do direito às *normas de organização e de procedimento*, passíveis de limitar a atuação de terceiros e do próprio Estado, como é o caso da inviolabilidade do domicílio (art.5º, XI). Igualmente, o dever objetivo do Estado em editá-las importa, por exemplo, na elaboração de um procedimento que regule a vedação à admissibilidade das provas ilícitas (art.5º, LVI).

Por expressa previsibilidade legal, é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, exceto em virtude de autorização judicial, dentro das hipóteses permitidas (art.5º, XII). Nesse sentido, conforme preceitua o art. 157 do Código de Processo Penal, devem as provas ilícitas ser desentranhadas do processo, compreendidas como aquelas obtidas em violação às normas constitucionais e legais.

O procedimento adotado para as interceptações telefônicas, *in casu*, é regulado pela Lei nº. 9.296/96, devendo ser permitido de ofício pelo juiz ou mediante requerimento do Órgão Ministerial e da autoridade policial, desde que preexistentes algumas condições necessárias – prova indiciária suficiente, fundada e hábil a apontar/comprovar a autoria e a materialidade delitivas, estando ausentes os demais meios que possam alcançar a verdade dos fatos apurados no procedimento inquisitorial e, ao fim, sendo cominada pena de reclusão ao crime investigado.

Certamente, o acompanhamento das investigações, então operacionalizadas pela polícia, é realizado pelo *Parquet*, como medida apta a garantir a plenitude dos direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente, em estrita observância do princípio da legalidade. É o que dispõe o art. 6º da Lei nº. 9.296/96, ao dispor que “deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização”.

Os *deveres fundamentais*, por sua vez, dizem respeito aos deveres dos indivíduos perante a coletividade, como acontece com o serviço militar e voto obrigatório. Contudo, os deveres do indivíduo perante o Estado também têm suporte na idéia de solidariedade, justificados, por exemplo, no dever de amparo ao idoso, na proteção dos direitos da criança e do adolescente, de promover um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e, particularmente, o de respeitar as normas penais.

CAPÍTULO 2

O ALCANCE DA VERDADE PROCESSUAL

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sequência dos atos que impulsionam o processo é dinamizada pela duplicidade de interesses das partes, intentando a busca da verdade processual, construída no decorrer do processo. Desta forma, a verdade processual, elaborada durante o processo, é caracterizada pela aproximação com a realidade fática, sendo reproduzido os aspectos reais da situação que se pretende comprovar. A busca desta verdade, uma das finalidades precípua do processo, é concretizada através das provas.

O presente capítulo destina-se a esmiuçar os principais aspectos da busca pela verdade processual e os princípios a ela atinentes, explicitando os fundamentos que legitimam a persecução penal pelo Estado e a correlata produção dos elementos de instrução, condição *sine qua non* para a efetivação da proteção penal. Num segundo momento, passará a análise dos aspectos essenciais que norteiam o banimento pela ordem constitucional de 1988 quanto às provas ilícitas, procedendo-se à análise inicial das decisões jurisprudenciais dominantes no país – tarefa a ser abordada com maior veemência no capítulo seguinte.

2.2. O DILEMA DA BUSCA DA VERDADE PROCESSUAL E AS LIMITAÇÕES À ATIVIDADE INSTRUTÓRIA

O posicionamento doutrinário tradicional ressalta a prevalência do princípio da verdade real, segundo o qual a atividade instrutória (tanto a preliminar como a processual propriamente dita) é fundamental para afastar uma decisão pautada em presunções legais, muitas vezes distantes da realidade.

Tais razões amparam a idéia de reconstrução da verdade como meta da atividade jurisdicional, minimizando ao máximo a existência de erros por parte do órgão julgante ou vícios que comprometam a decisão no processo. Caso contrário, afrontaria o direito insculpido no art. 5º, LXXV, da CRFB/88, o qual estabelece que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Cumprir observar, a partir de tais ilações, que a busca da verdade processual se consubstancia numa meta para o processo.

A dicotomia entre as verdades material e processual foi levantada por uma parte da doutrina tradicional, que ressalta a prevalência, durante anos, da descoberta incondicional da verdade dos fatos, o que certamente possibilitou a ampla iniciativa probatória do juiz, pautado na premissa de que o interesse público na elucidação da realidade fática conduziria à plenitude da justiça no caso concreto. A discussão foi mitigada, e na Carta Constitucional de 1988 restou estabelecida a limitação ao poder instrutório do magistrado, sob pena de violar a sua imparcialidade, como consectário do sistema acusatório.

No modelo acusatório, é efetuada uma divisão tripartite das funções da acusação, da defesa e do julgamento. A participação do acusado não está adstrita à defesa da acusação a ele imputada, recaindo sobre o mesmo o ônus de comprovar a tese contrária a respeito dos fatos delituosos que lhe foram atribuídos, em consonância, destarte, com os princípios do contraditório, da ampla defesa e, em especial, da presunção de não-culpabilidade.

Por conseguinte, devem ser observados os princípios do juiz e do promotor natural, calcados na idéia de vedação aos tribunais de exceção, originado do Direito anglo-saxônico, com estreita relação com o princípio da legalidade.

Dada a individualização das funções de cada sujeito processual, a imparcialidade do julgador é mantida durante todo o processo, respeitadas a isonomia entre as partes que compõem a tríade processual e a publicidade de todos os atos. O sistema acusatório é caracterizado pela liberdade no que se refere à produção das provas, diferentemente do que ocorre com o sistema inquisitivo. A

revisão *pro societate* é vedada, por força do imperativo da segurança jurídica e da observância cautelosa da aplicabilidade da lei pelas instituições públicas.

Nesse sentido é que o Código de Processo Penal, imiscuído no conceito da persuasão racional do juiz, estabelece em seu art. 155, *caput*, que a formação de seu convencimento dar-se-á pela livre apreciação da prova produzida sob a égide do contraditório judicial, descabendo a fundamentação com suporte unicamente nos elementos de informação que subsidiaram a investigação, com exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Retomando a discussão acerca da verdade processual, cumpre ratificar que esta, ainda que funcione como vetor para uma decisão equânime, não é absoluta em nosso ordenamento jurídico -- seja pela falibilidade humana e dos meios técnicos na elaboração da prova, seja pela possibilidade de fraude --, é passível de restrições por superveniência de princípios e normas procedimentais diversas, dentre as quais está a inadmissibilidade das provas ilícitas.

Estas limitações, a título exemplificativo, referem-se à preclusão, às nulidades por vícios formais (de acordo com o art. 564 do Código de Processo Penal, a nulidade ocorrerá, dentre outros casos, “por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”); ou ainda, a liberdade de prestar testemunho.

Em observância à normatização constitucional, as provas encontram outras limitações no CPP, ao estabelecer, em seu art. 157, §1º, o desentranhamento das provas ilícitas e as destas derivadas, exceto se não evidenciado o nexo de causalidade entre as mesmas ou quando estas últimas provierem de fontes independentes. Mais adiante, o art. 233 do mesmo Diploma estabelece que não serão admitidas em juízo as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos.

A proibição das provas ilícitas pela legislação infraconstitucional, assim, é decorrente da previsibilidade contida na CRFB/1988, tratando o CPP da vedação às provas ilegítimas, cuja produção viola as normas procedimentais; aquelas, por sua vez, atingem o âmbito da proteção reconhecida ao indivíduo pela Lei Maior, transgredindo normas materiais.

De forma análoga é a imprescindibilidade da fundamentação dos atos jurisdicionais, prevista pelo art.93, IX, da CRFB/88 ou o impedimento quanto à formação da convicção do juiz com esteio unicamente nas provas produzidas durante o procedimento inquisitorial, com as devidas ressalvas (art. 155, do CPP).

Assim sendo, o processo penal brasileiro, praticado sob a égide do garantismo, tem a sua eficácia permeada pela aplicação constante dos direitos fundamentais, de maneira que a harmonização entre a necessária eficiência e observância destes direitos implica na aplicação dos postulados da proporcionalidade. A busca da verdade processual, na tentativa de aproximação limítrofe com a realidade fática ou verdade dos fatos, é legitimada com o cumprimento de normas procedimentais, as quais, por sua vez, adotam a idéia de proporcionalidade, ínsita ao processo penal.

É imperioso reiterar que esta busca não emerge de forma absoluta do direito processual penal brasileiro, haja vista a gama de outros princípios a serem perseguidos, já que previstos pela Lei Maior, de sobremaneira que o direito à instrução probatória não deve esbarrar, por exemplo, na inviolabilidade da intimidade, da vida privada ou do sigilo das comunicações telefônicas.

Doutro modo, a ausência de proteção de direitos constitucionais como estes implicaria na infringência da ordem constitucional não pelo particular investigado, mas pelo próprio Estado.

Consoante destacado no capítulo pregresso, apesar de não estar insculpido taxativamente na Carta Constitucional de 1988, a teoria da proporcionalidade está posicionada como o princípio hábil a conferir ordem e equidade na aplicação dos demais princípios. Sua previsibilidade, entretanto, se amolda ao teor do art.5º, §2º, da CRFB/88, o qual estabelece que “os direitos e 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”.

2.3. PROVAS

A doutrina conceitua a prova como instrumento ou meio imprescindível para a construção da convicção do magistrado no decorrer do processo, formando o seu convencimento. Avolio *apud* Dinamarco (1987) explicita que “o processo constitui, em última análise, a cristalização do fenômeno sociológico da legitimidade, que se manifesta na ‘aceitação geral do poder pela população’. É natural, portanto, que toda matéria relativa à prova guarde estreita ligação com o contexto político-sociológico onde o processo se situa.”¹⁰

As vedações quanto à utilização das provas ilícitas estão respaldadas em fundamentos processuais, já que a mácula existente na prova ilícita poderá permitir a inidoneidade das informações, comprometendo a busca da verdade real por induzir a erro a decisão a ser proferida nos autos (art.158, CPP). Diversamente, uma vedação esteadada em fundamentos extraprocessuais intenta proteger outros bens jurídicos, como ocorre com aquelas hipóteses previstas nos arts. 206 e 207 do CPP, *in verbis*:

Art.206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art.207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Com base nos dispositivos acima mencionados, é válido acrescentar as limitações ao direito à prova constituem a exceção no processo penal, no qual a regra é a admissibilidade dos meios de instrução, que é uma garantia fundamental. Se ao Ministério Público, como titular da ação penal pública (nos moldes preconizados pelo art. 129, I, da CRFB/88), incumbe o exercício da persecução

¹⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.p.25.

penal, é presumido o seu direito à produção da prova como também o é o direito do indivíduo.

2.3.1. Princípio do contraditório

O contraditório é assegurado pelo art. 5º, LV, da CRFB/88, que estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Funda-se na idéia de paridade entre as partes no processo, dentro da estrutura dialética que lhe é inerente, na comprovação dos fatos constitutivos de seu direito, pautando-se pelo equilíbrio entre estes sujeitos. Pressupõe a ciência dos atos processuais de forma bilateral, conferindo-se àqueles sujeitos a oportunidade de argumentar a plausibilidade dos fatos defendidos pela parte adversa, o que inclui o direito à construção dos elementos instrutórios necessários à formação do convencimento do juiz.

É o que tradicionalmente a doutrina reputa como elementos do contraditório. Estão revestidos sob uma duplicidade de etapas no processo: a informação, materializada a partir da citação, e posteriormente, das demais intimações; e a possibilidade de confrontar os fatos aduzidos pela parte oposta.

Nesse sentido, preconiza Ada Pellegrini Grinover que a garantia do contraditório não objetiva, precipuamente, a defesa da parte no processo, pois assim adquire uma conotação negativa; mas o desenvolvimento de atos que tutelem os interesses da parte autora e do réu, no intuito de esclarecer a verdade, sendo, portanto, essencial ao provimento que será dado na sentença. Consoante ressaltado alhures, o princípio do contraditório impõe, de *per si*, a necessidade de ser garantida a imparcialidade do julgador durante todas as fases do processo.

Inexistindo referência a respeito do momento a ser exercido, a doutrina pátria prevê a figura do chamado contraditório diferido ou postergado, quando a

oportunidade de se manifestar a respeito de determinadas medidas cautelares é conferida somente após a realização das mesmas, como é o caso dos exames periciais.

Em tais situações, são proporcionados à parte e ao seu defensor constituído os direitos de informação e reação após a efetivação das referidas medidas, permitindo uma impugnação quanto à validade de tais atos. Evidentemente, por força do próprio dispositivo constitucional retromencionado, não abrange o inquérito policial, dado o caráter procedimental do mesmo.

In casu, o sigilo das investigações não poderá ser oposto ao patrono do investigado, o qual poderá ter amplo acesso aos autos do inquérito policial no estado em que se encontrar, resguardado o sigilo apenas das atividades a serem desenvolvidas futuramente. O pleno exercício do contraditório e da ampla defesa é conferido durante a fase processual, se deflagrada a ação penal, a partir do substrato probatório carreado durante o decorrer do inquérito policial. À vista dos conceitos expostos, nitidamente se depreende que o direito ao contraditório é amplamente vinculado ao direito à ação, defesa e, por consequência, do direito à prova, conforme será analisado a seguir.

Entendeu o STF, por ocasião do julgamento do HC 94.387, que a oponibilidade ao advogado esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado, segundo a qual o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado, explícita no art. 5º, LXIII, da CRFB/88.

É o que se depreende do trecho a seguir, da lavra do relator Ministro Ricardo Lewandowski, a respeito da situação em comento:

“Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluam os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual

conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.”¹¹

Segundo preceitua aquele Tribunal, a assistência técnica não poderá ser efetivamente produzida se for a este sonogado o acesso aos autos do inquérito policial – em que pese o direito do investigado, é imperioso frisar que o acesso está limitado às informações já introduzidas nos autos, o que não abrange àquelas pendentes de decretação ou diligências em curso, como as interceptações telefônicas.

Não será demasiado acrescentar que o princípio do contraditório impõe a paridade de condições entre as duas partes litigantes, permanecendo o juiz numa posição equidistante destas, propiciando um “equilíbrio de forças”, nas palavras de Antonio Scarance Fernandes¹². Segundo este doutrinador, a lei deve possibilitar a ambas as partes a idêntica permissibilidade quanto à produção das provas e à contra argumentação durante o trâmite processual, não sendo desconsideradas, claramente, a compensação entre os aludidos sujeitos processuais.

2.3.2. A legitimidade do poder investigatório e a produção das provas como imperativo do poder de polícia

A discussão proposta neste trabalho circunda o sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo frente à criminalidade, tornando necessário o delineamento das funções atribuídas às instituições legalmente investidas do poder de investigar. Este poder estatal de investigar as infrações penais é previsto pela Carta Constitucional de 1988, como uma atribuição inerente à polícia judiciária, conforme leitura do **art. 144, §§ 1º, I e 4º**, mas não exclusiva desta.

¹¹ BRASIL. STF, 1ªT, **HC 94.387 ED/RS**, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 06 abr. Ementário v.02402-03, p.679. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC+94387&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 de novembro de 2010.

¹² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.p.47

Com efeito, uma análise superficial sobre o dispositivo em comento permite deduzir que a apuração dos delitos está condicionada à atuação da atividade repressiva exercida pelo Estado. Inexistem vedações ao poder de investigação de outros órgãos, verificado nos casos sujeitos à apreciação das Comissões Parlamentares de Inquérito, as sindicâncias ou os procedimentos administrativos instaurados no âmbito da administração pública indireta. Assim, a investigação acerca de fatos reputados como ilícitos não está limitada à polícia judiciária, de sorte que outras formas são conduzidas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Quanto ao primeiro, figuram como possibilidades de exercício do poder de polícia as apurações diligenciadas pela Receita Federal, pelo Bacen, ou ainda, aquelas de incumbência da Controladoria-Geral da União. Ao Poder Legislativo, são efetivadas as aludidas CPI's, na forma preestabelecida pelo **art. 58, §3º, da CRFB/88** ou o inquérito conduzido no âmbito da Câmara dos Deputados, conforme destacado alhures; por último, ao Judiciário tal função é exercida através da apuração que versa sobre ilícitos praticados por magistrados, presididas pelo Tribunal, em conformidade com a **LC 35/79**.

O exercício do poder de polícia é efetivado em todas as esferas da Federação, a partir da competência conferida constitucionalmente ao ente que regula uma determinada matéria, que, de forma correlata, desempenhará o exercício da fiscalização sobre a mesma. Assim, pelo princípio da predominância do interesse, determinadas matérias estão sujeitas ao policiamento da União, dos Estados e dos Municípios, que a regulamentam e executam o respectivo policiamento.

Em virtude de tais conceitos, são efetivadas investigações por outros órgãos a nível estadual e municipal, paralelamente ao estabelecido a nível federal, como o são aquelas implementadas pelas Corregedorias, pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, pelo Instituto Brasileiro de Recursos Naturais Renováveis – IBAMA na apuração de ilícitos ambientais, assim como aquelas feitas pela Delegacia do Trabalho.

É possível inferir que a investigação dos fatos supostamente tidos como ilícitos decorre do *poder de polícia* da Administração Pública, na medida em que, sendo tal atividade desenvolvida por órgãos públicos, está revestida do atributo da

imperatividade. Esta, por assim dizer, se consubstancia na forma que o Estado possui de fazer valer as determinações veiculadas pela autoridade incumbida do poder de investigar, em caso de recusa quanto ao seu cumprimento pelos indivíduos. Como legítimo poder do Estado, é dotado dos atributos da discricionariedade, da auto-executoriedade e, de forma eventual -- mas sempre que necessária --, da coercibilidade. Bruno Calabrich explica da seguinte forma:

Para que possa promover investigações, deve o órgão ou autoridade administrativa respaldar-se em expressa previsão legal. Para que a lei que prevê a atribuição investigatória de determinado ente seja constitucional, deve existir uma relação de pertinência lógica entre os fins de sua atividade própria, dentro da organização dos poderes do Estado e os fins desta investigação. Assim é que, à Receita Federal, no exercício regular de suas atividades, compete investigar prática de crimes contra a ordem tributária, mas não um crime ambiental; ao Bacen toca a investigação sobre crimes de lavagem de dinheiro ou contra o sistema financeiro, mas não crimes contra a organização do trabalho.¹³

Impende ressaltar que não é desconsiderada pelo nosso ordenamento jurídico a investigação consecutada por particulares.

A permissividade conferida pela legislação brasileira quanto a tais investigações ocorridas de forma paralela a um inquérito policial, por exemplo, claramente implica na aceitabilidade dos elementos instrutórios coletados através de outros procedimentos, utilizados para a delimitação da autoria e da materialidade, se constatados. De forma análoga, tal premissa justifica, de per si, a qualidade acessória do inquérito policial, dispensável sempre que o conjunto probatório forneça elementos mínimos de convicção do órgão de acusação, deflagrando a ação penal.

Ao Ministério Público, por sua vez, incumbe o denominado controle externo da atividade policial, o que inclui, dentre outras funções, a consecução de diligências que interessem ao deslinde dos fatos apurados, primando pela adequação dos procedimentos implementados nas atividades exercidas pela polícia judiciária, conforme previsto em inúmeros documentos legais.

¹³ CALABRICH, Bruno Freire de Carva. *Op.cit.*, p.109.

Assim expõe a Resolução nº. 88, de 03 de agosto de 2006, do Conselho Superior do Ministério Público Federal, ao estabelecer que o controle externo da atividade policial será desenvolvido em atenção aos princípios do Estado Democrático de Direito, visando corrigir irregularidades e prevenir a ilegalidade ou abuso de poder concernentes à atividade investigatória, prevenindo a criminalidade e superando as falhas na produção probatória.

A forma prevista pela lei não configura uma limitação à instrução preliminar levada a efeito pela polícia judiciária, ou mesmo um controle do *Parquet* sobre a mesma sem que seja conferida a autonomia que lhe é inerente. Distante de tal compreensão, a legitimidade do poder de investigar traduz bem mais uma forma harmônica encontrada pelo ordenamento jurídico para tornar concreta a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, reduzindo as possibilidades de uma arbitrariedade estatal.

A colheita das provas é efetuada cotidianamente tanto através da polícia judiciária, como de forma independente pelo órgão ministerial, por intermédio da oitiva de testemunhas, requisição de informações a órgãos públicos, consultas em bancos de informações da instituição, a exemplo INFOSEG e o SERPRO, dentre outros.

2.3.3. Provas ilícitas: conceitos e classificação doutrinária

A CRFB/88 expressa, em seu art. 5º, LVI, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, vedação que o CPP delinea em seu art.157, ao determinar a imprescindibilidade do desentranhamento, nos autos do processo, das provas violadoras das normas constitucionais e legais. A vedação a quaisquer provas adquiridas por intermédio de meios ilegais desdobra-se em três espécies: provas ilícitas, ilegítimas e provas ilegais por derivação.

A adoção de tal posicionamento pelo constituinte originário encontra suporte principiológico na proteção da dignidade da pessoa humana, uma vez que a ação persecutória do Estado, consoante foi descrito ao longo do capítulo primeiro, não

pode encontrar respaldo em elementos instrutórios obtidos de forma ilícita; pois, do contrário, afrontaria a própria legitimidade do ente estatal na condução das investigações nas propriamente dita. Comprometeria, destarte, a incidência do *due process of law*, maior expressão do Estado Democrático de Direito.

A respeito da violação aos direitos fundamentais, com propriedade leciona Thiago Ávila:

Também será necessário que a lesão contenha uma suficiente intensidade constitucional para acionar a garantia. Portanto, ainda que se trate da violação de uma norma de direito penal, tal violação não acarretará necessariamente a garantia fundamental da inadmissibilidade da prova daí decorrente; isso apenas ocorrerá se o bem jurídico tutelado pela norma penal tiver suficiente correspondência com um direito fundamental previsto no texto constitucional e a lesão seja intensa e grave o suficiente para acionar a garantia. Assim, não necessariamente as informações oriundas de todos os ilícitos penais constituirão necessariamente prova ilícita (...) como os crimes de perigo, de consumação antecipada, culposos, tentados, infrações penais de menor potencial ofensivo e outros nos quais não se pode afirmar haver uma situação em que o direito fundamental material fosse violado com suficiente intensidade que necessite acionar a garantia fundamental da inadmissibilidade.¹⁴

As provas ilícitas abarcam todas aquelas adquiridas de forma a suplantar as normas de direito material, em especial, aquelas previstas constitucionalmente. A ilicitude da prova, *in casu*, será resultante da transgressão ao regime de constitucional de direitos e garantias individuais, implicando na existência de sanções penais para o responsável pela violação.

Em relação às provas ilegítimas, a violação às normas de caráter processual é que delimitam a sua ilegitimidade, a exemplo daquelas obtidas em detrimento dos arts. 206 e 207 do Código Processual Penal.

Provas ilegais por derivação, por sua vez, são aquelas previstas pelo art.157, §1º, do CPP, que estabelece que “são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Nesse sentido, os elementos instrutórios validamente produzidos são

¹⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Op.cit.*, p.103.

repudiados por confrontarem com dispositivos constitucionais, pois derivam de uma prova maculada pela ilegalidade quanto à sua obtenção. Portanto, não figuram como provas autônomas, mas contaminadas ulteriormente pelas provas originárias.

Certamente, em se tratando de interceptações telefônicas e provas ilícitas por derivação, a jurisprudência admite a prova, desde que seja evidenciada a ausência da relação de dependência entre os fatos reputados como ilícitos quanto à sua produção.

O procedimento a ser adotado no caso de interceptações telefônicas deve ser precedido de autorização judicial, conforme preconiza a Lei nº. 9.296/96, assim elaborada com respaldo no direito às normas de organização e de procedimento, garantidas ao indivíduo por força do estatuído pela Constituição.

Em sede penal, o poder investigatório está abrangido por inúmeros dispositivos legais dentro do âmbito das funções institucionais do Ministério Público, exercendo o controle externo da atividade policial, instaurando procedimentos investigatórios sob sua direção para subsidiar as apurações, hábil a erigir a prefacial acusatória e possibilitar, posteriormente, o ajuizamento da ação penal de iniciativa pública.

Referida autorização judicial para obter os indícios de autoria e de materialidade pode ser concedida de forma sucessiva, sobretudo quando versa a respeito de crimes que exigem uma investigação contínua, já que dotados de maior complexidade. Nesses casos, para a formalização da prova, devem ser transcritos todos os fragmentos do diálogo travado entre os investigados que interessem na elucidação do delito, dotados de relevância para o esclarecimento do caso *sub judice*, conforme preceitua o STF.

A imprescindibilidade de estar a referida autorização alicerçada na existência de elementos indiciários que apontem a autoria e materialidade delitivas consiste na necessidade de ser conferida ao indivíduo a proteção por parte do Estado, no afã de evitar a violação de outros princípios de índole constitucional. Nesse sentido, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL, LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO. DENÚNCIA ANÔNIMA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. NULIDADE DE PROVAS VICIADAS, SEM PREJUÍZO DA TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Hipótese em que a instauração do inquérito policial e a quebra do sigilo telefônico foram motivadas exclusivamente por denúncia anônima.

2. "Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedente do STJ" (HC 44.649/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 8/10/07).

3. Dispõe o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, que "não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando (...) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal". A delação anônima não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária, mas mera notícia dirigida por pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal).

4. A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada".

5. Realizar a correlação das provas posteriormente produzidas com aquela que constitui a raiz viciada implica dilação probatória, inviável, como cediço, em sede de habeas corpus.

6. Ordem parcialmente concedida para anular a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico no Processo 2004.70.00.015190-3, da 2ª Vara Federal de Curitiba, porquanto autorizada em desconformidade com o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, e, por conseguinte, declarar ilícitas as provas em razão dela produzidas, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada.¹⁵

À vista do entendimento do STJ, no caso acima, é possível se depreender que a inaceitabilidade da prova produzida com autorização judicial e que, entretanto, está em patente desacordo com as diretrizes que permitem a interceptação das comunicações telefônicas (autorização fundada em elementos subsistentes que tornem próxima a relação entre o investigado e o ilícito), reverbera a adoção da proporcionalidade.

¹⁵ BRASIL. STJ, 5. T., **Processo n.º 2006/0171344-7, HC 64096/PR**, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27 mai. 2008, DJe 04/08/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+64096&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 20 de novembro de 2010.

As interceptações telefônicas, judicialmente autorizadas, devem ser efetuadas em consonância com as restrições do art. 2º da Lei n.º 9.296/96, uma vez que pressupõem a relativização do sigilo dos dados telefônicos. Como se trata de uma intervenção do Estado nas garantias do indivíduo, não seria plausível que ocorresse em desacordo com as normas vigentes. Indo mais além, os procedimentos adotados nesses casos devem obedecer com rigor as disposições legais, porquanto seja imprescindível o resguardo do sigilo – seja como medida hábil a proteger a privacidade dos dados, tutelado pela CRFB/88, seja como forma de assegurar a eficácia do procedimento.

Válido perceber que a quebra do sigilo das comunicações e dos dados, como exceção à garantia constitucional, só pode estar amparado por fundamentos mínimos de materialidade e de autoria, sendo a proporcionalidade o método apto a elevar o interesse público na elucidação de um delito, em detrimento do sigilo previsto do art. 5º da CRFB/88.

Nesse sentido, o foco na funcionalidade / instrumentalidade do processo é abordado com veemência pela Resolução n.º 59, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina e uniformiza as normas atinentes às interceptações das comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática¹⁶.

Referida Resolução foi objeto de análise pela ADIn n.º. 4145, proposta ao Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Souza, em setembro de 2008, impugnando o procedimento adotado no caso das interceptações de comunicações telefônicas, sendo ressaltado, principalmente, a invasão do Conselho Nacional de Justiça para além do poder de regulamentar. A conseqüência prática consiste na possibilidade de ser anulada a diligência efetivada no decorrer do processo em caso de o ato jurisdicional não atender o preconizado pela Resolução.

A autoridade policial que preside o inquérito, ao remeter as informações para o Ministério Público acerca dos fatos apurados, conduz as investigações no intuito de fornecer todo o substrato probatório hábil a fundamentar a *opinio delicti*. Assim,

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 59, de 09 de setembro de 2008**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4872&Itemid=160>. Acesso em: 29 de novembro de 2010.

no legítimo exercício da atividade investigatória, o *Parquet* deve requerer a quebra do sigilo, flexibilizando os preceitos constitucionais apenas em situações excepcionais, quando existente um interesse, maior, na elucidação da empreitada delituosa – o que é demonstrado a partir de outros elementos de informação constantes do procedimento inquisitorial.

Conseqüentemente, o deferimento do pedido pelo magistrado está amparado por motivos justificáveis, os quais não podem ser levantados por uma denúncia anônima, sem que tenham sido colacionados quaisquer outros instrumentos que autorizem a violação de uma garantia constitucional, sobretudo em atenção ao inciso I do art. 2º da Lei nº. 9.296/96, o qual estabelece que a interceptação de comunicações telefônicas não será admitida quando inexistirem indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal.

Peculiaridades de cada caso à parte, é bem verdade que o esclarecimento da verdade dos fatos, no decorrer da instrução, não pode servir de amparo ao desenvolvimento da criminalidade, sendo a garantia constitucional um subterfúgio para acobertar atividades ilícitas – é o caso do abuso das normas de direitos fundamentais, assunto que será tratado no capítulo adiante.

CAPÍTULO 3

INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS: o comprometimento da busca da verdade processual e o direito à proteção penal

3.1. ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS, PRINCÍPIO DO FAVOR REI E INTERESSE PÚBLICO

É firme a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à admissibilidade das provas ilícitas, desde que utilizadas em favor do réu. O fundamento que alicerça tal entendimento consiste no fato de que o indivíduo ao qual é imputada uma acusação – a priori, inidônea – e que faz uso dos meios disponíveis para afastar a sua culpabilidade, atua sob estado de necessidade, e assim o faz por existir um bem maior ameaçado pela falsa imputação de um crime.

A plausibilidade de tal entendimento repousa sobre a garantia que tem o acusado de exercer a ampla defesa, como direito fundamental, já que a exclusão de uma prova, ainda que obtida através de meios escusos, poderia comprometer gravemente o exercício de sua liberdade. Neste caso, a decisão, se amparada pela tese da acusação, cominaria sanções incompatíveis com a possibilidade de ser comprovada a inocência. Assim, é excluída a antijuridicidade.

São uníssonas as decisões dos Tribunais quanto à admissão de um elemento probatório, obtido em desacordo quanto aos requisitos legalmente previstos, mas hábil a proteger um direito ameaçado, aplicando-se a teoria da proporcionalidade. Em virtude da causa excludente, a criminalidade da conduta é afastada, havendo que esta exige o elemento volitivo, consistente no ânimo que possui o agente de preservar o bem jurídico em conflito, que, no caso, é mais valioso do que o lesado (privacidade).

O banimento às provas ilícitas, nestes casos, se consubstanciaria numa afronta à própria dignidade do acusado, já que os direitos e garantias fundamentais

previstos na CRFB/88 destinam-se em especial a garantir que o cidadão não será alvo do arbítrio do Estado no exercício do *jus puniendi*.

É importante destacar que diante de situações como a retratada, a violação do sigilo das correspondências, das comunicações telefônicas, telegráficas e de dados, geralmente, em se tratando de casos de provas ilícitas *pro reo*, comumente é cometida por particulares.

Ora, a conduta mencionada é abraçada pelo princípio da proporcionalidade, o qual está implícito na Carta Constitucional, já que impõe a ponderação entre os bens jurídicos conflitantes, existindo um juízo mediador que interprete qual destes deve ser resguardado. Conforme ressaltado em outros momentos deste trabalho, a adoção da proporcionalidade é a alternativa para solucionar a problemática advinda de colisão de princípios, ponderando-se qual o bem jurídico de maior relevância em cada situação. Ao discorrer acerca da temática, Thiago Ávila aduz o seguinte:

“[...] há que se atentar que a prova ilícita não é sinônimo de prova falsa. Se uma pessoa está sendo acusada de tráfico de entorpecentes e produz uma prova ilícita para documentar sua inocência, cumpre ao juiz, superada a análise da proporcionalidade sobre a admissibilidade da prova, examinar a veracidade da prova, especialmente diante do conjunto probatório. Se o acusado é realmente culpado e produz uma prova falsa (forja uma suposta interceptação telefônica que o inocentaria), o problema a ser solucionado não é de admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, mas de sua valoração. Obviamente, a coação para um testemunho mendaz também não está alcançada pela exceção que ora se reconhece.¹⁷

Marcelo Misaka, por sua vez, acrescenta que

“no tocante às limitações legais (proibições de obtenção de provas por meios ilícitos e de produção de prova contra si mesmo, limitação à apresentação de documentos em determinadas fases processuais, etc.), *venia concessa*, não são fatores impeditivos e a desautorizar a busca pela verdade. Ao contrário, cuida-se de diretrizes legais, balizas a legitimar e conduzir (estabelecendo o proibido e o permitido) os sujeitos processuais na atividade probatória. Referidas balizas, desde que razoáveis, cumprem

¹⁷ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Op.cit.*, p.206-207.

importante papel no sistema processual, haja vista que impedem que os fins justifiquem sempre os meios utilizados.”¹⁸.

À luz da teoria dos direitos fundamentais, resta concluir que a incidência do princípio da proporcionalidade autoriza a conduta daquele acusado que comprovou a não culpabilidade por intermédio de uma prova obtida com violação aos preceitos do ordenamento jurídico, afastando a ilegitimidade desta conduta. Assim sendo, não deve ser a prova considerada ilícita, mas em confronto com as regras preestabelecidas.

Por outro lado, é certo que a utilização de tal garantia pelo acusado não pode sobrepujar os interesses da coletividade, sacrificando a própria ordem jurídica por superveniência de uma flexibilização das garantias individuais.

É o caso do indivíduo que, no direito à inviolabilidade das correspondências e à intimidade, utiliza os recursos que lhes são disponibilizados a fim de manter uma atividade ilícita, como o tráfico de substâncias entorpecentes no interior de um estabelecimento prisional. O Estado, no dever que possui de albergar os apenados, garantindo-lhes todas as inviolabilidades previstas constitucionalmente e inerentes à dignidade da pessoa humana, não pode ampliar a dimensão subjetiva destes direitos em detrimento do interesse comum, sobretudo pelo seu dever de promover a segurança pública.

Diante de tais premissas, é certo que o resguardo dos sigilos telefônico e epistolar, em situações como estas, não podem ceder à criminalidade, devendo existir uma ponderabilidade no caso concreto – sob pena de comprometer a própria estrutura lógica da coordenação dos princípios constitucionais. Ora, inexistem princípios absolutos no ordenamento jurídico, sendo flexibilizada a sua respectiva valoração de acordo com o caso *sub judice*.

Nesse sentido, com relevância apresentamos as considerações de Thiago André Pierobom de Ávila, ao elucidar que

¹⁸ MISAKA, Marcelo Yukio. **Os poderes investigatórios do Juiz na investigação preliminar**. In CUNHA, Rogério Sanches *et al.* **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.324.

O problema passa pela seguinte pergunta: *pode o Estado cometer crimes sob o pretexto de punir outros crimes?* A resposta a esta questão passa pelo próprio conceito de crime. Diariamente, a atividade policial é desenvolvida com a prática de fatos típicos: a prisão é um seqüestro, o cumprimento de um mandado de busca e apreensão é um roubo, a violência utilizada para evitar uma resistência à prisão é uma lesão corporal, enfim, toda atividade de investigação é uma grande invasão à privacidade alheia. Todas estas condutas policiais são fatos típicos, mas sua antijuridicidade é excluída pela presença de justa causa: a repressão ao crime como forma de realização do princípio constitucional da proteção penal eficiente dos direitos fundamentais dos demais cidadãos. Obviamente, tal atividade há que se desenvolver sob os parâmetros constitucional e legalmente estabelecidos, como condição de validade, sob pena de resvalar no discurso do recrudescimento do sistema penal, conhecido como 'lei e ordem'(...) é o exame da proporcionalidade, como princípio reitor da solução das antinomias jurídicas, que legitima todas estas condutas. A verdadeira pergunta a ser formulada é sobre qual o nível de violência aceitável para a legitimidade do funcionamento do sistema de justiça criminal.¹⁹

Nesse matiz é o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria. Em situação na qual foi diligenciada a busca e apreensão no interior de um estabelecimento de habitação coletiva (hotel), a aquisição da prova ocorreu sem a observância dos requisitos legais, inexistindo autorização judicial prévia para tanto.

Naquele processo, a prova obtida pelo Ministério Público com base em transgressão à inviolabilidade domiciliar não foi admitida, sustentando aquele Tribunal que a ação persecutória do Estado não poderia estar apoiada sobre provas produzidas ilicitamente, ressaltando ainda que as bases democráticas do Estado de Direito -- consagradas pelo art. 1º da CRFB/88 --, desautorizam a utilização de provas obtidas com a violação de normas de direito material ou processual.

A problemática repousa sobre a prova incriminadora que, sem atender aos requisitos predeterminados pela legislação, serviriam, a priori, para incriminar o indivíduo, sem que tivesse sido previamente observada a constatação de indícios mínimos aptos a apontar a autoria do mesmo. Ora, estando a ordem jurídica reafirmada sobre o reconhecimento dos direitos fundamentais, admitir uma prova ilícita certamente descaracteriza a idéia de proteção pelo próprio ente público, o qual, neste caso, atuaria de modo arbitrário.

¹⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Op.cit.*p.207-208.

3.2. ANÁLISE DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO CASO CONCRETO

3.2.1. Crimes cometidos por funcionários públicos

É necessário frisar que nem sempre os direitos individuais serão sobrepostos em prejuízo dos imperativos de proteção penal e de segurança pública, afinal, conforme justificado no capítulo primeiro, os princípios não se revestem sob a forma absoluta. Não é possível a elaboração de afirmações categóricas e genéricas, tendo em vista que as especificidades do caso concreto irão delimitar a existência de exceções, ao passo que em cada uma delas será feito um juízo valorativo a respeito da restrição das provas, tendo como centro da questão o bem jurídico protegido. Nesses casos, a proporcionalidade permitirá a ponderação do interesse a prevalecer.

Em recente julgado, o STF, ao apreciar uma situação na qual foram documentadas no processo as escutas telefônicas pela vítima de crime de peculato, firmou entendimento no sentido de admitir estas provas, ainda que produzidas, claramente, sem que o interlocutor – servidor público – tivesse conhecimento a respeito da mesma. Conferir:

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Documentos. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedentes. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas.²⁰

²⁰ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Questão de ordem na Petição n.º 3683 QO/MG**, rel. Min. Cezar Peluso, data do julgamento: 13 ago.2008, p. 102-104, Ementário v. 02349-05, p.1012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Pet+3683&base=baseAcordao>>. Acesso em: 21 de novembro de 2010.

Sendo o cometimento do tipo previsto pelo art. 312 do CPB exaurido durante o exercício da função pública pelo agente, não poderia ser oposta a inviolabilidade do sigilo quando a sua conduta, mormente por estar o ato administrativo revestido pelo manto da moralidade e da publicidade. Por estas razões, a improbidade administrativa (no caso, consistente na burla ao processo licitatório) e a desconsideração da privacidade do servidor durante o exercício de suas funções foram justificativas subsistentes para aceitar as provas.

De forma análoga, decidiu aquela Corte pelo aproveitamento do conteúdo probatório advindo de interceptações telefônicas e escutas ambientais judicialmente autorizadas em sede de inquérito policial, para a sua utilização em procedimento administrativo disciplinar.

O caso versou acerca do cometimento de ilícitos administrativos por parte de agentes públicos, e o uso das provas como fundamento para a sanção administrativa pertinente a outros servidores foi admitido pelo STF, esteado no art. 5º, XII, da CRFB/88 e do art. 1º da Lei nº. 9.296/96. Verifica-se que o entendimento foi válido não só para aqueles contra os quais teria sido autorizada a medida, estendendo-se aos demais servidores envolvidos nos ilícitos que culminaram no pedido de quebra de sigilo.

Em relação àquelas transcrições coligidas aos autos do processo por um dos interlocutores, o entendimento do STF é que não ocorre interceptação telefônica quando a conversa é gravada por um destes, ainda que receba o auxílio de um repórter.

No caso em comento²¹, o recorrente foi condenado em virtude do cometimento do crime de concussão, por ter, na condição de policial, exigido e recebido uma vultosa importância monetária para deixar de prender um indivíduo contra o qual fora expedido mandado de prisão temporária. Recorreu da decisão por considerar que as gravações foram efetivadas por terceiros, que não incluíram as vítimas, afastando a legalidade da prova.

²¹ BRASIL. STF, 2.T, **Agravo regimental no recurso extraordinário RE 453.562 AgR/SP**, rel. Min. Joaquim Barbosa, data do julgamento: 23 set. 2008, Ementário v.02343-04, p. 783. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE+453562&base=baseAcord aos>>. Acesso em: 22 de novembro de 2010.

A vítima, levando ao conhecimento da corregedoria da polícia a ocorrência do ilícito, efetuou a gravação de dois diálogos travados entre os investigadores de polícia e a vítima, o que sequer caracteriza a interceptação telefônica, mas mera gravação – já que aquela ocorre com o desconhecimento de dois ou mais interlocutores, carecendo do estrito cumprimento dos requisitos exigidos pela legislação constitucional e infraconstitucional. A mera gravação, portanto, foi enquadrada dentro da legalidade, plenamente admitida para os fins daquele processo.

3.2.2. Casos fortuitos

O conhecimento fortuito se consubstancia, basicamente, na descoberta de uma nova participação na conduta criminosa, emergida durante a realização de diligências investigatórias outras. No caso, existe a possibilidade de uma interceptação telefônica, autorizada de ofício ou a requerimento pelo *Parquet*, versar acerca de um ilícito. No curso da medida cautelar, o teor do diálogo travado entre os interlocutores evidencia a existência de um segundo crime, cometido por outra pessoa envolvida na empreitada delituosa, ou mesmo a participação dos mesmos investigados noutra ilícito.

Ou ainda, durante um procedimento de busca e apreensão implementada em domicílio do investigado, serem encontrados os indícios materiais de participação em uma segunda empreitada delituosa, caracterizando a prova ilícita por derivação.

Em ambos os casos, denota-se que a informação é acrescida aos autos de forma casual, forma de descoberta eventual ou inesperada, mas que encontra correlação com o crime apurado através daquela diligência; forma análoga, as duas situações são destituídas de má-fé ou premeditação por parte das autoridades envolvidas no caso, as quais representam o Estado no exercício do *jus puniendi*.

Cumprir destacar que existe uma finalidade precípua na adoção de limites ao direito de produzir provas, que reside, conforme amplamente mencionado no decorrer do trabalho, na exclusão das medidas dotadas de arbitrariedade por parte

do Estado, refutando toda e qualquer interceptação efetuada de forma ilegal, como os denominados grampos clandestinos, certamente não olvidando do interesse público na elucidação de outros crimes, de igual ou maior nocividade para a coletividade.

Em virtude das razões ora expendidas, tal modalidade de conhecimento dos fatos não obsta à admissibilidade das provas. Contudo, para que esta ocorra, devem ser ponderados em cada situação a existência do elemento subjetivo na conduta, doloso, na elaboração do elemento instrutório – que afastaria a aceitação de tais provas --, bem como os interesses colidentes.

É interessante mencionar também, dentro destas exceções encontradas na questão da admissibilidade das provas, o entendimento do STF quanto àqueles fatos cuja pena máxima cominada é a detenção. Consoante aduzido no capítulo anterior, a Lei n.º 9.296/96 dispõe, em seu art. 2º, que a interceptação das comunicações telefônicas não será admitida quando: *i)* não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; *ii)* a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; *iii)* o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Em recente julgado ²², o STF assentou que a prova, lícitamente conduzida (mediante autorização judicial), quando no curso das investigações foi descoberta a participação em crime conexo de uma terceira pessoa, então punido com detenção.

Nos casos fortuitos, é imperioso ressaltar que a admissibilidade das provas não confronta com a igualdade processual, também objeto de proteção da garantia constitucional. É que no curso de regular instrução, uma vez descobertos os indícios de autoria e de materialidade, inexistiu irregularidade na conduta do órgão incumbido de realizar a diligência. Não se pode falar em desequilíbrio quando inexistiu o intuito de violar a privacidade, a intimidade ou o domicílio quando a informação emergiu fortuitamente.

²² BRASIL. STF, 2 T, **Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 626214 AgR/MG**, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 21 set. 2010, Ementário v. 02418-09, p. 1.825. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=intercepta%E7%E3o+telef%F4nica&base=baseAcordaos>>. Acesso em 22 de novembro de 2010.

É certo que a inadmissibilidade das provas ilícitas consiste numa norma assecuratória dos direitos e garantias individuais ou mesmo a qualidade do material probatório que irá instruir o processo, sujeito a uma valoração pelo magistrado. Entretanto, na situação em comento, trata-se de um conhecimento adquirido de maneira fortuita, que, segundo o entendimento daquela Corte, não conflita com a citada Lei da Escuta Telefônica, estando em plácida consonância com o art. 5º, XII e LVI, da CRFB/88.

3.3. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº. 9.296/96

As limitações apresentadas pela Constituição Federal quanto à gênese das provas, conforme foi exaustivamente tratado no decorrer deste trabalho, estão disciplinadas pela proibição das provas ilícitas (art. 5º, LVI) e, mais adiante, pela inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas (inciso XII).

No ano corrente, foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.112 pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), impugnando alguns dispositivos da Lei n.º 9.296/96, que regulamenta a parte final do inciso XII, do art. 5º, da CRFB/88, argüindo na inicial a inconstitucionalidade dos seguintes fragmentos:

Art. 1.º [...]

Parágrafo único, O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática ou telemática.

[...]

Art. 2.º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

[...]

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

[...]

Art. 3.º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - Da autoridade policial, na investigação criminal;

II – do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 4.º [...]

§2.º O juiz, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, decidirá sobre o pedido.
[...]

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.
Pena: reclusão, de 2 (dois) a 4(quatro) anos, e multa.

Sustentou o PTB a existência de ofensa aos preceitos insertos no art. 5.º da Carta Constitucional de 1988, na medida em que esta última tão somente previu a interceptação de comunicação telefônica, donde não se inclui, em tese, as interceptações informática e telemática.

Foi acrescentado que a possibilidade conferida pela CRFB/88 limita-se aos delitos graves, além de estarem algumas expressões (a saber, “de ofício” e “na instrução processual penal”) eivadas de violação aos princípios da imparcialidade do magistrado e do contraditório, acentuando, ainda, que a fixação de prazo para apreciação do requerimento se consubstancia numa ofensa ao devido processo legal.

O Ministério Público Federal, encampando a manifestação da Advocacia Geral da União, emitiu parecer no sentido de que as interceptações informáticas e telemáticas consistem em variações da interceptação telefônica.

É certo que as balizas constitucionais insculpidas no art. 5.º têm a finalidade de salvaguardar a comunicação em si, a privacidade do indivíduo, afastando a apreciação pelo Poder Judiciário de gravações clandestinas que porventura tenham sido efetivadas durante o trâmite do processo judicial – ou mesmo do inquérito policial.

Não estando dissociadas, não subsistiriam os fundamentos para a arguição de sua inconstitucionalidade. Conforme ressalta Avolio, a questão já tinha sido objeto de debate no curso da ADIn 1488-9-DF, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, sendo indeferido o pedido liminar requestado.

Contudo, este doutrinador entende que “as comunicações de dados não são passíveis de interceptação, resultando inconstitucional o parágrafo único do art. 1.º da Lei n.º 9.296/96 (...) Telemática, por outro lado, trata da manipulação e utilização

da informação através do uso combinado do computador e meios de comunicação. O âmbito de aplicação da telemática transcende a disciplina do sigilo das comunicações e da teoria sobre as interceptações telefônicas”²³.

De forma diversa é o entendimento compartilhado pelo MPF, aduzindo que a expansão conferida pela legislação infraconstitucional, incluindo as variações “informática e telemática”, se consubstancia no poder que está investido o Estado em interceptar *informes em tráfego*. Igualmente, o STF, ao apreciar a matéria, sustentou que o objeto juridicamente protegido é o sigilo das comunicações, que não é passível de violação por outrem, exceto nos termos da lei – para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Observe-se que quando a própria Constituição inclui no inciso XII a expressão “*no último caso*”, refere-se às comunicações telefônicas; ao passo que ao prever expressamente “*por ordem judicial e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação...*”, delega à Lei n.º 9.296/96 a regulamentação de tal matéria, razão que justifica, de per si, a abrangência das comunicações telemáticas e informáticas.

Consoante ressaltado alhures, carecem de fundamentos plausíveis a alegação quanto à violação ao contraditório.

Sendo a interceptação das comunicações uma diligência realizada no curso da instrução, preliminar ou processual, o contraditório é realizado após a juntada do documento nos autos, para que as partes se manifestem.

É forçoso acrescentar que a natureza das interceptações telefônicas é de prova documental; como reprodução fonográfica que é, está submetida à degravação pela perícia, a qual analisará a veracidade e autenticidade do referido documento, constituindo então uma prova pericial. Não se pode relegar que a natureza desta prova exige uma necessária produção antecipada, permitindo a segurança do ato produzido.

Destarte, em se tratando de provas emprestadas atinentes às interceptações telefônicas, o contraditório é o diferido ou postergado – efetivado futuramente --,

²³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op.cit.*, p. 173-174.

assim, como medida cautelar, a impugnação das partes sobre o cumprimento dos requisitos e acerca de seu conteúdo é feita *a posteriori*.

Segundo o posicionamento adotado no decorrer deste trabalho, não subsistem razões em afirmar que a determinação, de ofício, pelo juiz, da interceptação do Estado no sigilo das comunicações de outrem virá a provocar uma ofensa à imparcialidade. No julgamento do HC 103.236/ES, o Ministro Gilmar Mendes assim se manifestou quanto à admissibilidade das provas (interceptações telefônicas), utilizadas no processo para incriminar o paciente:

Esta Corte, por diversas vezes, já demonstrou seu entendimento no sentido de que não há qualquer direito absoluto, mas, sim, direitos que colidem e se restringem mutuamente, e essa ponderação pode ser resolvida pela norma infraconstitucional, desde que não haja ofensa ao núcleo essencial do direito, o que faria dela uma norma nula por inconstitucionalidade. (...) em casos como o em apreço, o magistrado, ao supervisionar o inquérito policial, atua como verdadeiro moderador dos pedidos formulados, visando, sobretudo, preservar a legalidade dos atos praticados.²⁴

Corroborando o aduzido, não se pode falar em parcialidade do magistrado quando o mesmo atua em cumprimento da lei infraconstitucional (Lei n.º 9.296/96) e de suas funções jurisdicionais. Em todos os modelos processuais penais, conforme ressalta Antônio Scarance Fernandes²⁵, em sua obra já citada, o juiz tem assegurada a participação na produção probatória, ao velar pela promoção do direito à prova a ser exercido pelas partes.

Conforme se pode observar, a teoria da proporcionalidade encontra ampla aceitabilidade por parte da doutrina, subsistindo pelos seus próprios fundamentos, como decorrência lógica das garantias previstas pela CRFB/88. Não há incompatibilidade entre o mesmo e as exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas. Sendo um princípio sobre princípios, atua como instrumento de coordenação do ordenamento jurídico brasileiro, estando amparada a teoria pela jurisprudência do

²⁴ BRASIL. STF, 2ª T. **Habeas corpus 103.236/ES**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJe n.º164, julgado em 14 jun. 2010, Ementário v. 2413-03. p. 641. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=intercepta%E7%E3o+telef%F4nica&base=baseAcordaos>>. Acesso em 28 de novembro de 2010.

²⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.p.57.

Supremo Tribunal Federal, maior intérprete da Carta Constitucional de 1988, mostrando-se imprescindível à elaboração de julgamentos equânimes face às particularidades do caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dever de proteção por parte do Estado no âmbito dos direitos e garantias fundamentais possui um desdobramento de maior amplitude, consistente tanto na obrigatoriedade de proibir determinadas condutas lesivas a outrem, como o dever de promover a segurança e de prevenir riscos. Abarca também o direito a normas procedimentais e de organização, proporcionando a segurança jurídica quanto ao fiel cumprimento das intervenções que porventura possam violar os direitos previstos pelo art. 5º, da CRFB/88.

A nova realidade prescinde da adequação entre as garantias individuais, fornecidas pelo modelo garantista, e a efetividade do Direito Penal, o que implica na flexibilização dos princípios constitucionais – é que estes, considerando a finalidade do processo, não são estanques ou revestidos sob um manto absoluto, sob pena de comprometer a eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais.

Destarte, o Processo Penal deve primar pela sua instrumentalidade, oferecendo uma proteção eficiente dos direitos do indivíduo, sem que seja desvirtuado o conteúdo dos outros princípios constitucionais que informam todo o sistema, daí afigurando-se possível a ponderação de cada um destes no caso concreto.

A dimensão subjetiva do dever de proteção, conforme foi observado ao longo do trabalho, não é passível de flexibilização em situações nas quais outros bens ou interesses figuram como de maior relevância do que os direitos e garantias individuais.

Diante de tais situações, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de aplicar o princípio da proporcionalidade, ainda que sob outra denominação, admitindo provas hábeis a apontar a autoria de um delito, sempre que o indivíduo faça uso das garantias constitucionais de forma abusiva, utilizando-as para, através destas, perpetrar crimes.

A inadmissibilidade das provas ilícitas, à luz das decisões jurisprudenciais, comporta exceções, tornando clara a adoção da proporcionalidade, respaldada na

maior valoração de outros bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, por superveniência do interesse público. Importa considerar que, existindo situações reconhecidas pelo Direito, hábeis a afastar a ilicitude do ato, as provas produzidas através deste são consideradas válidas, ocorrendo o seu aproveitamento no processo, a exemplo dos casos fortuitos.

Os mecanismos de proteção, explicitados em muito através dos princípios constitucionais, embora sujeitos à idéia de ponderação, não podem desencadear a relativização dos direitos fundamentais, dando margem à injustiça, mas em consonância com toda a ordem constitucional existente, bem como os limites da razoabilidade.

Ante os argumentos expendidos ao longo do trabalho, a inadmissibilidade das provas ilícitas, inserta no inciso LVI do art. 5.º da CRFB/88, na medida em que expressa a proteção do indivíduo face a eventuais arbitrariedades do Estado, é passível de ser alcançada pela teoria da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo descomplicado**. São Paulo: Método, 2008.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3.ed.rev. e atual., em face das Leis n.9.296/96 e 10.217/2001e da jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Brasília, DF: Senado, 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em 28 de novembro de 2010.

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

_____. **Lei de Introdução ao Código Civil**. Decreto-Lei nº.4.657, de 04 de setembro de 1942. Brasília, DF, 04 de setembro de 1942. <Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em: 05 de novembro de 2010.

_____. **Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII , parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF, 24 de julho de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso em: 01 de novembro de 2010.

_____. PGR - Procuradoria-Geral da República. **Resolução nº. 88, de 03 de agosto de 2006, do Conselho Superior do Ministério Público Federal**. Altera as Resoluções do CSM PF nºs 32, de 9 de dezembro de 1997, e 82, de 16 de setembro de 2005, que regulamentam o controle externo da atividade policial, e dá outras providências. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/enunciados>>. Acesso em: 19 de novembro de 2010.

_____. CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º **59, de 09 de setembro de 2008**. Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4872&Itemid=160>. Acesso em: 29 de novembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Habeas corpus n.º 94.387 DE/RS**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 06 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC+94387&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 de novembro de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **Processo n.º 2006/0171344-7, Habeas corpus n.º 64.096/PR**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 27 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+64096&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 20 de novembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Questão de ordem na petição n.º 3683/MG**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 13 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Pet+3683&base=baseAcordaos>>. Acesso em 21 de novembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **Agravo regimental no recurso extraordinário n.º 453.562**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 23 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE+453562&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 de novembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 626.214/MG**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 21 de setembro de 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=intercepta%E7%E3o+telef%E4nica&base=baseAcordaos>>. Acesso em 22 de novembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **Habeas corpus n.º 103.236/ES**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe nº164. Julgado em 14 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=intercepta%E7%E3o+telef%E4nica&base=baseAcordaos>>. Acesso em 28 de novembro de 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIMENTI, Ricardo Cunha [et al.]. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches *et al.* **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FELDENS, Luciano. **O dever estatal de investigar**. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pp. 222-243.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FILHO, Willis Santiago Guerra. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no Processo Civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **As prerrogativas processuais na investigação policial**. In Revista CEJ, Brasília, Ano XII, n. 41, abr./jun.2008. p.47-48.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do Direito Processual, de acordo com a Constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1984. p.17-44.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MISAKA, Marcelo Yukio. **Os poderes investigatórios do Juiz na investigação preliminar**. In CUNHA, Rogério Sanches *et al.* **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.324.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Lumen Iuris Editora, 2008.

SILVA, Ivan Luís Marques. **O Direito Penal como garantia fundamental: o novo enfoque decorrente da globalização**. Dissertação (Universidade de São Paulo), São Paulo, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil – estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan: UCAM, IUPERJ, 1998.