

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO
CEARÁ – ESMEC**

Curso de Especialização em Direito Constitucional

**A TEORIA DA LEGÍTIMA DEFESA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Mariana Rodrigues de Assis

Fortaleza - Ceará
Dezembro – 2011

MARIANA RODRIGUES DE ASSIS

**A TEORIA DA LEGÍTIMA DEFESA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Monografia submetida à
Coordenação do Curso de Pós-
Graduação da Escola Superior da
Magistratura do Estado do Ceará –
ESMEC, como exigência parcial
para a obtenção do grau de
Especialista em Constitucional, sob
a orientação do Professor Mestre
Juraci Mourão Lopes Filho.

Fortaleza - Ceará
2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
Biblioteca Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho

A844t

Assis, Mariana Rodrigues de

A teoria da legítima defesa dos direitos fundamentais.

/ Mariana Rodrigues de Assis – 2011. 68 f.

Monografia (Especialização) – Tribunal de Justiça do Estado do
Ceará, Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará,
Especialização em Direito Constitucional, Fortaleza, 2011.

Orientação: Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho.

1. Teoria dos direitos fundamentais. 2. Colisões. 3. Legítima Defesa.
I. Título.

CDDIR 341.528

Bibliotecário: Jackson Clayton dos Anjos Lima CRB-3/1686

MARIANA RODRIGUES DE ASSIS

A TEORIA DA LEGÍTIMA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Pós-Graduação da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Constitucional.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Juraci Mourão Lopes Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Ms. Janaína Noletto
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Ms. Anarda Araujo
Universidade de Fortaleza - UNIFOR

AGRADECIMENTOS

Ao professor Juraci Mourão Lopes Filho, por aceitar a tarefa de orientação.

As professoras Janaína Noletto e Anarda Araujo, por aceitarem participar da banca examinadora desta monografia.

Aos meus pais por sempre acreditarem no meu potencial, dando-me a força necessária para lutar pelos meus objetivos.

“Nas grandes batalhas da vida, o primeiro passo para a vitória é o desejo de vencer”.

Mahatma Gandhi

RESUMO

O presente trabalho envolve a análise do fenômeno da colisão entre direitos fundamentais e da aplicação do princípio da proporcionalidade como método para solução de conflitos de direitos fundamentais mediante a ponderação de interesses envolvidos no caso concreto. Dessa forma, os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal podem sofrer restrições, tendo em vista que uma das características desses direitos é o seu aspecto de não serem absolutos, encontrando seus limites em outros direitos fundamentais. No que concerne à Teoria da Legítima Defesa dos Direitos Fundamentais foi abordada a relativização da garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, de acordo com o princípio da proporcionalidade, à luz dessa teoria, tendo em vista que os direitos fundamentais não se prestam ao acobertamento da prática de atos ilícitos. A metodologia utilizada para a viabilização dos objetivos propostos consistiu em um estudo exploratório descritivo-analítico, desenvolvido por meio de uma pesquisa pura, de natureza qualitativa, do tipo bibliográfica.

Palavras-chave: Teoria dos direitos fundamentais. Colisões. Legítima Defesa. Princípio da Proporcionalidade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 NOÇÕES SOBRE A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
1.1 Distinção terminológica entre os direitos humanos e os direitos fundamentais: uma questão preliminar.....	11
1.2 As dimensões dos direitos fundamentais.....	13
1.3 As dimensões subjetiva e objetiva.....	14
1.4 Características.....	17
1.5 A natureza jurídica das normas de direitos fundamentais: Normas-Regra <i>versus</i> Normas-Princípio.....	19
1.6 A Dignidade da Pessoa Humana e os direitos fundamentais.....	21
1.6.1 Aspectos históricos: cristianismo, idade média e o pensamento kantiano.....	22
1.6.2 A Dignidade da Pessoa Humana como Norma-Regra e como Norma-Princípio.....	24
1.6.3 A Dignidade da Pessoa Humana como limite e como tarefa da atuação estatal.....	25
1.6.4 A Dignidade da Pessoa Humana como ponto de convergência dos direitos fundamentais e como elemento central da determinação do núcleo essencial destes direitos.....	27
1.7 Dos direitos fundamentais implícitos e explícitos.....	29
2 A LEGÍTIMA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	33
2.1 O instituto da legítima defesa no direito penal.....	33
2.1.1 Origem.....	34
2.1.2 Elementos.....	34

2.2 A limitação dos direitos fundamentais perante a prática de atos ilícitos por parte do seu titular: o uso do princípio da proporcionalidade.....	37
2.2.1 Origem, fundamentação e finalidade do princípio.....	39
2.2.2 Distinção do princípio da razoabilidade.....	41
2.2.3 Subprincípios.....	43
2.2.4 O limite dos limites: a Dignidade da Pessoa Humana como definidor do núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	45
3 A ANÁLISE DA TEORIA DA LEGÍTIMA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDENCIA DO STF PERANTE SITUAÇÕES CONCRETAS.....	49
3.1 A realização da “gravação clandestina”.....	50
3.2 A exceção do sigilo bancário pela autoridade fiscal.....	53
3.3 Os poderes investigativos do Ministério Público.....	58
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

Um tema bastante discutido entre os operadores do Direito diz respeito à colisão entre direitos fundamentais que surge quando o exercício de um direito fundamental entra em choque com o exercício de outro direito fundamental ou na hipótese de choque entre um direito fundamental e um outro bem jurídico protegido constitucionalmente. Nesse caso, surge a dúvida em torno do conhecimento acerca de qual direito fundamental deve ser aplicado quando dois ou mais direitos entram em conflito, qual o método utilizado para encontrar a solução mais adequada e até que ponto um direito fundamental pode ser restringido.

Diante de uma colisão, o intérprete poderá utilizar-se do princípio da proporcionalidade, por intermédio dos seus subprincípios - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, para encontrar uma solução que pondere, no caso concreto, os direitos fundamentais conflitantes, a fim de analisar qual a medida mais razoável a ser adotada, resguardando o núcleo essencial do Direito.

Essa relativização dos direitos fundamentais é admitida tendo em vista que no ordenamento jurídico brasileiro nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto. Assim, sempre será possível o sacrifício de um direito em prol de outro, dada a relatividade dos direitos e garantias constitucionais por meio do princípio da proporcionalidade, o qual encontra fundamentação implícita na adoção do Estado de Direito.

Outro ponto importante a ser analisado é em relação à garantia prevista no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, o qual veda a utilização de provas adquiridas por meio ilícito no processo penal. Entretanto, tanto na doutrina quanto na jurisprudência existem grandes divergências sobre o entendimento da referida vedação.

A doutrina moderna tem-se manifestado no sentido da adoção do princípio da proporcionalidade no Direito pátrio, atenuando a vedação constitucionalmente prevista para, em casos excepcionais, admitir a prova ilicitamente obtida. Assim, em algumas situações, far-

se-á necessária a utilização da prova ilícita quando se verificar que o interesse a ser protegido é mais relevante do que o princípio a ser restringido.

De acordo com a Teoria da Legítima Defesa dos Direitos Fundamentais, a prova ilícita obtida mediante conduta justificada, ou seja, com exclusão de ilicitude, pode ser convalidada, tornando-a lícita e, por conseguinte, válida para ser utilizada no processo. Nesse caso, não se trata de afronta ao art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, pois não se está a utilizar de prova ilícita.

Diante dessas notas introdutórias, buscou-se desenvolver pesquisa monográfica que responda aos seguintes questionamentos: Segundo a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, qual a forma de solucionar a existência de colisão de direitos fundamentais? Os direitos garantidos no art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal podem ser limitados? O que se entende pela Teoria da legítima defesa dos direitos fundamentais?

Destarte, tem-se como objetivo geral analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade quando verificada a existência de colisão de direitos fundamentais como forma de solucionar esse impasse no caso concreto.

No que concerne aos objetivos específicos, tem-se a análise das noções elementares acerca da teoria geral dos direitos fundamentais, com vistas a consolidar a sua compreensão e firmar as bases para o seu desenvolvimento; analisar a possibilidade da utilização das provas obtidas por meio ilícito, mitigando a garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LVI da CF, através da utilização do princípio da proporcionalidade; analisar a Teoria da Legítima Defesa dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência do STF.

A metodologia utilizada na monografia caracteriza-se como um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa do tipo bibliográfica, ou seja, mediante explicações embasadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, enfim, publicações especializadas, imprensa escrita e dados oficiais publicados na Internet; quanto à utilização e abordagem dos resultados, trata-se de uma pesquisa pura, na medida em que tem como único fim a ampliação dos conhecimentos; e qualitativa, porquanto busca apreciar a realidade do tema no ordenamento jurídico pátrio; quanto aos objetivos, trata-se de um estudo descritivo, posto que busca descrever, explicar, classificar, esclarecer o problema apresentado, e exploratório, visto que objetiva aprimorar as ideias através de informações sobre o tema em foco.

O primeiro capítulo faz um estudo sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, analisando a distinção terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais, as dimensões e características dos direitos fundamentais, a natureza das normas de direitos fundamentais que se dividem em normas-regra e normas-princípio, e a forma de solução de conflitos existente entre essas normas jurídicas. Ao final, traz o estudo do princípio da dignidade da pessoa humana, identificando os seus pontos de vinculação com os direitos fundamentais.

No segundo capítulo preconiza-se o estudo do instituto da legítima defesa dos direitos fundamentais, abordando sua origem e seus elementos objetivo e subjetivo, além de se estudar o princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre direitos fundamentais e seus subprincípios: o da adequação ou conformidade, o da necessidade ou exigibilidade, e o da proporcionalidade em sentido estrito.

O terceiro capítulo vem abordar a relativização da garantia constitucional das provas obtidas por meio ilícito, dando ênfase à prova ilícita obtida mediante conduta justificada e a Teoria da Legítima Defesa dos Direitos Fundamentais do ponto de vista firmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, analisando os seguintes casos práticos: a realização da gravação clandestina, a exceção do sigilo bancário pela autoridade fiscal e os poderes investigativos do Ministério Público.

1 NOÇÕES SOBRE A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição de 1988 foi de grande importância para a formação do catálogo dos direitos fundamentais, o qual foi resultado de um processo de redemocratização após longos anos de ditadura. De acordo com Moraes (2005, p.1):

Essas idéias encontram um ponto fundamental em comum a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.

Complementa Moraes (2005, p.2) que:

Os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação do poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Dessa forma, os direitos fundamentais foram tratados na Constituição com a finalidade de combater o abuso de poder estatal que marcou a época da ditadura e também contra a interferência de terceiros na esfera de proteção assegurada aos indivíduos.

1.1 Distinção terminológica entre os direitos humanos e os direitos fundamentais

Primordial ao estudo do tema, faz-se necessária a definição da terminologia adequada a ser utilizada, tendo em vista que são empregadas várias expressões para designar os direitos fundamentais, tais como: direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais. A própria Constituição Brasileira de 1998 faz referência a diversas expressões na abordagem dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p.27).

Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p.29) confere uma distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais através do aspecto espacial da norma:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Pode-se verificar, então que, a expressão direitos humanos tem sido utilizada para identificar os direitos inerentes à pessoa humana na ordem internacional, enquanto que a expressão direitos fundamentais refere-se ao reconhecimento destes e de outros interesses juridicamente protegidos no ordenamento jurídico nacional. Dessa forma, o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concepção positiva. Neste sentido Canotilho (1999, p.369):

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Percebe-se, então que os direitos humanos são mais abrangentes do que os direitos fundamentais, tendo em vista que estes consistem em direitos delimitados espacial e temporalmente por serem reconhecidos pelo ordenamento jurídico de determinado Estado.

É importante ressaltar que a efetividade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é diferente, tendo em vista que, como os direitos fundamentais estão positivados constitucionalmente, têm sua eficácia assegurada pelos tribunais de cada Estado. Neste ponto Sarlet (2009, p.33) é incisivo ao afirmar que:

Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a ideia de que são os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos.

Entende-se que a diferença traçada entre direitos humanos e direitos fundamentais não significa desconsiderar a íntima relação entre essas duas categorias, uma vez que a

Constituição já se inspirou diversas vezes nos tratados internacionais. É o que ressalta Sarlet (2009, p.34-35):

Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões ‘direitos humanos’ (ou direitos humanos fundamentais) e ‘direitos fundamentais’, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas.

Complementam esse entendimento Mendes, Coelho e Branco (2008, p.244):

Essa distinção conceitual não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais. É de ressaltar a importância da Declaração Universal de 1948 na inspiração de tantas constituições do pós-guerra.

Pode-se verificar, então, que é mais adequado para o Estado em tela utilizar a terminologia direitos fundamentais, pois esse termo abrange as demais espécies de direitos contidos no Título II, os quais a Constituição Federal subdividiu em direitos e deveres individuais e coletivos, direitos coletivos, direitos sociais, nacionalidade e direitos políticos.

1.2 As dimensões dos direitos fundamentais

Num primeiro momento, é de se ressaltar a imprecisão da terminologia geração, tendo em vista que induz a ideia de substituição de uma geração por outra. Dessa forma, a doutrina vem adotando a expressão dimensão, já que apresenta a ideia de complementaridade e não de alternância. Assim, entende-se que deve haver uma harmonização entre as dimensões e não o abandono das dimensões já existentes pelo surgimento de novas dimensões.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram com o objetivo de proteger o homem na sua esfera individual contra a interferência abusiva do Estado dotado de poder ilimitado e controlador no absolutismo monárquico. Sua afirmação histórica é produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII. São direitos de cunho meramente negativo que impedem o Estado de interferir na esfera da liberdade individual. São considerados direitos civis e políticos, que estão contidos nessa dimensão os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (SARLET, 2009, p.46-47).

De acordo com Marmelstein (2008, p.47-49) o século XX foi marcado pelo desenvolvimento e aprofundamento da Revolução Industrial a qual proporcionou um elevado crescimento econômico. No entanto essa prosperidade ocorreu à custa do sacrifício de uma grande parcela da população, sobretudo das classes trabalhadoras. Dessa forma, a industrialização trouxe prosperidade econômica para as classes mais favorecidas e uma série de problemas sociais para as demais camadas da população, gerando uma grande insatisfação. É nesse contexto que nasce o Estado do bem-estar social.

Dessa forma, os direitos de segunda dimensão surgiram a partir do momento em que a sociedade passou a exigir um Estado mais atuante. Os direitos da referida dimensão estão ligados a direitos sociais do indivíduo perante o Estado, tais como os atinentes à assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho, lazer, dentre outros, de modo a atribuírem ao Estado um comportamento positivo. Essa dimensão abrange os direitos sociais, econômicos e culturais (SARLET, 2009, p.47-48).

Os direitos de terceira dimensão têm como característica distintiva o fato de estarem destinados à coletividade, ao contrário dos direitos de primeira e segunda dimensões que têm por base a pessoa individual. Dessa forma, surgem os direitos coletivos e difusos, sendo exemplos os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, à conservação do patrimônio comum da humanidade, à comunicação e ao desenvolvimento (SARLET, 2009, p.48-50).

No que tange aos direitos de quarta dimensão, Bonavides (2000, p.524) se posiciona favoravelmente ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, correspondendo à fase de institucionalização do Estado Social. Assim, são reputados como direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

1.3 As Dimensões Subjetiva e Objetiva

Os direitos fundamentais têm dupla perspectiva, na medida em que se apresentam como direitos subjetivos individuais, bem como elementos objetivos fundamentais da comunidade com atuação no ordenamento jurídico (SARLET, 2009, p.141).

De acordo com Dimoulis e Martins (2007, p.118) a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais é uma dimensão clássica, tendo seu correspondente filosófico-teórico na teoria

liberal dos direitos fundamentais, na qual seu conteúdo normativo refere-se ao direito de seu titular de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual.

Nessa perspectiva subjetiva, os titulares dos direitos fundamentais podem exigir comportamentos negativos ou positivos dos destinatários. De acordo com a formulação de Andrade (1998, p.163):

Abstraindo desse segundo aspecto, funcional, o que nos referimos ao considerar a dimensão valorativa, vemos que o reconhecimento (ou a atribuição) de um direito subjetivo na ordem jurídica aparece normalmente ligado à proteção de uma determinada esfera de auto-regulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos.

O advento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais se deu de forma mais clara com a Lei Fundamental de Bonn de 1949 embora já houvesse consagração dessa dimensão na Constituição alemã.

Sarlet (2009, p.143) aponta como paradigma jurisprudencial da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais a decisão proferida pela Corte Federal Constitucional alemã em 1958 no caso L^üth¹, onde ficou assentado que os direitos fundamentais não se limitam a serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Estado, mas também constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição com eficácia em toda a ordem jurídica. De acordo com Sarlet (2009, p.146):

Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes, de tal sorte que não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, neste sentido, sempre coletiva), no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular.

A doutrina aponta alguns aspectos que pertencem à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Um primeiro aspecto da dimensão objetiva é apresentar os direitos fundamentais como normas de competência negativa. Segundo Dimoulis e Martins (2007, p.119):

assim como o público em geral, ao protesto do filme lançado por Veit Harlan responsável pela divulgação das idéias nazistas. Devido ao boicote, Veit Harlan e os parceiros do seu filme ingressaram com uma ação judicial contra Luth. Este, por sua vez, entrou com um recurso alegando violação a seu direito fundamental de expressão. O caso Luth ficou bastante conhecido, tendo em vista que foi, pela primeira vez, apresentada a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 264).

Só significa que aquilo que está sendo outorgado ao indivíduo em termos de liberdade para ação e em termos de livre arbítrio, em sua esfera, está sendo objetivamente retirado do Estado, ou seja, independentemente da questão se o particular exigir em juízo o respeito de seu direito.

Um segundo aspecto da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é gerar um efeito de irradiação. De acordo com Dimoulis e Martins (2007, p.120) “em segundo lugar, fala-se em dimensão objetiva dos direitos fundamentais quando estes funcionam como critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional”. Dessa forma, segundo os autores deve ser feita uma interpretação conforme os direitos fundamentais. Vale ressaltar que esse efeito irradiante deve ser aplicado também nas relações privadas o qual é denominado de eficácia horizontal. Conforme aduz Sarlet (2009, p.148):

Associada a esse efeito irradiante dos direitos fundamentais, encontra-se a problemática da sua eficácia na esfera privada, também abordada sob a denominação de eficácia horizontal, ou *Drittwirkung*, se preferirmos a expressão paradigmática oriunda da doutrina alemã. Na medida em que este tema será objeto de análise mais detida quando tratarmos da eficácia vinculantes dos direitos fundamentais, cumprenos assinalar, por, ora, apenas a circunstância – diga-se, de passagem, ela própria já sujeita a controvérsias – de que a ideia dos direitos fundamentais irradiarem efeitos também nas relações privadas e não constituírem apenas direitos oponíveis aos poderes públicos vem sendo considerado um dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Outro aspecto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a eficácia dirigente, tendo em vista que os direitos fundamentais indicam a atuação do Estado. De acordo com Sarlet (2009, 146) “neste contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”.

Outro desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é gerar um dever de proteção para o Estado. Assim, conforme ensina Sarlet (2009, p.148-149):

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever legal de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de dever de proteção do Estado, no sentido de que este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados.

Desta feita, os direitos fundamentais não se limitam apenas à função de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas também devem irradiar os valores de tais direitos para todo o ordenamento jurídico, servindo de base para a atuação do legislativo, executivo e judiciário (SARMENTO, 2004, p.134). Nessa linha, aduz Andrade (1998, p.144-145) que:

Pretende-se, sim, fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, com valores ou fins que esta se propõe a prosseguir.

Sarmiento (2004, p.136) aduz que:

Assim, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não significa desprezo à dimensão subjetiva, mas reforço a ela. A dimensão objetiva complementa a subjetiva, e agrega a ela um mais valia, conferindo proteção reforçada a tais direitos, através de esquemas que transcendem a estrutura relacional típica dos direitos subjetivos.

Dessa forma, vale ressaltar que a dimensão subjetiva deve conviver com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mantendo ambas uma relação de complementaridade.

1.4 Características

Para melhor compreender os direitos fundamentais torna-se necessário verificar suas principais características.

Primeiramente, os direitos fundamentais têm como característica a inalienabilidade, segundo a qual os direitos fundamentais são intransferíveis, inegociáveis, tendo em vista que não possuem conteúdo econômico-patrimonial (SILVA, 2009, p.181). Como os direitos fundamentais estão ligados à ideia da dignidade da pessoa humana o indivíduo não pode dispor dos direitos fundamentais, porém nada impede que um direito fundamental seja restringido quando for permitido pela ordem constitucional. Segundo Mendes, Coelho e Branco (2008, p.243) “da mesma forma que o homem não pode deixar de ser homem, não pode ser livre para ter ou não dignidade, o que acarreta que o Direito não pode permitir que o homem se prive da sua dignidade”.

Ademais, os direitos fundamentais são imprescritíveis, por não deixarem de ser exigíveis em virtude do decurso do tempo, pois este instituto só atinge os direitos patrimoniais. Dessa forma, os direitos fundamentais são permanentes, na medida em que podem ser exercidos ou reclamados a qualquer tempo (SILVA, 2009, p.181).

Outra característica é a irrenunciabilidade pela qual o titular de um direito fundamental não pode renunciar do seu direito, podendo apenas deixar de exercê-lo, mas não poderá vir a renunciar seus direitos (SILVA, 2009, p.181).

A característica da relatividade é de suma importância, por entender que os direitos fundamentais são passíveis de limitação. Dessa forma, quando houver conflitos entre direitos fundamentais deverá ser aplicado o princípio da proporcionalidade a fim de ponderar os direitos envolvidos no caso concreto. Diante disso, entende-se que não existem direitos fundamentais absolutos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.240).

Os direitos fundamentais também têm como característica a inviolabilidade já que não podem ser desrespeitados por normas infraconstitucionais ou por ato de autoridade pública ou mesmo por particulares, sob pena de responsabilidade civil, administrativa, criminal e política, quando for o caso (MORAES, 2005, p.23).

A universalidade significa que todos os seres humanos estariam abrangidos pelos direitos fundamentais. De acordo com Tavares (2008, p.5):

Ao dizer universalidade dos direitos humanos, procura-se declarar que todos são sujeitos desses direitos. Assim, universalidade refere-se à amplitude subjetiva. Todo homem, pelo fato de ser, possui tais direitos, que são, portanto, universais. Se há alguma divergência, tal reside na forma de aplicação dos direitos humanos.

A ideia de “universalidade” implica a concepção de uma qualidade ou natureza aplicada à amplitude subjetiva e que, ao mesmo tempo, revela um traço de invariabilidade deste conjunto já pleno, perfeito e acabado. Por sua vez, a “universalização” apresenta uma idéia diferente, cingindo-se à concepção de processo gradual e que comporta a análise de um relativismo cultural, uma vez que, como processo, o avanço deste conjunto depende da construção de consensos básicos dentro de um marcante quadro de diversidade cultural. Assim, melhor seria falar-se em uma universalização dependente da construção de consensos básicos dentro de um marcante quadro de diversidade cultural (LIBERATO, 2008).

A característica da efetividade tem como objetivo a atuação do Poder Público para garantir a efetivação dos direitos e garantias fundamentais (MORAES, 2005, p.23). Colocados como *limite* e como *diretriz* da ação estatal (e particular, frise-se) a interpretação dos direitos fundamentais pauta-se pela busca de sua Máxima Efetividade, o que suscita encontros polêmicos com a discricionariedade legislativa em como alcançar o fim por eles demarcado e as limitações sócio-estatais fixadas no Limite da Reserva do Possível (LIBERATO, 2008).

Cumprir a complementaridade, segundo a qual, os direitos fundamentais devem ser interpretados conjuntamente e não isoladamente (MORAES, 2005, p.23). Em razão de sua interdependência forma-se a característica da complementaridade, a qual ressalta a

necessidade de uma interpretação conjunta destes direitos de modo a dimensionar-lhes os raios e os limites de atuação, afastando-os da concepção “absolutista” dos direitos fundamentais (LIBERATO, 2008).

A característica da historicidade demonstra que os direitos fundamentais variam conforme a evolução histórica, de modo que determinados direitos que são considerados indispensáveis em certa época podem não ter a mesma relevância ou desaparecer de acordo com o contexto histórico de outra época (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.241). Para Mendes, Coelho e Branco (2008, p.241) “essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos - já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente - e em face nas novas feições assumidas pelo poder”.

Por fim, cumpre citar a interdependência já que apesar de autônomos, os direitos fundamentais se relacionam entre si a fim de atingirem suas finalidades (MORAES, 2005, p. 23). Os diferentes direitos fundamentais, à medida em que se estruturam, formam pontes de interdependência ora para a sua efetivação, ora para o seu aprofundamento (e desenvolvimento) junto à sociedade. Contudo, é mister não confundir a interdependência com a noção de indivisibilidade, a qual assinala uma equivocada idéia de um conjunto estanque destes direitos (LIBERATO, 2008).

1.5 A natureza jurídica das normas de direitos fundamentais: normas-regra versus normas-princípio

Tendo em vista que o ordenamento jurídico classifica as normas jurídicas em normas-regra e normas-princípio é necessário trazer a diferença traçada por Canotilho (1999, p.1087-1088). De acordo com o autor, as normas-regra prescrevem imperativamente uma exigência, ou seja, uma imposição, permissão ou proibição. Aduz, ainda, que as regras convivem de forma antinômica, excluindo-se mutuamente, já que não podem conviver simultaneamente. Em relação às normas-princípio, o autor afirma que são impositivas de otimização e que os princípios convivem de forma conflituosa, requerendo um balanceamento de valores e interesses, tendo em vista que no caso de conflito entre os princípios ocorre ponderação e harmonização, com vistas à preservação de seu núcleo essencial e à coexistência das normas-princípio em conflito no ordenamento jurídico.

Percebe-se então que as normas-princípio possuem um maior grau de abstração, veiculando valores abertos e genéricos, tendo em vista que comportam uma série indefinida

de aplicações, não havendo como prescrever de forma exata as situações nas quais serão aplicadas. Já as normas-regra são concretas, aplicáveis a uma situação jurídica determinada prevista na sua hipótese de incidência. De acordo com Sarmiento (2004, p.83):

É nesse sentido que se afirma a distinção entre a generalidade dos princípios e das regras. De fato, uma regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, muito embora preveja, de modo preciso, as situações as quais incidirá. Portanto, ela não regulará nada além daquelas situações contempladas na sua hipótese de incidência. Já o princípio não especifica o seu campo de atuação, comportando por isso uma 'série indefinida de aplicações'. Esta abertura dos princípios facilita a sua irradiação, permitindo que eles penetrem em outras normas, inspirando e condicionando sua interpretação.

A diferença entre normas-regra e normas-princípio fica ainda mais nítida quando entram em conflito, tendo em vista que a solução para a colisão entre os princípios é bem diferente da solução empregada no conflito entre regras.

Quando se constata a existência de duas normas-regra em conflito a questão é solucionada pelos critérios estabelecidos para a solução de antinomias aparentes, que se dividem em: critério hierárquico, pelo qual a regra hierarquicamente superior derroga a inferior; critério da especialidade, em que a regra especial prevalece sobre a regra geral; e critério cronológico, segundo o qual a regra posterior derroga a regra anterior. Nesse contexto, o conflito é resolvido afastando-se um dos dispositivos confrontantes, não podendo conviver as duas normas simultaneamente no ordenamento jurídico (ALEXY, 2008, p.93).

Assim, entende-se que a resolução do conflito entre duas regras antagônicas se verifica por intermédio da introdução de uma cláusula de exceção (a regra mais especial regula o caso em detrimento da mais geral) ou de um juízo de validade, no qual uma regra deverá ser declarada inválida para que a outra possa produzir os seus efeitos (ALEXY, 2008, p. 92).

No caso de colisão entre normas-princípio, como não há hierarquia entre os princípios, já que estão no mesmo plano jurídico-constitucional, surge o problema de se identificar qual deles deverá prevalecer no caso concreto, haja vista que um não pode ser destruído em relação ao outro.

Dessa forma, quando houver colisão entre normas-princípio, um princípio prevalecerá em relação ao outro em uma determinada situação devido à sua importância naquele caso concreto, o que não impede que aquele que foi afastado seja aplicado em outros casos, persistindo, assim, no ordenamento jurídico. Sarmiento (2004, p.84) ensina que “nesta hipótese, o conflito é solucionado levando em consideração o peso relativo assumido por cada

princípio dentro das circunstâncias concretas presentes no caso, a fim de que se possa precisar em que medida cada um cederá espaço ao outro”.

Trata-se, por conseguinte, de ponderação ou sopesamento dos interesses envolvidos no caso concreto mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, que se desdobra em três subprincípios: o da necessidade ou exigibilidade, o da adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Há que se ressaltar a necessidade de se restringir ao mínimo possível a norma-princípio a fim de se salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos a ser delimitado pelo uso da “fórmula do objeto” ou “fórmula de não instrumentalização”, de maneira a não se atingir a dignidade da pessoa humana de algum dos envolvidos no conflito (CAMARGO, 2007, p.122, GUTIÉRREZ, 2005, p.29-30).

Mendes, Coelho e Branco (2002, p.182) ensinam que “no conflito entre princípios, deve-se buscar uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, conforme a relação de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento por irremediável contradição com o outro”.

Diante do exposto, entende-se que o conflito entre regras se resolve por intermédio de um juízo de validade, já o conflito entre princípios é solucionado por um juízo de valor, devendo haver uma ponderação dos bens jurídicos confrontados no caso concreto (ALEXY, 2008, p.94).

1.6 Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais

A dignidade da pessoa humana tem origem remota, mas somente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas em 1948 é que ocorreu a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana na esfera internacional.

A Constituição brasileira de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental estruturante da república federativa do Brasil no artigo 1º, inciso III. Dessa forma, o poder legislativo constituinte não incluiu a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos fundamentais (Título II) preferindo enquadrá-la como princípio constitucional estruturante do Estado Democrático de Direito.

Deve-se levar em conta que o princípio da dignidade da pessoa humana não é comum em todos os lugares, pois varia de acordo com a cultura de cada país. Segundo Camargo (2007, p. 124) “por isso, sua configuração, apesar de possuir um conteúdo universal mínimo, será variável no tempo e no espaço de acordo com o desenvolvimento social, econômico e cultural de cada sociedade”.

Assim observar-se-ão, em primeiro lugar os aspectos históricos da fundamentação da dignidade da pessoa humana. Em seguida, abordar-se-á a dignidade da pessoa humana como norma-regra e como norma-princípio; a dignidade da pessoa humana como limite e como tarefa da atuação estatal; a dignidade da pessoa humana como ponto de convergência dos direitos fundamentais e como elemento central da determinação do núcleo essencial destes direitos e, por fim, os direitos fundamentais implícitos e explícitos.

1.6.1 Aspectos históricos

A dignidade da pessoa humana é fruto de longo processo histórico. Dessa forma, far-se-á uma abordagem de tal aspecto no âmbito da evolução de três correntes de pensamento: cristianismo, Idade Média e o pensamento kantiano.

De logo deve-se distinguir entre *dignidade humana*, como sendo o valor intrínseco ao gênero humano perante todos os demais seres, da *dignidade da pessoa humana*, esta referente a cada ser humano singularmente considerado, e que é tomada em conta quando da ponderação dos conflitos entre direitos fundamentais (SARLET, 2001, p.52).

De acordo com Miranda (1998, p.168-169) “a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta”. Aduz ainda o autor que:

Da mesma maneira que não é o mesmo falar em direitos do homem e direitos humanos, não exatamente o mesmo falar em dignidade da pessoa humana e em dignidade humana. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa. (MIRANDA, 1998, p.169)

Dessa forma, entende-se que apenas a dignidade de pessoas em concreto pode ser desrespeitada, não havendo atentados contra a dignidade do gênero humano em abstrato considerado (MIRANDA, 1998, p.169).

A dignidade humana remonta à doutrina cristã. É no cristianismo, que se destaca a ideia na qual os seres humanos eram criados à imagem e semelhança de Deus, o que os elevou perante todos os demais seres da criação. Dessa forma, a filosofia cristã trouxe a ideia de que todos os seres humanos são igualmente dignos. Segundo Camargo (2007, p. 114):

A doutrina cristã foi a responsável pelo surgimento da noção de dignidade humana no mundo ocidental. Apesar de alguns dos seus elementos terem sido formulados pela Escola Estoicista, é no Cristianismo que o conceito de pessoa, como ser dotado de dignidade, encontra suas raízes. Através de sua vinculação à ideia da criação e da ação Divina, a concepção Cristã é desenvolvida no sentido de que, por serem criados à imagem e semelhança de Deus, os homens possuem uma igualdade essencial. Esse é considerado, por muitos, como o fundamento da dignidade humana.

Durante o período da Idade Média, a concepção de inspiração cristã continuou sendo sustentada, destacando-se Tomás Aquino como principal pensador ao estudo do desenvolvimento da dignidade da pessoa humana. De acordo com Sarlet (2001, p.32)

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção de dignidade da pessoa humana, assim como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

A concepção atual de dignidade da pessoa humana sofreu grande influência do pensamento de Immanuel Kant. Segundo Sarlet (2001, p.32)

Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.

Para Kant (2005, p.68) o ser humano não pode ser tratado como objeto, tendo em vista que “Ora digo eu - O homem existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. Assim, para este filósofo:

No reino dos fins, tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gesto, isto é uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anêmicas, tem um *preço de afeição ou de sentimento*; aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade* (KANT 2005, p. 77).

Dessa forma, a concepção kantiana repudia toda e qualquer espécie de reificação e instrumentalização do ser humano (SARLET, 2001, p. 35).

O pensamento Kantiano ressurge com extrema vitalidade após o fim da Segunda Guerra Mundial, em face do impacto causado pelas atrocidades ocorrida nesse período, verificando na prática as consequências da utilização do ser humano como meio de realização de interesses políticos e econômicos.

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado na maioria das Constituições do pós-guerra, bem como na Declaração Universal das Nações Unidas. Em nosso ordenamento, a dignidade da pessoa humana foi positivado pela Constituição da República de 1988, que o elencou como fundamento da República Federativa do Brasil.

1.6.2 Dignidade da pessoa humana como norma-regra e como norma-princípio

Conforme já analisado, a Constituição de 1988 não inclui expressamente a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais preferindo enquadrá-lo como princípio fundamental no artigo 1º, inciso III.

A dignidade da pessoa humana na qualidade de princípio fundamental é considerada como vetor interpretativo não só dos direitos fundamentais, mas de todo o ordenamento jurídico. Significa dizer que a dignidade da pessoa humana é um princípio unificador da Constituição, no qual lhe confere unidade axiológica (SARLET, 2001, p.79).

É importante ressaltar que a dignidade da pessoa humana pode sofrer relativização devido à sua natureza de norma-princípio. Sarlet (2001, p.126) afirma que a dignidade não pode ser considerada como o espelho no qual todos vêem o que desejam, admitindo a limitação da dignidade humana quando houver conflito entre dignidades de pessoas diversas.

Assim, admite-se a possibilidade de ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana, quando a dignidade de uma pessoa colide com a dignidade de outrem que apesar de ser possuidor da mesma dignidade, agiu de modo indigno, ou seja, praticou uma atividade ilícita que acabou por atingir um direito fundamental de uma outra pessoa. Dessa forma, essa pessoa que afrontou o direito fundamental de outrem não pode se eximir de sua responsabilidade alegando a proteção de sua dignidade.

A dignidade da pessoa humana tem um caráter duplo, tendo em vista que funciona como norma-princípio e como norma-regra. De acordo com Sarlet (2001, p.74):

Por outro lado, convém que se o diga, não será pelo fato – significativo, mas não necessariamente determinante – de o constituinte ter elencado a dignidade da pessoa

humana no rol dos princípios fundamentais que se poderá chegar à conclusão de que a dignidade da pessoa, na sua condição de norma jurídica, não assume para além de sua dimensão principiológica, a feição de regra jurídica.

Segundo Alexy (2008, p.113-114):

Por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência. A impressão de um caráter absoluto advém, em primeiro lugar, da existência de duas normas da dignidade humana: uma regra e um princípio; além disso, essa impressão é reforçada pelo fato de que há uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade humana prevalecerá – com grande grau de certeza – em face de todos os outros princípios.

Portanto, a dignidade da pessoa humana como norma-princípio mesmo sendo considerada um valor supremo do ordenamento jurídico não é considerada em forma absoluta, podendo ser ponderada no caso concreto. Já a dignidade da pessoa humana como norma-regra é tida por absoluta. Ensina Camargo (2007, p.121) que:

O dever de respeito (observância) se consubstancia em uma regra, de caráter eminentemente negativo, que impõe a abstenção da prática de condutas violadoras da dignidade, impedindo o tratamento da pessoa humana como simples meio para se atingir determinados fins. Esta concepção deve ser matizada pelo entendimento de que a violação da dignidade só ocorre quando este tratamento como objeto constitui uma ‘expressão de desprezo’ pela pessoa humana.

Percebe-se então que a dignidade da pessoa humana atuará como norma-regra, se houver a possibilidade de violação dessa dignidade pelo tratamento depreciativo (ainda que involuntário) combinado com a percepção do desprezo a que se vê submetido o sujeito da violação, compondo-se assim a análise da “fórmula do objeto” (ou de “não instrumentalização”) (GUTIÉRREZ, 2005, p.29-30, CAMARGO, 2007, p.122). Segundo Alexy (2008, p.112) em relação à condição de regra da dignidade afirma que “nos casos em que a norma da dignidade humana é relevante, sua natureza de regra pode ser percebida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão somente se ela foi violada ou não”.

1.6.3 Dignidade da pessoa humana como limite e como tarefa da atuação estatal

Na lição de Sarlet (2001, p. 107-108):

Consoante já restou destacado, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos, podendo-se sustentar, na esteira da luminosa proposta de Clèmerson Clève, a necessidade de uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana atua não apenas como uma restrição à atuação do Estado, mas também exige uma obrigação positiva do Estado de assegurar aos cidadãos as condições mínimas para uma existência digna o que se tem chamado de teoria do mínimo existencial. Conforme Marmelstein (2008, p.312):

De acordo com essa teoria, apenas o conteúdo essencial dos direitos sociais teria um grau de fundamentalidade capaz de gerar, por si só, direitos subjetivos aos respectivos titulares. Se a pretensão estiver fora do mínimo existencial, o reconhecimento de direitos subjetivos ficaria na dependência de legislação infraconstitucional regulamentando a matéria, não podendo o Judiciário agir além da previsão legal.

A teoria do mínimo existencial exige a atuação do Estado para garantir as prestações materiais necessárias para a realização da dignidade da pessoa humana. De acordo com Barcellos (2008, p.30):

Uma primeira resposta que se pode apresentar desde logo, insatisfatória por sua generalidade, porém útil, é que o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física - a sobrevivência e manutenção do corpo - mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

Um dos problemas em relação ao aspecto prestacional do mínimo existencial consiste em determinar quais prestações de direitos sociais são consideradas indispensáveis para a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana. Para Camargo (2007, p.125):

O aspecto distintivo fundamental entre os direitos que compõem o mínimo existencial e os outros direitos sociais, está no fato de que aqueles, por serem direitos mínimos imprescindíveis a uma vida digna, não se submetem à reserva do possível.

Assim, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas que recai sobre o Estado. Sarlet (2001, p.109) amplia-lhe a abrangência, tendo em vista que “para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e

os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana”.

1.6.4 Dignidade da pessoa humana como ponto de convergência dos direitos fundamentais e como elemento central da determinação do núcleo essencial destes direitos

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado uma norma embasadora não só dos direitos fundamentais, mas de todo o ordenamento jurídico. Na visão de Camargo (2007, p.116):

É indiscutível a existência de uma relação de dependência mútua entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar um pleno desenvolvimento da pessoa humana, é certo também que somente através da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida. Por essa razão, a exigência de cumprimento e promoção dos direitos fundamentais, encontra-se estreitamente vinculada ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo considerado fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, todavia questiona-se acerca da recondução direta de todos os direitos fundamentais da Constituição ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sarlet (2009, p.95-96) ao analisar o extenso catálogo brasileiro dos direitos fundamentais levanta essa dúvida a respeito da alegação de que todas as posições jurídicas ali reconhecidas possuem necessariamente um conteúdo diretamente fundado no valor maior da dignidade da pessoa humana. Segundo Camargo (2007, p.116):

Apesar de terem na dignidade o seu fundamento, nem todos os direitos fundamentais derivam dela com a mesma intensidade. Enquanto alguns – como a vida, a liberdade e a igualdade – decorrem diretamente da dignidade humana (derivações de 1 grau), outros são apenas derivações indiretas (derivações de 2 grau).

Destarte, conclui-se que os direitos fundamentais estão vinculados à dignidade da pessoa humana com intensidades variáveis de modo que possuem ao menos um conteúdo mínimo dessa dignidade.

Segundo Sarlet (2009, p.96), deve-se levar em conta que existem direitos fundamentais que não estão diretamente relacionados com a dignidade da pessoa humana. Como exemplos, cita o artigo 5º, incisos XXI, XXV, XXVIII, XXIX, bem como artigo 7º, incisos XI, XXVI,

XXIX. Porém, tais direitos foram considerados fundamentais pelo poder constituinte originário, possuindo fundamentalidade formal.

Entende-se que deve haver uma ligação dos direitos fundamentais (implícitos ou decorrentes) que não integram o catálogo da Constituição com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que esse princípio é critério do reconhecimento de direitos fundamentais não consagrados no Título II da Constituição. Com efeito ensinam Mendes, Coelho e Branco (2008, p.237):

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que ‘os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana’.

Conforme ensina Sarlet (2001, p.119) o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre dupla função, tendo em vista que serve como importante elemento de proteção dos direitos fundamentais contra medidas restritivas abusivas e também serve como critério último para a imposição de restrições adequadas, necessárias e proporcionais a direitos fundamentais, atuando como elemento limitador destes.

Os direitos fundamentais podem sofrer limitações por saber-se que uma de suas características é o seu caráter relativo e limitado. Vale salientar que as restrições impostas aos direitos fundamentais devem ser controladas a fim de preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Diante disso, entende-se que há um limite às restrições dos direitos fundamentais a fim de evitar o esvaziamento do núcleo essencial do direito que está sendo objeto de restrição.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como limite às restrições dos direitos fundamentais por entender que o conteúdo da dignidade da pessoa humana, qual seja, a autodeterminação potencial do ser humano, serve de critério para a demarcação do núcleo essencial dos direitos fundamentais especificamente considerados.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como critério para a solução das controvérsias entre direitos fundamentais, ou seja, serve de meio para a harmonização dos direitos fundamentais em conflito, uma vez que atuará na análise do subprincípio da proporcionalidade *stricto sensu*, por meio da “fórmula do objeto” (ou da “não instrumentalização”). Segundo Camargo (2007, p.122):

Assim, na análise de uma eventual violação da regra de proteção da dignidade, deve-se verificar existência da conjugação de dois requisitos: o objetivo, consistente no tratamento da pessoa como mero objeto (“fórmula do objeto”); e o subjetivo, consubstanciado na expressão de desprezo ou desrespeito à pessoa decorrente deste tratamento, ainda que não seja esta a intenção ou a finalidade de quem pratica o atentado.

De acordo com Gutiérrez (2005, p.29-30):

Para precisar el alcance del derecho a la dignidad del hombre se há empleado la denominada Objektformel o fórmula de no-instrumentalización. De acuerdo com el imperativo categórico. La formulación kantiana es recibida em el âmbito del Derecho constitucional alemán por la obra clásica de Düring, pronto consagrada por la jurisprudência constitucional: la dignidad queda comprometida cuando el ser humano es convertido em un simple objecto.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana serve de norte para que se possa ponderar os direitos fundamentais quando houver conflito entre esses direitos. Segundo Sarmiento (2000, p.105) “a ponderação deve sempre se orientar no sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente”.

Diante do exposto, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é indispensável para solucionar as colisões entre direitos fundamentais, servindo de parâmetro para encontrar a solução proporcional que viabilize a coexistência harmônica dos direitos fundamentais em conflito.

1.7 Dos direitos fundamentais implícitos e explícitos

Os direitos fundamentais se dividem em direitos fundamentais em sentido formal e material. Os direitos fundamentais em sentido formal são aqueles consagrados pela Constituição no catálogo dos direitos fundamentais (no Título II da Constituição). Já os direitos fundamentais em sentido material são os que possibilitam a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não consagrados no seu texto, bem como os direitos fundamentais dispersos, ou seja, fora do catálogo, mas que integram a Constituição. Dessa

forma, entende-se que o catálogo dos direitos fundamentais não é taxativo (SARLET, 2009, p.80). Marmelstein assim corrobora a assertiva: (2008, p.23):

Se não bastasse a existência de um elenco tão extenso, o constituinte brasileiro adotou um rol não exaustivo (ou seja, aberto) de direitos fundamentais. De fato, por força do art. 1º, inc. III, somado com o art. 5º §2º da Constituição de 88, podem-se encontrar direitos fundamentais fora do Título II e até fora da Constituição, de modo que os direitos fundamentais não se esgotam naqueles direitos reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão.

Diante disso, têm-se os direitos fundamentais explícitos, os quais encontram previsão constitucional, e os direitos fundamentais implícitos, aqueles subtendidos dos direitos fundamentais expressos na Constituição e dos tratados internacionais, tendo em vista a impossibilidade de o poder constituinte prevê-los a todos, já que variam no espaço e no tempo, necessitando, portanto, da abertura do catálogo constitucional.

Sarlet (2009, p.87) classifica os direitos fundamentais em dois grandes grupos, quais sejam, os direitos fundamentais escritos (expressamente positivados) e os direitos não-escritos (genericamente considerados, consistindo naqueles que não foram objeto de previsão expressa pelo direito constitucional). O autor divide os direitos fundamentais escritos em duas categorias distintas: os direitos expressamente previstos no catálogo dos direitos fundamentais ou em outras partes do Texto Constitucional (direitos com *status* constitucional material e formal), bem como os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais e que foram expressamente positivados. O grupo dos direitos fundamentais não-escritos é também composto por duas categorias: direitos fundamentais implícitos, no sentido de consistirem em posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, e direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela ordem constitucional brasileira.

Portanto, a cláusula de abertura prevista no art. 5º, §2º² da Constituição Federal de 1988 permite a ampliação do rol dos direitos fundamentais consagrados no Título II da referida Carta. Essa cláusula de abertura dos direitos fundamentais figura nas Constituições brasileiras desde a Constituição de 1891³, a qual já trazia a ideia dos aspectos formal e material da Constituição.

2

“Art. 5º, §2 – 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”.

3 “Art. 78 – A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”.

A inovação trazida pela Constituição de 1988 foi em relação à cláusula de abertura dos direitos decorrentes de tratados internacionais, que as outras Constituições brasileiras não previam.

Com base nessa cláusula de abertura, pode-se citar como exemplo de direito implícito o direito ao nome, sem previsão na Constituição de 1998, entretanto essa garantia decorre do art. 5, inciso X⁴.

Ainda no mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o princípio da anterioridade tributária, consagrado no art. 150, inc. III, alínea b, da Constituição, apesar de não estar previsto no rol do Título II da Constituição, também, é considerado um direito fundamental.

Existe certo receio na utilização da cláusula de abertura decorrente da dificuldade de se identificar quais os direitos que efetivamente reúnem as condições para serem considerados fundamentais. Por isso, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um critério para se identificar os direitos implícitos e os que encontram previsão em outras partes da Constituição, ou seja, fora do Título II.

Assim, no entender de Sarlet (2001, p.1001), sempre que uma posição jurídica estiver relacionada e embasada na dignidade da pessoa humana deverá ser considerada uma norma de direito fundamental. Nas lições de Marmelstein (2008, p.195):

Apesar de ser possível encontrar inúmeros direitos fundamentais espalhados por todo o texto constitucional, é preciso que se diga que não é qualquer norma que merecerá receber essa qualificação. Para isso, é preciso analisar se ela possui alguma conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder, cabendo em última análise, ao Judiciário, captando os valores da ‘sociedade aberta’, identificar quais são esses direitos.

Dessa forma, para que um direito, enquadrado fora do Título II do texto constitucional, seja considerado fundamental, deve corresponder à dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, entende-se que a cláusula de abertura tem a finalidade de admitir novos direitos fundamentais de acordo com o momento histórico da sociedade.

Deve-se esclarecer, contudo, que a abertura constitucional de novos direitos fundamentais deve ser vista com certa cautela, por se tratar de uma ampliação ao rol dos

4 “Art. 5º, inciso X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

direitos fundamentais consagrados no Título II da Constituição, devendo sempre ser considerado o risco de uma eventual desvalorização dos direitos fundamentais (SARLET, 2001, p.101).

Outro ponto importante a ser analisado é a relação do bloco de constitucionalidade com os direitos fundamentais expressos, implícitos e decorrentes. Segundo Paulo e Alexandrino (2008, p.193):

A expressão bloco de constitucionalidade, desenvolvida pela doutrina francesa na década de 70, é empregada para designar a totalidade das normas que servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. O bloco de constitucionalidade constitui, pois, o conjunto de disposições, regras, princípios e valores constitucionais cujo respeito se impõe às leis.

Dessa forma, entende-se que não é só o texto escrito da Constituição que serve de base para o controle de constitucionalidade das leis, tendo em vista que outras normas, princípios e valores constitucionais também devem ser levados em consideração para examinar a validade da lei (PAULO; ALEXANDRE, 2008, p.193). De acordo com Paulo e Alexandrino (2008, p.193):

Percebe-se que, no Brasil, o STF adota uma posição intermediária. Com efeito, há diversos exemplos de situações em que foi declarada a inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) de leis a partir de verificação de sua compatibilidade exclusivamente com princípios constitucionais implícitos. Os exemplos mais freqüentes são os de adoção como parâmetro constitucional do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, consagrados princípios constitucionais implícitos cuja base é o princípio do devido processo legal (CF, art. 5, LVI) em sua acepção substantiva.

Diante disso, conclui-se que além dos direitos fundamentais expressos, os direitos fundamentais implícitos e decorrentes também integram o bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico.

2 A LEGÍTIMA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Teoria da Legítima Defesa dos Direitos Fundamentais, segundo Moraes (2005, p. 260-261) é aplicada na convalidação das provas obtidas por meios ilícitos, expressamente vedadas pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, mas que podem ser utilizadas, excepcionalmente, mediante a utilização da proporcionalidade.

De acordo com essa teoria, a prova ilícita obtida mediante conduta justificada, ou seja, com exclusão de ilicitude, pode ser convalidada, tornando-se lícita e, por conseguinte, válida para ser utilizada no processo.

2.1 O instituto da legítima defesa no direito penal

A legítima defesa é causa de exclusão da antijuridicidade ou ilicitude prevista pelo artigo 23, inciso II do Código Penal, a qual consiste em repelir uma agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro, usando moderadamente dos meios necessários.

Uma ação, mesmo que seja considerada típica, se possuir uma causa justificante ou excludente da antijuridicidade, terá a ilicitude excluída e essa ação típica não será considerada crime, já que ausente o requisito da antijuridicidade. Assim, um fato típico presume-se ser ilícito, porém essa presunção é relativa, pois nada impede que esteja presente uma causa de exclusão da antijuridicidade.

A antijuridicidade ou ilicitude é a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico. A antijuridicidade se divide em duas espécies: antijuridicidade formal que é a contrariedade existente entre a conduta e o tipo descrito em lei e a antijuridicidade material que é a contrariedade da conduta em relação ao sentimento comum de justiça, isto é a lesão significativa a bens jurídicos relevantes da sociedade. Logo, não basta a existência da antijuridicidade formal, deve haver também a antijuridicidade material. Segundo Jesus (2006, p.358) “em suma, a antijuridicidade é sempre material, constituindo a lesão de um interesse penalmente protegido”.

Diante do exposto, entende-se que para que uma conduta seja considerada ilícito penal é necessário que ela, além de ser típica seja, também, antijurídica.

2.1.1 Origem

De acordo com Jesus (2006, p.383):

A noção jurídica de legítima defesa somente surgiu quando o Estado reclamou para si o castigo do autor em face da prática de uma ofensa pública ou privada. Somente aí é que se iniciou o processo evolutivo do direito de punir e do direito de liberdade: de um lado o magistério estatal punitivo como forma de repressão ao delito; de outro, a legítima defesa exercida por qualquer particular injustamente vítima de agressão.

Dessa forma, quando o indivíduo estiver diante de uma agressão injusta poderá valer-se do instituto da legítima defesa substituindo o papel do Estado, já que o indivíduo não pode esperar a ajuda da autoridade pública. Segundo Greco (2008, p.340):

Como é do conhecimento de todos, o Estado, por meio de seus representantes, não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão pela qual permite aos cidadãos a possibilidade de, em determinados momentos, agir em sua própria defesa. Contudo, tal permissão não é ilimitada, pois encontra suas regras na própria lei penal. Para que se possa falar em legítima defesa, que não pode jamais ser confundida com vingança privada, é preciso que o agente se veja diante de uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, responsável constitucional por nossa segurança pública, e, só assim, uma vez presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agir em defesa ou na defesa de terceiro.

Deve-se ressaltar, portanto, que a legítima defesa só estará configurada se estiverem presentes os elementos objetivos que encontram previsão no art. 25 do Código Penal e o elemento subjetivo.

2.1.2 Elementos

Da sua própria definição positivada no art. 25 do Código Penal, extraem-se os requisitos da legítima defesa, a saber: “agressão injusta”; “atual ou iminente”; a “direito próprio ou de terceiro”; “repulsa com meios necessários”, “uso moderado de tais meios” e “conhecimento da situação justificada”.

● **Agressão atual ou iminente e injusta**

Agressão é um ato humano que lesa ou põe em perigo um direito tutelado pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, somente pode invocar a legítima defesa quem estiver defendendo bem ou interesse juridicamente protegido.

A agressão deve provir de uma conduta humana. Dessa forma, não se admite legítima defesa contra animal, mas sim estado de necessidade, excludente de ilicitude prevista no art.

24 do Código Penal. Contudo, se o animal é instigado por uma pessoa, pode-se falar em legítima defesa, já que o animal serviu de instrumento para a ação humana (NUCCI, 2006, p.243).

Importante ressaltar que a agressão não precisa ser uma conduta típica, ou seja, infração penal, basta que seja uma agressão ilícita. Logo, não é só a infração penal que é considerada injusta pra fins de legítima defesa.

A ilicitude da agressão deve ser analisada de forma objetiva, independentemente de se questionar se o agressor tinha ciência de seu caráter ilícito. Assim, cabe legítima defesa contra agressão de inimputável (doente mental ou menor) (JESUS, 2006, p.386).

A agressão deve ser atual ou iminente. Atual é a agressão que está desencadeando-se, enquanto iminente é o que está prestes a acontecer. No entanto, não há que se falar em legítima defesa contra uma agressão futura ou passada (NUCCI, 2006, p.243).

A agressão nem sempre implica em violência, pois poderá consistir em um ataque subreptício e até em uma omissão ilícita. Dessa forma, entende-se que a agressão pode ser tanto uma conduta positiva (ação) como uma conduta negativa (omissão) (NUCCI, 2006, p.243).

● **Agressão contra direito próprio ou alheio**

Admite-se a legítima defesa de qualquer interesse juridicamente protegido (vida, patrimônio, liberdade, integridade corporal, honra etc.). Segundo Greco (2008, p.341) “tem-se entendido que o instituto da legítima defesa tem aplicação na proteção de qualquer bem juridicamente tutelado pela lei. Contudo, deve ser frisado que o bem somente será passível de defesa se não for possível socorrer-se do Estado para sua proteção”.

O agente atua em legítima defesa quando se protege, como também na defesa de um terceiro, mesmo que não o conheça. Essa é uma das hipóteses em que o direito admite e incentiva a solidariedade. O terceiro pode, ainda, ser pessoa física ou jurídica, inclusive porque esta não pode agir sozinha (NUCCI, 2006, p.245).

● **Moderação no emprego dos meios necessários**

O agente deve escolher o meio menos gravoso para reprimir o ataque sofrido, pautando sua conduta nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Dessa forma, deve haver

proporcionalidade entre a defesa empreendida e o ataque sofrido, que deve ser apreciada no caso concreto.

Meios necessários são definidos por Nucci (2006, p.248) da seguinte forma: “são os eficazes e suficientes para repelir a agressão ao direito, causando o menor dano possível ao atacante”.

Conforme sustenta Nucci (2006, p.251) “a escolha do meio defensivo e o seu uso importarão na eleição daquilo que constitua a menor carga ofensiva possível, pois a legítima defesa foi criada para legalizar a defesa de um direito e não para a punição do agressor”.

● Elemento subjetivo

Para configurar a legítima defesa é necessário que o agente tenha ciência de que estava agindo acobertado por essa excludente de ilicitude. Segundo Jesus (2006, p.392)

A par dos requisitos da ordem objetiva, previsto no art. 25 do CP, a legítima defesa exige requisitos de ordem subjetiva: é preciso que o sujeito tenha conhecimento da situação de agressão injusta e da necessidade da repulsa. Assim, a repulsa legítima deve ser objetivamente necessária e subjetivamente conduzida pela vontade de se defender.

De acordo com Greco (2008, p.353):

Para que se possa falar em legítima defesa não basta só a presença de seus elementos de natureza objetiva, elencados no art. 25 do CP. É preciso que, além deles, saiba o agente que atua nessa condição, ou pelo menos, acredita agir assim, pois, caso contrário, não se poderá cogitar de exclusão da ilicitude de sua conduta, permanecendo esta, ainda, contrária ao ordenamento jurídico.

Diante do exposto, entende-se que a legítima defesa somente exclui a ilicitude quando o agente sofre uma agressão injusta e para se defender age dentro dos limites impostos juridicamente.

2.2 A limitação dos direitos fundamentais perante a prática de atos ilícitos por parte do seu titular: o uso do princípio da proporcionalidade

De acordo com Moraes (2005, p.28), os direitos fundamentais, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração do desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Dessa forma, aqueles que se utilizam da prática de atividade ilícita, desrespeitando as garantias e os direitos fundamentais de terceiros assegurados pela Constituição, não poderão invocar os direitos fundamentais para se eximirem da sua responsabilidade. De acordo com Marmelstein (2008, p.423):

O princípio da proibição de abuso de direitos fundamentais estabelece que nenhum direito fundamental deve ser interpretado no sentido de autorizar a prática de atividades que visem à destruição de outros direitos ou liberdades. Em outras palavras: o exercício de direitos fundamentais não pode ser abusivo a ponto de acobertar práticas ilícitas/criminosas em detrimento de outros direitos fundamentais ou de valores constitucionais relevantes.

O princípio da proibição de abuso de direitos fundamentais não está previsto no texto constitucional brasileiro, porém as próprias normas constitucionais preveem limitações de direitos fundamentais quando houver abuso de direito. Pode-se citar como exemplo o sigilo das comunicações previsto no art. 5º, inciso XII⁵, em que essa garantia é ressalvada para fins de investigação criminal. Outro exemplo previsto na Constituição no art. 5º, inciso XI⁶, consiste no caso da inviolabilidade de domicílio, que pode ser relativizada nas situações de flagrante delito.

A doutrina e a jurisprudência têm utilizado esse princípio para evitar que os direitos fundamentais sejam empregados para acobertar a prática de atividades ilícitas, tendo em vista que esses direitos têm a finalidade de promover a dignidade da pessoa humana. Logo, deve-se impedir que os direitos fundamentais sejam invocados para evitar a punição de comportamentos que atentem contra esse princípio fundamental estruturante da República Federativa do Brasil. Como ensina Marmelstein (2008, p.429):

O que se deve concluir, através desses exemplos, é que sacralizar as garantias criminais, como se fossem valores absolutos e exageradamente inflexíveis, significa abrir a porta para a impunidade e, vale enfatizar, os direitos fundamentais não compactuam com a impunidade, já que o Estado tem o dever de punir qualquer violação a esses direitos. Portanto, jamais se deve imputar aos direitos fundamentais a culpa pela impunidade crônica que assola o país. A culpa, na verdade, não é dos direitos em si, mas das interpretações extremistas que são feitas, inclusive por alguns membros do Judiciário, que colocam as garantias processuais como valores intocáveis e inflexíveis, sem atentar para a ideia de proporcionalidade e para o dever de combater a criminalidade.

5 “Art. 5º – XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

6 “Art. 5º – XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Nesse sentido, corroborando o entendimento ora exposto, posiciona-se a jurisprudência dos tribunais brasileiros no sentido de admitir a convalidação da prova ilícita com base no princípio da proibição de abuso de direitos fundamentais. A esse respeito, confirmam-se os julgados do *Habeas Corpus* n° 70.814-5/SP, no STF (*on line*), relatado pelo Ministro Celso de Mello e do *Habeas Corpus* n° 75338, no STF (*on line*), relatado pelo Ministro Nelson Jobim, nos quais se vê, respectivamente:

EMENTA: Habeas Corpus. A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

EMENTA: Habeas Corpus. Prova. Licitude. Gravação de telefonema por interlocutor. É lícita a gravação e conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestradores estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. Ordem indeferida.

No julgado do *Habeas Corpus* n° 75338 sobre gravação telefônica clandestina, ficou decidido que seria lícita a gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último, pois seria contraditório falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestrador, estelionatário ou qualquer tipo de chantagista.

Apenas quando houver elementos concretos que indiquem que o titular do direito está utilizando a proteção constitucional para cometer crimes, violando, com isso, direitos fundamentais alheios, será justificada a restrição ao direito com base no princípio da proibição de abuso.

Dessa forma, os direitos fundamentais podem ser restringidos desde que obedecido o princípio da proporcionalidade, quando seu exercício possa ameaçar a coexistência de outros direitos constitucionais.

2.2.1 O princípio da proporcionalidade: origem, finalidades e fundamentos

O princípio da proporcionalidade era utilizado, originalmente, para assegurar os direitos fundamentais em face da ação limitativa do Estado. Assim, o princípio da proporcionalidade teve início no direito administrativo, tendo sido empregado para limitar o poder de polícia.

Conforme Barros (1996, p.33) “o germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração”. Segundo Canotilho (1999, p.386):

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as limitações administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do Estado o considera, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no séc. XIX, no direito administrativo, como princípio geral do direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como princípio da proibição de excesso, foi erigido à dignidade de princípio constitucional. Discutido é o seu fundamento constitucional, pois enquanto alguns autores pretendem derivá-lo do princípio do Estado de direito, outros acentuam que ele está intimamente conexionado com os direitos fundamentais.

A despeito de se ter iniciado na França, no âmbito do Direito Administrativo, como mencionado, sua previsão constitucional somente se deu na Alemanha, sob cuja influência outros países europeus começaram a acolhê-lo. A jurisprudência alemã, de acordo com Guerra Filho (2002, p.81) foi de grande importância para o deslocamento do princípio da proporcionalidade para o Direito Constitucional:

Essa Corte Suprema [Alemã], investida que está pela Lei Fundamental em velar pelo seu cumprimento e respeito, a partir de um determinado momento passa a referir com frequência expressões em sua argumentação, que se associam claramente ao ‘pensamento de proporcionalidade’, tais como ‘excessivo’, ‘inadequado’, necessariamente exigível, até estabelecer de forma incisiva que o referido princípio e a correlata ‘proibição de excesso’, enquanto regra condutora abrangente de toda a atividade estatal decorrente do princípio do Estado de direito, possui estrutura constitucional.

Complementa Braga que (2004, p. 80):

A Corte Constitucional alemã, sem dúvida, foi de importância crucial para a inserção do princípio da proporcionalidade na esfera constitucional, em virtude da necessidade de coibir mazelas semelhantes às decorrentes do regime nazista, que corrompeu significativamente as disposições da Constituição de Weimar, aproveitando o fato de que não estabeleceram limites ao Poder Legislativo, notadamente em relação aos direitos individuais.

Assim, após a segunda Guerra Mundial os juristas passaram a reconhecer a necessidade de impor limitações ao legislador para assegurar o respeito aos direitos fundamentais, tendo em vista que a experiência nazista foi traumática para os alemães.

Esse princípio foi incorporado ao direito brasileiro, no qual vem sendo bastante utilizado pela jurisprudência e doutrinadores, apesar de não estar consagrado de forma expressa no ordenamento jurídico, daí porque possui fundamentação constitucional implícita, a teor do que dispõe o art. 5º, §2º, da Constituição Federal, que não exclui outras garantias

decorrentes do regime e dos princípios adotados, como explica Braga (2004, p.82) “no Brasil, embora a Constituição da República de 1998 não consagre expressamente a proporcionalidade, entende-se que está nela implícita”.

Em relação ao fundamento do princípio da proporcionalidade a doutrina não entra em um consenso. Para alguns doutrinadores, esse princípio é derivado do Estado de Direito, enquanto para outros, decorre do princípio do devido processo legal. Outra parte dos autores, ainda, entende que deriva do próprio conteúdo dos direitos fundamentais (BRAGA, 2004, p.83).

Quanto à posição que ocupa no Texto Constitucional, Campos (2004, *on line*) assim se expressa:

Na doutrina brasileira, conquanto haja concordância a respeito da presença da idéia de proporcionalidade em nossa Constituição, divergem vários autores quanto a identificação do seu lugar no Texto Constitucional, havendo quem o identifique com a cláusula do devido processo legal, como por exemplo, Luiz Roberto Barroso; outros como, por exemplo, Gilmar Ferreira Mendes, o identifica com o princípio do Estado Democrático de Direito, com o princípio da legalidade; e, ainda há aqueles como Paulo Bonavides que entendem ser desnecessário buscar filiações da proporcionalidade com outro qualquer princípio explícito da Constituição.

O princípio da proporcionalidade funciona como critério para a solução de conflitos de direitos fundamentais por intermédio de uma ponderação de interesses no caso concreto, tendo em vista o caráter relativo das normas-princípio definidoras de direitos fundamentais e o fato de estas não poderem salvaguardar práticas ilícitas.

Braga (2004, p.137) alerta para o fato de que:

Observe-se que, ao estabelecer as cláusulas pétreas, o constituinte originário limitou, inclusive, o campo de atuação do legislador constitucional derivado, impedindo-o de reformar quaisquer dos princípios sensíveis elencados no art. 60 da Constituição da República de 1988. Dentre estas cláusulas pétreas, encontram-se os direitos fundamentais, restando impossibilitados o constituinte derivado e o legislador ordinário de suprimi-los do ordenamento jurídico. Isso não quer dizer, no entanto, que eles não possam ser relativizados quando estiverem em conflito entre si ou quando se puder estabelecer uma restrição razoável.

O princípio da proporcionalidade, de acordo com Guerra Filho (2007, p.115), representa:

Para resolver o grande dilema que vai então afligir os que operam com o Direito no âmbito do Estado Democrático contemporâneo, representado pela atualidade de conflitos entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que se ocupam na hierarquia normativa, é que se preconiza o recurso a um ‘princípio dos princípios’ o princípio da proporcionalidade, que

determina a busca de uma solução de compromisso, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s) e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo seu núcleo essencial, onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana.

As colisões podem se apresentar quando o exercício de um direito fundamental entra em choque com o exercício de outro direito fundamental ou na hipótese de choque entre um direito fundamental e um outro bem jurídico protegido constitucionalmente.

O professor Canotilho (1999, p.1191) aborda o tema e apresenta a Colisão de Direitos fundamentais de modo bipartido:

Considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos.

Dessa forma, quando houver colisão entre direitos fundamentais, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade a fim de sopesar os bens jurídicos confrontados no caso concreto. Verifica-se, portanto, que este princípio é um meio utilizado para se analisar as restrições impostas aos direitos fundamentais.

2.2.2 *Distinção do princípio da razoabilidade*

Pode-se questionar se o princípio da proporcionalidade teria o mesmo sentido, alcance e funcionalidade que o princípio da razoabilidade, tendo em vista que há doutrinadores que os consideram como sinônimos. Entretanto, entende-se que esses princípios não possuem o mesmo significado. Conforme explica Silva (2002, p.30):

A regra da proporcionalidade no controle de leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade.

O princípio da proporcionalidade *lato sensu* é considerado o princípio dos princípios, ou seja, aquele que se utiliza quando há conflitos entre normas-princípio. Dessa forma, como os direitos fundamentais são considerados normas-princípio, o mencionado princípio deve ser

utilizado como técnica de solução de conflitos entre os direitos fundamentais (GUERRA FILHO, 2007, p.115).

No que diz respeito à origem histórica, os princípios também divergem: o princípio da razoabilidade se desenvolveu no direito anglo-saxônico, enquanto que o princípio da proporcionalidade tem origem no direito alemão, como assinala Braga (2004, p.113):

E isso não ocorre apenas porque a razoabilidade se desenvolveu na jurisprudência americana, como decorrência do *substantive due process of law* e a proporcionalidade, na experiência judicial tedesca – proveniente da própria ideia de Estado de Direito, cuja maior contribuição foi coibir atrocidades como aquelas praticadas durante do regime nazista, época em que os atos mais bárbaros eram exercidos sob o manto da ‘constitucionalidade’.

De acordo com Braga (2004, p.114-116) o princípio da razoabilidade é aplicado pelos juízes americanos de acordo com a virtude do homem prudente. Logo, a razoabilidade tem um conteúdo subjetivo, tendo em vista que é guiada pelo senso comum admitido pela comunidade. Esse princípio implica, assim, “uma análise da situação pessoal do sujeito envolvido, no caso concreto em que se apresenta”. Já o princípio da proporcionalidade, por ter seus critérios objetivos pré-definidos, “volta-se para a ampla esfera da ciência jurídica, tendo pretensões de aplicação em todos os ordenamentos jurídicos”. Aduz ainda a autora que:

Na verdade, existem diferenças de qualidade entre os critérios, somente podendo ser admitida a incidência da proporcionalidade quando for admissível, no caso concreto, uma compatibilização entre os meios e os fins. Trata-se, portanto, de um critério objetivo de ponderação. Já a razoabilidade representa um padrão geral de julgamento, no qual não se pressupõe a correlação entre as variáveis de meio e fins. Nela a avaliação é subjetiva e envolve as circunstâncias do caso, os motivos da medida. (BRAGA, 2004, p.117)

Vislumbra-se que a razoabilidade possui uma função negativa, enquanto a proporcionalidade uma função positiva. A função negativa do princípio da razoabilidade tem o objetivo de impedir que o poder estatal cometa medidas arbitrárias e desarrazoadas em face dos direitos fundamentais. Braga (2004, p.120) corrobora esse entendimento, explicando que:

Na razoabilidade, há, verdadeiramente, um componente negativo, pois o que existe é um controle do que não é razoável, eliminando-se os atos assim considerados e não a escolha de uma medida pelo exame do que seria bom senso. Afere-se não o que uma pessoa sensata faria e, sim, inibe-se a conduta em desacordo com o que esta julgaria acertada.

Já o princípio da proporcionalidade possui função positiva, uma vez que pondera os interesses em conflito, apresentando uma relação entre os direitos fundamentais postos em conflito de modo a harmonizá-los sem que ocorra a violação de seu núcleo fundamental.

O princípio da proporcionalidade é mais amplo que o princípio da razoabilidade, tendo em vista que não se esgota na simples análise da relação entre os meios e os fins. O exame da proporcionalidade possui critérios pré-definidos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), conferindo à proporcionalidade a individualidade que a diferencia da razoabilidade. Assim, nem todos os atos desproporcionais serão considerados desarrazoados, como ensina Braga (2004, p.121):

No entanto, a proporcionalidade é mais ampla que a razoabilidade, pois não se esgota na avaliação de compatibilidade entre os meios e os fins das medidas estatais, espraiando-se no campo da integração do ordenamento. Aliás, dificilmente o critério da razoabilidade conseguiria encontrar a solução adequada ao caso concreto, quando houvesse lacuna de opções, porquanto sua função é de eliminar, de acordo com os parâmetros de normalidade constantes no senso comum, as posturas irrazoáveis – por incongruência entre motivos e fins –, e não apontar o que seria o acertado.

Dessa forma, conforme aduz Silva (2002, *on line*) “a regra da proporcionalidade, portanto, não só não tem a mesma origem que o chamado princípio da razoabilidade, como frequentemente se afirma, mas também deste se diferencia em sua estrutura e em sua forma de aplicação”.

2.2.3 Subprincípios

O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: o da adequação ou conformidade, o da necessidade ou exigibilidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. De acordo com Braga (2004, p.85) “os elementos devem ser atendidos concomitantemente, pois somente através da trifásica aplicação pode ser concretizado, eis que, insatisfeito qualquer daqueles, a medida ou o ato será considerado(a) desproporcional”.

O subprincípio da adequação traduz a ideia de adequação do meio ao fim que se deseja atingir, sendo a medida capaz de atingir a finalidade pretendida. (BRAGA, 2004, p. 86-87). De acordo com Marmelstein (2008, p.376-377), para se aferir a adequação há de se perguntar: o meio escolhido foi adequado e pertinente para se atingir o resultado almejado?

Já o subprincípio da necessidade, ou princípio da exigibilidade, diz respeito ao fato de que o meio a ser empregado será necessário para a conservação do direito fundamental quando não houver outro menos lesivo. Dessa forma, quando houver várias formas de se atingir o resultado deve ser utilizada a medida que for menos prejudicial ao indivíduo. (BRAGA, 2004, p.87-88). Assim, para a análise desse subprincípio, Marmelstein (2008,

p.378) faz a seguinte indagação: o meio escolhido foi o “mais suave” entre as opções existentes?

Canotilho (1999, p.264-265) acrescenta outros elementos conducentes a uma maior apreciação prática desse subprincípio: a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o “mais poupado possível” à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial, que aponta para a necessidade de se limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal, que pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público; e d) a exigibilidade pessoal, que significa que a medida deve limitar a pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados.

É importante ressaltar que para que uma medida seja necessária, deve ser também adequada. De acordo com Mendes, Coelho e Branco (2008, p.332) “ressalta-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”.

Por fim, como o terceiro elemento caracterizador do princípio da proporcionalidade, encontra-se o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que se caracteriza pela ideia de que o meio utilizado deve manter-se em razoável proporção com o fim perseguido. Há uma relação de custo-benefício na aplicação da medida limitadora, havendo uma ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos, devendo o ônus ser inferior ao benefício. (BRAGA, 2004, p.89-90). Nesse sentido, de acordo com Marmelstein (2008, p.383), as perguntas mentais a serem feitas para aferir a presença da proporcionalidade em sentido estrito são as seguintes: o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar? Em uma análise de custo-benefício, a medida trouxe mais vantagens ou mais desvantagens?

Ensina Guerra Filho (2007, p.88-89) que:

O ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’, determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo essencial’ de direito fundamental, com desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

Vale ressaltar que existe uma ordem para a aplicação desses subprincípios, devendo primeiro ser analisado o subprincípio da adequação, em seguida o da necessidade e por último o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, conforme ensina Braga (2004, p.85-86):

Existe, em verdade, uma ordem pré-definida para a aplicação desses elementos, relacionados de forma subsidiária, no sentido de que somente se passa à análise dos subprincípios seguintes, se o anterior tiver sido atendido. Assim, para a apuração da proporcionalidade de uma medida, nem sempre se percorre todo o caminho da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com Braga (2004, p.85):

Enquanto a necessidade e a adequação são verificadas diante das possibilidades fáticas, a proporcionalidade em sentido estrito é verificada com base nas possibilidades jurídicas, observando-se sempre que a efetivação de um princípio não pode gerar o aniquilamento de outro.

Vale ressaltar que o magistrado, ao utilizar o princípio da proporcionalidade para sopesar os bens jurídicos confrontados, deve agir com cautela, já que se trata de um critério de valoração subjetiva, tendo em vista que o juízo de ponderação não é preestabelecido, devendo ser analisado em cada caso concreto.

2.2.4 Os “limites dos limites”: a dignidade da pessoa humana como definidor do núcleo essencial dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal podem sofrer limitações, mesmo nos casos em que não houver explícita previsão constitucional, tendo em vista que há hipóteses em que o poder constituinte já impõe as limitações. Essa possibilidade de restrição aos direitos fundamentais nas hipóteses em que os constituintes não expressamente a contemplaram é admitida em virtude da impossibilidade de se antecipar todas as possíveis colisões de direito.

De acordo com Mendes, Coelho e Branco (2008, p.306) as restrições dos direitos fundamentais classificam-se em: reserva legal simples, reserva legal qualificada e direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal.

Os direitos fundamentais com reserva legal simples são aqueles cuja restrição a Constituição autoriza seja aplicada por meio de lei, sem determinar as condições para a atuação dos legisladores ordinários. É o caso, por exemplo, do art. 5º, VI, da Constituição Federal, que dispõe que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo

assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.306-309).

Os direitos fundamentais sujeitos à reserva legal qualificada são aqueles para os quais a Constituição prevê a restrição do direito por meio de lei e já estabelece as condições em que se efetivará. Tem-se como exemplo o art. 5º, XII, da Constituição Federal, que determina ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.309-313).

Tem-se, por fim, a existência de direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal, aqueles, como a própria denominação explica, para os quais a Constituição não estabelece previsão de restrição. Verifica-se a possibilidade de o legislativo restringi-los quando houver conflito de direitos fundamentais, desde que aplicado o princípio da proporcionalidade, de forma a ser preservado o núcleo essencial dos direitos fundamentais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.313-314).

Dessa forma, as restrições constitucionais aos direitos fundamentais podem ser expressas quando contempladas direta ou indiretamente pela Constituição, seja no caso dos limites imanentes, seja nas hipóteses em que a legislação infraconstitucional sirva de meio para a harmonização dos direitos fundamentais em conflito (BARROS, 1996, p.90).

De acordo com Marmelstein (2008, p.372):

Já que se tocou nesse ponto, vale de logo esclarecer que a diferença básica entre um direito fundamental com reserva legal (ou seja, cuja limitação é expressamente autorizada pela Constituição) e um direito fundamental sem reserva legal (ou seja, que não há previsão expressa para uma regulamentação legal) é que a lei que limita um direito fundamental com reserva legal, para ser válida, não precisa passar por um teste tão rigoroso. Já os direitos fundamentais sem reserva legal precisam de justificativa muito mais forte para serem restringidos.

É preciso frisar que as restrições impostas aos direitos fundamentais são limitadas a fim de se preservar o núcleo essencial da norma-princípio fundamental. Essa limitação à atuação do poder público, ao restringir direitos fundamentais, é chamada de “Teoria dos Limites dos Limites” ou dos “Limites Imanentes”.

Quanto à questão dos “Limites dos Limites” dos Direitos Fundamentais, vejam-se os ensinamentos de Mendes, Coelho e Branco (2008, p.314-315), para quem:

Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanes ou ‘limites dos limites’ (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Em relação à ideia de “núcleo essencial” dos direitos fundamentais Mendes, Coelho e Branco (2008, p.316) ensinam que:

De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucionalmente imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

Embora a Constituição Federal não tenha consagrado expressamente a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais contra restrições do poder público, entende-se que essa garantia decorre da vedação expressa da abolição dos direitos fundamentais previstos no art. 60, §4º da Constituição.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais consiste em um conteúdo mínimo desses direitos, que deve ser respeitado. Traduz a ideia de “limite dos limites” por limitar a atuação dos poderes públicos ao ponderar esses direitos, a fim de evitar restrição a direitos fundamentais de forma desproporcional.

O intérprete, ao utilizar-se do princípio da proporcionalidade para resolver os conflitos existentes entre os direitos fundamentais, deve evitar o sacrifício total de um dos direitos, a fim de preservar o núcleo essencial. Mendes, Coelho e Branco (2008, p.316-317) abordam diferentes posições dogmáticas sobre a proteção do núcleo essencial:

Os adeptos da chamada teoria absoluta entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais como unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma intervenção material segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outra seria insuscetível de limitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um ‘limite do limite’ para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação. Os sectários da chamada teoria relativa entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria

aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório.

Pode-se verificar, então, que existem duas correntes doutrinárias que tratam do conteúdo essencial dos direitos fundamentais: a teoria absoluta e a teoria relativa. De acordo com a teoria absoluta, o núcleo essencial do direito fundamental é extraído de forma abstrata, inexistindo a possibilidade da restrição desse conteúdo, considerado intocável.

Para a teoria relativa o núcleo essencial do direito fundamental deve ser analisado no caso concreto, no qual se apresenta o conflito. Dessa forma, conclui-se que o núcleo essencial não está pré-estabelecido devendo ser analisado em cada caso.

Assim, da combinação do caráter não absoluto dos direitos fundamentais – ressalvando-se a preservação do seu núcleo essencial (seja ele visto como predeterminado *a priori* ou a partir do caso concreto) – mostra-se de grande utilidade prática a teoria da legítima defesa dos direitos fundamentais, pelo que se deve observar como a mesma vem sendo trabalhada explícita ou implicitamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz de situações concretas, tal como se verá a seguir.

3 A ANÁLISE DA TEORIA DA LEGÍTIMA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF PERANTE SITUAÇÕES CONCRETAS

A Constituição Federal de 1988 consagrou uma garantia prevista no art. 5º, inciso LVI, no qual diz que são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito no processo. Discute-se na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de relativização dessa garantia constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas. Ocorre que a não utilização, em determinados casos, dessas provas, seria uma forma de acobertar a prática de atividades ilícitas.

Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência têm relativizado o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, como assinala Moraes (2005, p.258):

Salienta-se que a doutrina constitucional moderna passou a prever uma atenuação à vedação das provas ilícitas, visando corrigir possíveis distorções que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Essa atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas, que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizados, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.

Sobre esse entendimento também se debruça a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como feito no caso do Mandado de Segurança nº 23.452/RJ (*on line*), relatado pelo Ministro Celso de Mello, o qual afirma em seu voto:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerando o substrato ético que as informa –, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Dessa forma, tem-se admitido, em casos relevantes, a utilização das provas por meio ilícito, desde que obedecido o princípio da proporcionalidade, no caso de o bem jurídico protegido ter mais valor do que o direito violado na instrução do processo.

Diante disso, entende-se que a garantia constitucional que proíbe a utilização, no processo, das provas ilícitas, não deve ser aplicada de forma absoluta, podendo ser atenuada toda vez que a sua aplicação representar violação a direito fundamental que se mostre mais importante que a garantia em questão.

De acordo com a Teoria da Legítima Defesa, tem-se admitido a prova produzida para a própria defesa, tendo em vista que a prova produzida em legítima defesa exclui a ilicitude da conduta. Nesse caso, não se trata de afronta ao art. 5º, inciso LVI, da CF, pois não se estaria a utilizar prova ilícita, mas sim uma prova lícita.

Diante do exposto, entende-se que deve vigor o princípio constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, mas sua interpretação deve ser atenuada em casos excepcionais, de acordo com o princípio da proporcionalidade, sopesando-se os bens jurídicos confrontados, à luz da teoria da legítima defesa dos direitos fundamentais, uma vez que estes não se prestam ao acobertamento da prática de atos ilícitos.

3.1 Gravação clandestina

A gravação clandestina consiste na captação de uma comunicação telefônica feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro ou por terceira pessoa, com seu consentimento, sem que os outros interlocutores tenham conhecimento. Essas gravações telefônicas não se confundem com as interceptações telefônicas que ocorrem quando há a intervenção de um terceiro na comunicação. Segundo Moraes (2006, p.57):

Diferentemente da gravação resultante de interceptação telefônica, as gravações clandestinas são aquelas em que a captação e gravação de conversa pessoal, ambiental ou telefônica se dão no mesmo momento em que a conversa se realiza, feita por um dos interlocutores, ou por terceira pessoa, com seu consentimento, sem que haja conhecimento dos demais interlocutores. Dessa forma, não se confunde interceptação telefônica com gravação clandestina de conversa telefônica, pois enquanto no primeiro nenhum dos interlocutores tem ciência da invasão da privacidade, na segunda um deles tem pleno conhecimento de que a gravação se realiza. Essa conduta afronta o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, diferentemente das interceptações telefônicas que afrontam o inciso XII do art. 5º da Carta Magna.

Dessa forma, o art. 5º, inciso XII⁷ da Constituição Federal proíbe a interceptação de comunicação telefônica, ou seja, quando um terceiro intercepta a conversa telefônica de duas outras pessoas. A lei nº 9296/96 de acordo com o preceito constitucional, estabelece, os casos em que a interceptação telefônica poderá ser utilizada como prova, tendo em vista que não há direitos fundamentais absolutos. No caso da gravação clandestina, conforme já explicitado, em que um dos interlocutores grava a conversa, não esta inserida na proibição do art. 5º, inciso XII da Constituição Federal.

Gravar clandestinamente uma comunicação telefônica configura uma invasão à intimidade. Dessa forma, ocorre uma afronta ao art. 5º, inc. X⁸, da Constituição Federal, que assegura o direito à privacidade e intimidade. Ressalta-se, contudo, que se a prova for usada em legítima defesa não estará caracterizada a ilicitude, tendo em vista que é considerada presente a justa causa.

No caso de colisão de direitos fundamentais em que está em jogo a intimidade e a repressão ao delito o poder público deve aplicar o princípio da proporcionalidade no caso concreto, sopesando-se os bens jurídicos confrontados com base na teoria da legítima defesa dos direitos fundamentais.

O ordenamento constitucional consagra o sigilo e a inviolabilidade da intimidade ou das comunicações, mas cabe considerar que não existem direitos absolutos. Logo, pode haver lei restritiva sobre a matéria, uma vez que a prevenção e a repressão ao delito também é um valor protegido constitucionalmente.

Nesse sentido, corroborando o entendimento ora exposto, posiciona-se a jurisprudência dos tribunais brasileiros no sentido de que a prova ilícita produzida para a própria defesa exclui a ilicitude da conduta. A respeito, confirmam-se os julgados do *Habeas Corpus* nº 74678-1/SP, no STF, relatados pelo Ministro Moreira Alves, o *Agravo de Instrumento* nº 503617, no STF, relatado pelo Ministro Carlos Velloso e o *Recurso Extraordinário* nº 402717/PR, no STF, relatado pelo Ministro Cezar Peluso (STF, *on line*):

EMENTA: ‘*Habeas corpus*’. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. – Afastada a ilicitude

7 “Art. 5º, inciso XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal processual”.

8 “Art. 5º, inciso X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). ‘*Habeas corpus*’ indeferido.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação ‘the fruits of the poisonous tree’ não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido.

EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.

O ministro Cezar Peluso, em seu voto no Recurso Extraordinário nº 402717/PR, diferencia a interceptação telefônica da gravação clandestina ao aduzir que (STF, *on line*):

A reprovabilidade jurídica da interceptação vem do seu sentido radical de intromissão que opera sem anuência dos interlocutores, excludente de antijuricidade, nem autorização judicial na forma da lei, rompe o sigilo da situação comunicativa, considerada como **proprium** dos respectivos sujeitos, que, salvas as exceções legais, sobre ela detêm disponibilidade exclusiva, como expressão dos direitos fundamentais de intimidade e liberdade.

Já no caso da gravação clandestina Cezar Peluso entende que (STF, *on line*):

Ora, quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação, a menos que esta seja recoberta por absoluta indisponibilidade legal proveniente de obrigação jurídica heterônoma, ditada pela particular natureza da relação pessoal vigente entre os interlocutores, ou por exigência de valores jurídicos transcendentais.

O relator do processo, Ministro Cezar Peluso, sustentou que o uso da conversa gravada é perfeitamente legal no caso analisado, sobretudo se ela é usada para a defesa própria em investigação criminal. O ministro ressaltou que em conversas protegidas por sigilo constitucional como entre advogados e clientes o entendimento é diferente.

Greco Filho (1996, p.4-6) discorre sobre a gravação clandestina ao afirmar que:

A gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental (não no sentido de meio ambiente, mas no ambiente) não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine. Isso porque, do mesmo modo que no sigilo de correspondência, os titulares – o remetente e o destinatário – são ambos, o sigilo existe em face dos terceiros e não entre eles, os quais estão liberados se houver justa causa para a divulgação. O seu aproveitamento como prova, porém, dependerá da verificação, em cada caso, se foi obtida, ou não, com violação da intimidade do outro interlocutor e se há justa causa para a gravação. Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal).

A respeito do uso da gravação clandestina, Vicente Greco Filho ensina que o sigilo existe em face de terceiros e não dos interlocutores, que podem divulgar a conversa desde que haja justa causa, podendo, neste caso, tal gravação servir como prova.

Diante disso, tem-se considerado causa de exclusão de ilicitude a gravação de conversa própria para comprovar a prática de atividade ilícita, apesar do desconhecimento do outro interlocutor, uma vez que aquele que produziu, agiu em legítima defesa de seus direitos fundamentais, que estavam sendo ameaçados ou lesados em face de condutas ilícitas. Dessa forma, não se trata de acolhimento de prova ilícita em desrespeito à garantia prevista no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

3.2 Exceção do sigilo bancário pela autoridade fiscal

A Lei Complementar nº 105/2001 limitou o direito fundamental ao sigilo bancário, o qual encontra respaldo no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, por meio da investigação dos dados bancários pela Administração Tributária. Essa Lei Complementar gerou divergência doutrinária quanto a sua constitucionalidade.

Há doutrinadores que entendem que o sigilo bancário é uma garantia constitucional que decorre tanto do direito à privacidade e à intimidade, previsto no art. 5º, inciso X da Constituição Federal, quanto do direito à inviolabilidade de dados, previsto no art. 5º, inciso XII da Constituição Federal.

O art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001⁹ estabelece os requisitos para que a autoridade administrativa possa ter acesso às informações bancárias dos contribuintes ao estabelecer que somente através do processo administrativo instaurado ou de procedimento fiscal será possível obter os dados sigilosos e desde que as informações sejam indispensáveis pela autoridade administrativa.

Essa restrição ao sigilo bancário tem como fundamento a norma constitucional prevista no art. 145, § 1º¹⁰, da Constituição Federal, que estabelece a efetividade do princípio da capacidade contributiva. Essa norma constitucional permite à Administração tributária identificar as atividades econômicas do contribuinte para fins de distribuição do ônus tributário à vista da capacidade contributiva de cada um.

O artigo 145, § 1º, da Constituição, estabelece uma restrição constitucional-legal qualificada, tendo em vista que autoriza a identificação do patrimônio, rendimentos e atividades do contribuinte. Conforme já analisado ao tratar dos “limites dos limites”, as restrições legais qualificadas são aquelas em que a Constituição prevê a restrição do direito por meio de lei e impõe as condições para que seja feita essa restrição. Trata-se de uma restrição constitucional contemplada indiretamente pela Constituição. Conforme ensinam Mendes, Coelho e Branco (2008, p.385), o direito ao sigilo bancário não é absoluto, portanto:

Havendo tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre os dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo.

Assim, segundo Fontana (2007, *on line*):

9 “Art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001: as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”.

10 “Art. 145, §1º da Constituição Federal: sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultados à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

A quebra do sigilo bancário ou fiscal decorreria da colisão de princípios, devendo-se, assim, encontrar um equilíbrio para a situação aplicando-se o princípio da proporcionalidade, no qual o sigilo bancário ou fiscal pode ser quebrado para a apuração de ilícitos, levando-se em conta tratar de interesse público, o qual deve ser resguardado, em detrimento dos direitos e garantias da pessoa física ou jurídica.

Dessa forma, diante de um conflito entre a garantia fundamental ao sigilo bancário, que decorre do direito à intimidade; e a privacidade e o princípio da capacidade contributiva, que trata de um interesse público o poder público utilizando-se do princípio da proporcionalidade, criou a Lei Complementar nº 105/2001, para restringir um direito individual com a finalidade de assegurar o exercício da arrecadação tributária de forma mais eficaz.

Barros (1996, p.177-179) utiliza-se de algumas etapas para verificar a constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais, as quais irão servir no presente caso para analisar a constitucionalidade da lei complementar nº 105/01, de acordo com o princípio da proporcionalidade, tendo em vista a grande divergência doutrinária quanto a sua constitucionalidade.

De acordo com Barros (1996, p.177-178), na primeira etapa deve-se analisar se a lei traz uma autêntica restrição, verificando se a conduta regulada pela mesma está contemplada no âmbito de proteção de determinado direito fundamental. A LC nº 105/01 restringe o sigilo bancário, que decorre do direito à intimidade e à privacidade. A garantia desse sigilo, apesar de não encontrar previsão expressa no texto constitucional, é considerada um direito fundamental em decorrência do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Na segunda etapa, Barros (1996, p.178) faz a verificação dos requisitos de admissibilidade constitucional da restrição, analisando se há existência de autorização constitucional para a restrição. No caso de se tratar de uma restrição legal qualificada deve-se observar se as condições impostas foram obedecidas. A Constituição Federal, no art. 145, §1º, estabelece o princípio da capacidade contributiva, no qual autoriza a restrição do direito ao sigilo bancário para viabilizar a arrecadação tributária, a fim de evitar que o contribuinte sonegue o recolhimento de tributos devidos. Dessa forma, encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade constitucional.

Na última etapa, Barros (1996, p.178-179) analisa se a lei restritiva está em conformidade com os subprincípios da proporcionalidade.

Assim, de acordo com o subprincípio da adequação, a medida restritiva deve ser apta a atingir o fim proposto. A única forma encontrada para fiscalizar as informações dadas pelos contribuintes foi através da investigação de dados bancários pela Administração Tributária com a finalidade de assegurar a função arrecadatória.

Segundo o subprincípio da necessidade ou exigibilidade não deve existir outra medida menos gravosa para lograr o mesmo objetivo. Na prática, não se verifica outra medida menos gravosa do que a restrição ao sigilo bancário – mantendo-se, por certo, o sigilo das informações em poder da administração tributária à conta de dever funcional, respaldado pela responsabilidade civil, penal e administrativa dos agentes que com eles mantiverem contato – para ter acesso aos dados dos contribuintes de modo a evitar fraudes ao patrimônio público.

Já em relação ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o sacrifício imposto ao titular do direito fundamental atingido deve manter uma relação de proporcionalidade com a importância do bem jurídico salvaguardado. Procura-se verificar se o poder público não se utilizou de medida restritiva desmedida, desajustada ou excessiva, de modo que possa atingir o núcleo essencial do direito. Ao criar a lei complementar o legislativo teve como meta assegurar um interesse público coletivo em detrimento de um interesse individual, tendo em vista que muitos contribuintes estavam se utilizando o direito fundamental do sigilo bancário para a prática de sonegação.

Vale ressaltar que o núcleo essencial desse direito não está sendo violado, já que os terceiros não têm acesso a essas informações bancárias e o fisco só dispõe das informações que são estritamente necessárias para a investigação. Além disso, o fisco tem a obrigação de manter em sigilo as informações que lhes são repassadas sob pena de responsabilidade, conforme preceitua o art. 5º, §5º¹¹ e art. 11¹² da Lei Complementar nº 105/01.

Dessa forma, entende-se que a garantia da vida privada e intimidade prevista no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, está sendo assegurada, já que as informações que são repassadas à Administração Tributária permanecem em sigilo, sob pena de responsabilização.

11 “Art. 5º, §5º da Lei Complementar nº 105/2001: as informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor”.

12 “Art. 11 da Lei Complementar nº 105/2001: o servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar, responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial”.

Ao analisar o art. 5º, § 2º¹³ da Lei Complementar nº 105/01 verifica-se que a transferência das informações bancárias se restringe aos montantes globais mensalmente movimentados pelo contribuinte. Dessa forma, a administração tributária não tem acesso às informações pessoais, ou seja, aos gastos feitos pelo contribuinte de forma detalhada. Logo, não há que se falar em ofensa ao núcleo essencial do direito fundamental em análise.

Vale ressaltar que a garantia do sigilo bancário não pode ser utilizada para viabilizar a sonegação tributária, tendo em vista que os direitos fundamentais não podem servir de escudo para a criminalidade. Dessa forma, impedir a quebra do sigilo bancário por parte da Administração Tributária seria uma forma de favorecer a impunidade dos contribuintes que se valem dessa garantia para praticar o crime de sonegação fiscal. Segundo Cavalcante (2001, *on line*) “o sigilo bancário não pode mais servir como instrumento para proteção de delitos e fraudes fiscais, onde grandes grupos econômicos agem livremente em nosso País, contribuindo para a nossa miséria financeira e moral”. A autora aduz ainda que:

O devido processo legal, garantia constitucional que abrange tanto o processo judicial como o administrativo, dá garantia ao contribuinte de que, se necessário for, seus dados bancários serão liberados para o Fisco nos moldes do respectivo procedimento administrativo. Portanto, não se trata de uma ‘devassa nas contas dos contribuintes’ ou de ‘arbítrios fiscais’, como vêm proclamando os defensores da manutenção do sigilo bancário de forma absoluta (CAVALCANTE, 2001, *on line*).

Diante do exposto, entende-se que a Lei Complementar nº 105/2001 é constitucional, tendo em vista que está em conformidade com os subprincípios da proporcionalidade, uma vez que a transferência de informações bancárias à Administração Tributária se mostra adequada e necessária para evitar a sonegação fiscal e, além disso, as informações que são repassadas ao Fisco são mantidas em sigilo de modo que não se atinge de forma desproporcional a garantia do sigilo bancário.

Porém, no julgamento do Recurso Extraordinário 389.808, com repercussão geral reconhecida, o STF afastou a possibilidade de a Receita Federal de ter acesso direto a dados bancários dos contribuintes. O Plenário do STF decidiu, por maioria dos votos, que somente é possível a quebra do sigilo bancário mediante ordem judicial.

13 “Art. 5º, §2º da Lei Complementar nº 105/2001: as informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados”.

A respeito, confira o julgado do *Recurso Extraordinário* nº 389.808/PR, no STF, relatado pelo Ministro Marco Aurélio (STF, *on line*):

EMENTA: SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (RE 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218)

Segundo a Ministro Celso de Mello, em seu voto no *Recurso Extraordinário* nº 389.808/PR (STF, *on line*):

Esse tema ganha ainda maior relevo, se se considerar o círculo de proteção que o ordenamento constitucional estabeleceu em torno das pessoas, notadamente dos contribuintes do Fisco, objetivando protegê-los contra ações eventualmente arbitrárias praticadas pelos órgãos estatais da administração tributária, o que confere especial importância ao postulado da proteção judicial efetiva, que torna inafastável, em situações como a dos autos, a necessidade de autorização judicial, cabendo ao juiz, e não à administração tributária, a quebra do sigilo bancário. É que os órgãos estatais da administração tributária não guardam, em relação ao contribuinte, posição de equidistância nem dispõem do atributo (apenas inerente à jurisdição) da "terzietà", o que põe em destaque o sentido tutelar da cláusula inscrita no §1º do art. 145 de nossa Lei Fundamental.

O Ministro Marco Aurélio, relator no RE 389.808, fundamentou a sua decisão no princípio da dignidade da pessoa humana, afirmando que é necessário assegurar a privacidade do contribuinte e que “a exceção para mitigar esta regra só pode vir por ordem judicial, e para instrução penal, não para outras finalidades”.

3.3 Os poderes investigativos do ministério público

A investigação criminal pelo Ministério Público é um assunto que vem sendo bastante discutido entre os doutrinadores, no aguardo de um posicionamento jurisprudencial mais claro do STF.

Os que defendem a impossibilidade de o Ministério Público investigar alegam que a Constituição Federal reservou a investigação criminal à Polícia Judiciária, portanto, os membros do Ministério Público ao desempenharem tal atividade estariam usurpando uma atribuição que não lhe foi concedida.

Nesse ínterim, o fundamento utilizado por aqueles que se opõem à investigação pelo Ministério Público esta previsto no inciso. IV, do §1.º, do art. 144 da Constituição Federal, segundo o qual caberia à Polícia Federal exercer, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária da União.

A exclusividade a que se refere a norma constitucional acima tem por objetivo apenas delimitar as atribuições da polícia federal das funções das demais polícias (civil, rodoviária, militar e ferroviária), impedindo a atuação das demais polícias na esfera federal (OLIVEIRA, 2004, *on line*). Dessa forma, a Constituição Federal não assegura às polícias a exclusividade da investigação criminal. Nessa mesma linha, aduz Jesus (2007, *on line*):

O MP pode realizar investigações criminais (orientação dominante): para essa corrente, em primeiro lugar, o art. 144 da CF, ao cuidar da segurança pública e dos órgãos policiais brasileiros, teve como finalidade apenas delimitar as atribuições investigatórias das Polícias, de modo que não houvesse superposição entre as atividades próprias de cada uma delas. Assim, por exemplo, compete à Polícia Federal, em caráter exclusivo, atuar como Polícia Judiciária da União; à Polícia Militar, tão-somente, investigar os crimes militares de competência estadual e, à Polícia Civil, confere-se atribuição investigatória residual. Em momento algum pretendeu o constituinte excluir a possibilidade de que outros órgãos investigassem infrações penais. Ademais, há que se priorizar uma interpretação teleológica e sistemática da CF, não a simples gramatical ou literal.

Portanto, o inciso. IV, do § 1º, do art. 144, da Constituição Federal, não tem o condão de excluir o poder de investigação do Ministério Público.

Já outros doutrinadores se posicionam pelo impedimento do Ministério Público investigar, argumentando a ausência de previsão legal. Entretanto, as atribuições conferidas ao Ministério Público pelo art. 129 da Constituição Federal não seriam taxativas, pois o próprio dispositivo legal, ao delimitar o rol de funções acometidas à instituição, estabeleceu, expressamente, em seu inciso IX, que: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

O art. 129, inciso I ¹⁴ da Constituição Federal atribui privativamente ao Ministério Público a função de promover a ação penal pública. Dessa forma, conforme aduz Robaldo (2006, *on line*):

Portanto, em face da Teoria dos poderes implícitos, é pertinente a afirmação de que se o Ministério Público tem exclusividade para propor ação penal pública, por consequência, também tem poderes para promover diretamente a investigação criminal, sobretudo ao se constatar que essa ação pode ser proposta independentemente do inquérito policial, como tem sido defendido por vários autores.

A Ministra Ellen Gracie, em seu voto do *Habeas Corpus* nº 91661/PE, aduz que (STF, *on line*):

Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos poderes implícitos, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que peças de informação embasem a denúncia.

Segundo a teoria jurídica dos poderes implícitos, a Constituição Federal ao conceder os fins, proporciona também os meios, de modo que é necessário conferir ao Ministério Público a colheita de prova, de forma a lhe possibilitar o pleno exercício da competência constitucional prevista no art. 129 da Constituição Federal.

Deve-se levar em conta, também, que o art. 39, §5º do Código de Processo Penal permite que o Ministério Público promova a ação penal independentemente da instauração de inquérito policial, desde que tenha provas suficientes.

Portanto, o inquérito policial não é imprescindível ao oferecimento da denúncia, já que o Ministério Público pode ter outros elementos probatórios para comprovar a autoria e a materialidade do crime. Logo, o inquérito policial não é o único meio de prova utilizado pelo Ministério Público para formar sua convicção.

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime do *Habeas Corpus* nº 89837, reconheceu que o Ministério Público tem poderes para realizar as investigações criminais, porém o assunto ainda deverá ser julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. A respeito, confirmam-se os julgados do *Habeas Corpus* nº 89837, no STF, relatado pelo Ministro Celso de Mello, o *Habeas Corpus* nº 91661, no STF, relatado pela Ministra

14 “Art. 129, inciso I da Constituição Federal: são funções institucionais do Ministério Público: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Ellen Gracie e o *Habeas Corpus* nº 93930, no STF, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, respectivamente ementadas:

EMENTA: “HABEAS CORPUS” – CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A POLICIAL CIVIL – POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDO AGENTE POLICIAL – VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AO POLICIAL TORTURADOR – LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO ‘PARQUET’ – TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS – CASO “McCULLOCH v. MARYLAND” (1819) – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) – OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL – LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ‘HABEAS CORPUS’ INDEFERIDO.

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos ‘poderes implícitos’, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que ‘peças de informação’ embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.

EMENTA: Habeas corpus. 2. Poder de investigação do Ministério Público. 3. Suposto crime de tortura praticado por policiais militares. 4. Atividade investigativa supletiva aceita pelo STF. 5. Ordem denegada. (HC 93930, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010, DJe-022 DIVULG 02-02-2011 PUBLIC 03-02-2011 EMENT VOL-02456-01 PP-00018)

Segundo a Ministra Ellen Gracie, em seu voto do *Habeas Corpus* nº 91661/PE (STF, *on line*):

É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a coleta de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*.

O Ministro Celso de Mello, no Habeas Corpus n. 93.930, combateu os dois argumentos mais comuns para anular aludida legitimidade do Órgão Ministerial para investigar: a suposta ausência de fundamento legal a respaldar tal atividade e a alegada exclusividade ou monopólio da Polícia na tarefa de apurar a prática de qualquer infração penal e sua autoria.

Conforme já demonstrado os direitos fundamentais não servem para acobertar a prática de atividade ilícita, dessa forma entende-se que o Ministério Público tem legitimidade para realizar investigação criminal a fim de combater as condutas lesivas ao ordenamento jurídico.

Não obstante, podemos concluir que a Constituição não atribuiu diretamente ao Ministério Público a legitimidade investigatória, contudo, não instituiu o monopólio da investigação criminal exclusivamente a Polícia Judiciária. Por oportuno, importante destacar que não há óbice à atuação do Ministério Público na investigação, desde que seja em caráter suplementar, de forma a não subtrair a competência da Polícia.

Diante do exposto, entende-se que deve haver uma complementaridade entre a investigação da polícia e a investigação criminal do Ministério Público, tendo em vista que a investigação não é monopólio da polícia, podendo inclusive ser dispensado o inquérito policial no oferecimento da denúncia.

CONCLUSÃO

Neste momento, reúnem-se, de forma sintetizada, as conclusões apresentadas em cada capítulo de modo a refletir a ideia geral do trabalho.

1. Os direitos fundamentais surgiram com o objetivo de proteger o homem na sua esfera individual contra a interferência abusiva do Estado, dotado de poder ilimitado. A Constituição de 1988 foi de grande importância para a formação do catálogo dos direitos fundamentais, o qual foi resultado de um processo de redemocratização após longos anos de ditadura.

2. Os direitos fundamentais se dividem em direitos fundamentais em sentido formal e material. Os direitos fundamentais em sentido formal são aqueles consagrados pela Constituição no catálogo dos direitos fundamentais (Título II da Constituição). Já os direitos fundamentais em sentido material são os que possibilitam a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não consagrados no seu texto, bem como os direitos fundamentais dispersos, ou seja, fora do catálogo, mas que integram a Constituição. Dessa forma, entende-se que o catálogo dos direitos fundamentais não é taxativo.

3. Quando houver colisão entre direitos fundamentais o que haverá é que, diante de uma determinada situação, um direito prevalecerá diante do outro devido a sua importância naquele caso concreto, o que não impede que o direito que foi afastado seja aplicado em outros casos, persistindo no ordenamento jurídico. Dessa forma, no caso de colisão entre direitos fundamentais deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, que funcionará como critério para a solução desses conflitos, mediante a ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

4. É possível a limitação dos direitos fundamentais por saber-se que uma de suas características é o seu caráter relativo e limitado, encontrando seus limites em outros direitos fundamentais, também consagrados pela Constituição Federal. Vale ressaltar que as restrições impostas aos direitos fundamentais devem ser controladas a fim de se preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em conflito. Essa limitação à atuação dos poderes estatais

ao restringir direitos fundamentais é chamada de “Teoria dos Limites dos Limites” ou “Limites Imanentes”.

5. O núcleo essencial dos direitos fundamentais consiste em um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais que deve ser respeitado, a fim de se evitar a restrição desses direitos de forma desproporcional. Diante disso, o intérprete, ao utilizar-se do princípio da proporcionalidade para resolver os conflitos existentes entre os direitos fundamentais, deve evitar o sacrifício total de um dos direitos, a fim de preservar o núcleo essencial.

6. Os direitos fundamentais não podem ser utilizados para acobertar a prática de atividades ilícitas. Dessa forma, aqueles que se utilizam da prática de atividade ilícita, desrespeitando as garantias e os direitos fundamentais de terceiros assegurados pela Constituição, não poderão invocar os direitos fundamentais para se eximir da sua responsabilidade.

7. A Teoria da Legítima Defesa dos Direitos Fundamentais está embasada na convalidação das provas obtidas por meios ilícitos, expressamente vedadas pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVI, mas que podem ser utilizadas quando produzidas para a própria defesa, por se tratar de uma causa de exclusão de ilicitude.

8. Entende-se que deve vigor o princípio constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, mas sua interpretação deve ser atenuada em casos excepcionais, de acordo com o princípio da proporcionalidade, sopesando-se os bens jurídicos confrontados, à luz da teoria da legítima defesa dos direitos fundamentais, uma vez que estes não se prestam ao acobertamento da prática de atos ilícitos. Dessa forma percebeu-se que as hipóteses de gravação clandestina, da exceção do sigilo bancário pela autoridade fiscal, e dos poderes investigativos do Ministério Público mostram-se como medidas concretizadoras da obstaculização ao abuso dos direitos fundamentais, sendo eles convertidos em “escudo da ilicitude”.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 26. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de constitucional**. Direitos Fundamentais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

_____. **Teoria processual da constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 10. ed. Niterói: Impetus, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. **Dignidad de la persona y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

JESUS, Damásio. **Direito penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica do costume**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, t. IV.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direitos humanos fundamentais**: Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de constitucionalidade**. 8. ed. Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.v.789.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 74678, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 10/06/1997, DJ 15-08-1997 PP-37036 EMENT VOL-01878-02 PP-00232. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=156&dataPublicacaoDj=15/08/1997&numProcesso=74678&siglaClasse=HC&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=5&numMateria=23&codMateria=2>>. Acesso em: 06 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 75338, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 11/03/1998, DJ 25-09-1998 PP-00011 EMENT VOL-01924-01 PP-00069). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=184&dataPublicacaoDj=25/09/1998&numProcesso=75338&siglaClasse=HC&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=5&numMateria=28&codMateria=2>>. Acesso em: 06 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, MS 23.452/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 12.05.2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=91&dataPublicacaoDj=12/05/2000&numProcesso=23452&siglaClasse=MS&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=5&numMateria=14&codMateria=2>>. Acesso em: 06 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 91661, Relator(a): Min. Ellen Gracie. DJ 02-04-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=91661&classe=HC>>. Acesso em: 06 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 89837, Relator(a): Ministro Celso de Mello. DJ 20-10-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=89837&classe=HC>>. Acesso em: 06 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, AI 503617, Relator(a): Ministro Carlos Velloso. Julgado em 01/02/2005, DJ 04-03-2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=503617&classe=AI-AgR>>. Acesso em: 06 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, RE 402717, Relator(a): Ministro Cezar Peluso. Julgado em 02/12/2008, DJ 12-02-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=402717&classe=RE>>. Acesso em: 06 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 7814-5, Relator(a): Ministro Celso de Mello. DJ 24-06-1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, RE 389.808/PR, Relator(a): Ministro Marco Aurélio. DJ 09-05-2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Recurso+Extraordinario%28389808%2ENUME%2E+OU+389808%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao>>. Acesso em: 10 dezembro 2011.

PERIÓDICOS:

CAMPOS, Helena Nunes. **Princípio da proporcionalidade**: a ponderação dos direitos fundamentais. Disponível em:

<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf>. Acesso em: 29 out. 2009.

CAVALCANTE, Denise Lucema. **Sigilo bancário e o devido processo legal**. Disponível em:

<http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_abril_2001/0504Denise.pdf>. Acesso em: 29 out. 2009.

FONTANA, Diana. **Quebra do Sigilo Bancário e Fiscal pela Autoridade Administrativa. Violação ao Devido Processo Legal?** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/3030/1/quebra-do-sigilo-bancario-e--fiscal-pela-autoridade-administrativa-violacao-ao-devido-processo-legal/pagina1.html>>. Acesso em: 29 ago 2009.

JESUS, Damásio. **Poderes investigatórios do Ministério Público**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10865>>. Acesso em: 21 ago.2009.

LIBERATO, Gustavo Tavares Cavalcanti. **Roteiro de Aula**. Especialização em direito e processo constitucionais. Fortaleza: Unifor, 2008.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Poder investigatório do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20061208123719519>. Acesso em: 21 ago.2009.

OLIVEIRA, Márcia Vogel Vidal. **O poder investigatório do Ministério Público**. Disponível em:<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18746/O_Poder_Investigatorio_do_Ministrio_Publico.pdf?sequence=2>. Acesso em: 29 ago 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf>. Acesso em: 21 ago.2009.