

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS -
MESTRADO**

ANDREI RÖEHRS PORTINHO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROPORCIONALIDADE NO ESTADO
CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA PENAL**

**Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet
Orientador**

Porto Alegre

2010

ANDREI RÖEHRS PORTINHO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROPORCIONALIDADE NO ESTADO
CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA PENAL**

**Dissertação de Mestrado apresentada no
Programa de Pós-Graduação em Ciências
Criminais da Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul – PUCRS. Requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Ciências
Criminais.**

**Área de Concentração: Sistema Penal e Violência
Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais
Contemporâneos**

Orientador: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Porto Alegre

2010

ANDREI RÖEHRS PORTINHO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROPORCIONALIDADE NO ESTADO
CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA PENAL**

**Dissertação de Mestrado apresentada no
Programa de Pós-Graduação em Ciências
Criminais da Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul – PUCRS. Requisito parcial
para a obtenção do Título de Mestre em Ciências
Criminais.**

**Área de Concentração: Sistema Penal e Violência
Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais
Contemporâneos**

Porto Alegre,, de de 2010.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet
Orientador

P852d Portinho, Andrei Röehrs

Direitos Fundamentais e Proporcionalidade no Estado Constitucional: uma análise à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria penal. / Andrei Röehrs Portinho. – 2010.

123 f.

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, BR-RS, 2010.

Orientador: Ingo Wolfgang Sarlet.

1. Direitos Fundamentais: proporcionalidade. 2. Direito Penal.
3. Estado Constitucional. I. Sarlet, Ingo Wolfgang. II. Título.

CDU 342.7

CIP - BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
BIBLIOTECÁRIA RESPONSÁVEL: Vanessa Souza CRB - 10/1468

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, nosso Senhor, e aos meus pais, por me colocarem sempre no caminho do bem.

AGRADECIMENTOS

*Meus sinceros
agradecimentos à PUCRS, pela
excelente estrutura e agradável
ambiente acadêmico.*

*Ao meu estimado Prof.
orientador, Dr. Ingo Wolfgang
Sarlet, por emprestar a este estudo
sua renomada assinatura.*

*À minha querida família,
pelo suporte incondicional.*

*E aos meus queridos amigos,
pela força e compreensão.*

RESUMO

O presente trabalho trata do tema dos direitos fundamentais em matéria criminal no âmbito do Supremo Tribunal Federal, analisado sob o prisma do Estado Constitucional vigente. O objetivo é investigar o tratamento que tais direitos têm recebido na jurisprudência da Suprema Corte quanto à sua efetividade, sobretudo no que diz respeito aos critérios utilizados para a eleição dos valores preponderáveis no caso concreto e aos rumos que a jurisprudência brasileira tem tomado na última década.

Nesse sentido, foram trabalhadas questões pontuais sobre o Estado Constitucional, as ciências penais e os direitos fundamentais, visando fornecer os subsídios teóricos necessários para a compreensão do problema. A síntese da evolução dos modelos estatais desde a Revolução Francesa e da idéia de Constitucionalismo, da teoria do garantismo e das políticas criminais, bem como das principais características dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade, é a chave para a ventilação do tema e a tomada de posições.

Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência.

Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

Palavras-chave: Iluminismo - Constitucionalismo - Estado Constitucional - Hermenêutica Constitucional - Ciências Penais - Direitos Fundamentais - Proporcionalidade.

ABSTRACT

This work addresses the issue of fundamental rights in criminal cases under the Supreme Court, analyzed through the prism of the current State Constitutional. The goal is to investigate the treatment they have received such rights in the jurisprudence of the Supreme Court as to its effectiveness, especially as regards the criteria used for the election of preponderated values in this case and the direction that the Brazilian case law has taken over the last decade.

Therewith, it was worked specific issues about the State Constitution, the penal sciences and fundamental rights in order to provide the necessary theoretical basis for understanding the problem. The synthesis of the evolution of state models since the French Revolution and the idea of constitutionalism, the theory of warranty and criminal policies and the main features of fundamental rights and the principle of proportionality is the key to the ventilation of the subject and making positions.

Research area: Legal and Penal Systems Contemporary.

Concentration Area: System and Criminal Violence.

Graduate Program in Criminal Sciences, PUCRS.

Keywords: Enlightenment - Constitutionalism - Constitutional State - Constitutional Hermeneutics - Penal Sciences - Fundamental Rights - Proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO CONSTITUCIONAL, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO PENAL	13
1.1 ESTADO CONSTITUCIONAL COMO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	13
1.2 ESTADO CONSTITUCIONAL E GARANTISMO NA ESFERA PENAL	34
1.2.1 Considerações iniciais	34
1.2.2 Tendências do direito penal e das políticas criminais	43
1.3 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	55
1.3.1 Considerações iniciais	55
1.3.2 Dupla dimensão objetiva e subjetiva	59
1.3.2.1 Direitos-garantia em matéria penal	62
1.3.2.2 As diversas manifestações da assim designada dimensão objetiva dos direitos fundamentais	63
a) Efeito irradiante (constitucionalização da ordem jurídica e interpretação conforme os direitos fundamentais)	63
b) Deveres de proteção	65
c) Organização e procedimento	71
1.4 A PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE AOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA DUPLA FACE	72
1.4.1 Considerações iniciais	72
1.4.2 Proibição de excesso	85
1.4.3 Proibição de insuficiência	86

1.4.4 Critérios de aplicação da proporcionalidade	88
1.4.5 Relações e distinções entre proporcionalidade e razoabilidade	92
2. PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA DO STF QUANTO À PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA PENAL	97
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL PERANTE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO SÉCULO XXI	97
2.2 PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE	99
a) Admissibilidade da prova ilícita	99
b) Uso de algemas	101
c) Reincidência como circunstância agravante	103
2.3 PROIBIÇÃO DE EXCESSO	105
a) Manutenção da liberdade do réu para recorrer da sentença penal condenatória não- transitada em julgado	105
b) Prisão civil do depositário infiel	106
c) Crime de receptação e cominação de pena mais leve para delito mais grave	107
2.4 PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA	109
a) Crime de estupro e extinção da punibilidade por posterior convivência entre vítima e réu	110
2.5 CRIMES HEDIONDOS	112
CONCLUSÃO	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	121

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal do Brasil – guardião da Constituição da República – tem demonstrado, ao longo da última década, uma significativa transformação na sua jurisprudência, no que se refere ao tratamento dispensado aos direitos fundamentais em matéria penal. Valores que antes eram intangíveis, hoje podem ser objeto de relativização, dependendo de sua fundamentação.

Ocorre que os direitos fundamentais também se transformaram. O Estado também se transformou, assim como a sociedade, atualmente mais complexa. Os anseios desta por justiça geraram a transformação do modelo estatal – através das revoluções – e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais destes novos e complexificados indivíduos.

Acompanhar todas estas transformações é o desafio da Suprema Corte brasileira. No entanto, tem-se verificado que tal tarefa se mostra dificultosa, tanto pela polêmica que envolve os bens jurídico-penais tutelados, quanto pela divergência por parte dos julgadores na adoção de fundamentações para as decisões tomadas. As teorias relativistas, que no passado eram rechaçadas, atualmente são francamente

aceitas, mas nem sempre conhecidas e desenvolvidas com a devida profundidade que o tema exige.

Neste sentido, iniciamos a presente pesquisa com uma breve explanação sobre a evolução dos modelos estatais até o Estado Constitucional, desde a Revolução Francesa e a disseminação dos ideais iluministas, bem como da teoria do constitucionalismo, e suas consequências no desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Tendo em vista toda a releitura constitucional que implica dito contexto, passamos a visitar a teoria do garantismo em matéria penal, bem como as tendências contemporâneas das políticas criminais, no intuito de compreender qual o destino para onde caminham as ciências criminais neste campo em transformação.

Em seguida, passamos a observar os direitos fundamentais propriamente ditos, no que concernem às suas principais características e desdobramentos, visando fornecer subsídios suficientes para a compreensão do atual estágio evolutivo das principais teorias do tema, que serão objeto das decisões analisadas no capítulo seguinte.

Por fim, procedemos ao exame do princípio da proporcionalidade, enquanto limitação aos excessos das ações estatais, na sua dupla dimensão – proibição de excesso e de insuficiência. A ampla aceitação teórica dessa segunda via (mesmo que de forma implícita), bem como a conceituação e origem do princípio e a aparente

fungibilidade com o mandamento de razoabilidade, parecem existir não apenas na doutrina que adota, mas também na jurisprudência que aplica a referida norma.

No segundo capítulo, passaremos a analisar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil que demonstram a transformação no tratamento da matéria dos direitos fundamentais na seara criminal na sua jurisprudência. Inicialmente, o tema da Revolução Francesa enquanto marco inicial da disseminação dos direitos fundamentais hoje reconhecidos, através dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, são abordados de maneira breve visando frisar a importância daquele momento histórico para o Tribunal enquanto guardião da ordem constitucional. E na sequência, foram selecionados alguns casos judiciais paradigmáticos dos problemas ventilados no capítulo inicial, e que embasarão as conclusões finais acerca do problema.

CONCLUSÃO

Com base no todo exposto, concluímos que a proporcionalidade, considerada no seu duplo viés (proibição de excesso e proibição de insuficiência), e sempre analisada mediante a metódica trifásica que exige uma argumentação consistente e controlável da satisfação dos critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, está a serviço da efetividade dos direitos fundamentais, inserida no contexto do Estado Constitucional

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência constitucional têm acompanhado a evolução da teoria e da prática da proporcionalidade, embora ainda se verifiquem importantes inconsistências, especialmente quando da correta aplicação do instituto e dos seus elementos internos.

O Direito Penal e as políticas criminais adotadas no âmbito do Estado Constitucional, ao passo que encontram limites importantes nos direitos de defesa, para o respeito aos direitos e garantias fundamentais, também terminam por exercer um importante papel na tutela dos mesmos, mediante o reconhecimento dos deveres de proteção estatais. Torna-se dever do Estado, portanto, também acompanhar a evolução e o incremento da criminalidade moderna, de forma preventiva, mas sempre intervindo de

forma proporcional e razoável na esfera da liberdade pessoal e nos direitos fundamentais de um modo geral, sem deixar de assegurar um nível de tutela suficiente em cada caso.

Sendo assim, a análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, com base no referencial teórico examinado, permite concluir a existência de uma significativa evolução no que concerne a proteção dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Constitucional.

Embora ainda se constate a existência de decisões que, por vezes, apontam mais para um legalismo puro e insensato, do que propriamente para a efetividade dos direitos fundamentais, acreditamos estar a jurisprudência constitucional brasileira, no geral, em consonância com a evolução mais atual em matéria de teoria e prática dos direitos fundamentais, como é o caso da proporcionalidade, que tem encontrado crescente utilização na esfera do STF tendo em vista que os primeiros são casos isolados, e ainda impregnados do ranço inquisitórios dos modelos sistemático-penais anteriores. Pois estes últimos são cada vez menos aplicados, ao passo que a fundamentação contundente e forte no princípio da proporcionalidade e na maleabilidade das regras rígidas de procedimento, em prol dos direitos fundamentais, são cada vez mais aplicadas e fomentadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid: Centro de Estudio Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. “Teoría dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”. 3ª edição. São Paulo: Malheiros EE, 2004.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. “Crime organizado e proibição de insuficiência”. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. “Desigualdades regionais, Estado e Constituição”. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BONAVIDES, Paulo. “Teoría constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade”. 10ª edição. São Paulo: Malheiros EE., 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. “Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito” (tradução: Menezes Lisboa). 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito Constitucional”. 7ª. Edição. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Estudos sobre direitos fundamentais”. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARBONELL, Miguel. “Estúdio Preliminar. La igualdad e los derechos humanos”. In “El Principio de Igualdad. Lecturas de introducción” (compilador Miguel Carbonell). 1ª edição. Cidade do México: Comissão Nacional dos Direitos Humanos, 2003.

CARVALHO, Salo. “A política criminal de drogas no Brasil”. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo. “Pena e Garantias”. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2003.

D’AVILLA, Fábio Roberto. “O Direito e a legislação penal brasileiros no séc. XXI: entre a normatividade e a política criminal”. In “Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos” (org. Ruth Maria Chittó Gauer). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. “Teoria geral dos direitos fundamentais”. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FELDENS, Luciano. “A Constituição Penal: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais”. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. “Direitos Fundamentais e Direito Penal”. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. “Direito e Razão. Teoria do garantismo penal”. (tradução: Ana Paula Zomer e outros. 6ª. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Tércio Sampaio. “Introdução ao estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação”. São Paulo: Editora Atlas, 1994.

FREITAS, Juarez. “A substancial inconstitucionalidade da lei injusta”. Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989 (co-edição).

FREITAS, Luiz Fernando Calil. “Direitos fundamentais. Limites e restrições”. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

HÄBERLE, Peter. “Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição” (tradução: Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

JOHNSTON, Derek. “História concisa da filosofia: de Sócrates à Derrida” (tradução: Rogério Bettoni). São Paulo: Editora Rosari, 2008.

KELSEN, Hans. “Teoria pura del Derecho” (tradução da 2ª versão em alemão: Roberto Vernengo). 2ª edição. Cidade do México: Universidad Autónoma de México, 1982.

LOPES JR. Aury. “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”. Volume I. 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LUIZI, Luiz. “Os princípios constitucionais penais”. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Pena, 2003.

MACHIAVELLI, Nicolás. “O Príncipe” (1513). In <http://www.culturabrasil.pro.br/oprincipe.htm> (versão *online* para leitura), data da consulta 01/05/2010.

MALARÉE, Hernán Hormazábal. “Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal”. 2ª edição. Barcelona, 1992.

MCLLWAIN, Charles Howard. “Constitucionalismo Antiguo y Moderno” (tradução: José Rovia Armengol). Buenos Aires: Editorial Nova, 1947.

MORAIS, José Luís Bolzan de. “As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. “As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição”. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

OLHWEILLER, Leonel. “Os princípios constitucionais da administração pública a partir da filosofia hermenêutica: condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante”. In: A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 18, out./dez, 2004.

OLHWEILLER, Leonel. “A pergunta pela técnica e os eixos dogmáticos do direito administrativo: algumas repercussões da fenomenologia hermenêutica”. In: A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 18, out./dez, 2004.

PASCUAL, Gabriel Domenech. “Los derechos fundamentales a la protección penal”. Madrid: Revista Española de Derecho Constitucional, ISSN: 0211-5743, 2006.

PASOLD, Cezar Luiz. “Função social do estado contemporâneo”. 3ª edição. Florianópolis: OAB/SC Editora e Editora Diploma Legal, 2003.

PELAYO, Manuel Garcia. “Las transformaciones del Estado contemporáneo”. 4ª edição. Madrid: Alianza Editorial S/A, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais”. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. “Estructura y límites de la ponderación”. Bogotá: Doxa 23, 2003.

REBUFFA, Giorgio. “Costituzioni e Costituzionalismi”. Torino: G.Giappichelli Editore, 1990.

ROXIN, Claus. “La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal”. Valencia: Editora Tirant lo Blank, 2000, p. 57.

SALDANHA, Nelson. “O Estado moderno e o constitucionalismo”. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. “La expansión de derecho penal: Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales”. 2ª Edição. Madrid, Civitas Ediciones, 2001.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. “Aproximación al derecho penal contemporáneo”. Barcelona: Editora Jose Maria Bosch, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Discurso e o Poder – Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. “A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional”. 10ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência”. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 10/10/2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Fundamentais e proporcionalidade: Notas a respeito dos limites e possibilidade da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos” (org. Ruth Maria Chittó Gauer). Porto Alegre: EDIPUCRS. 2008.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. “O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”. Madrid: Colex., 1990.

SILVA, José Afonso da. “Curso de direito constitucional positivo”. 20ª. edição São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Ovídio Baptista da. “Processo e Ideologia”. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico”. In “Interpretação Constitucional” (organização: Virgílio Afonso da Silva). 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOARES, Fabiana de Menezes. “Direito administrativo de participação: cidadania, direito, Estado e Município”. Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora, 1997.

SOUSA, Nelson Oscar de. “Manual de Direito Constitucional”. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

STRECK, Lênio Luiz. “Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao Direito”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. “Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito”. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. “Estado, democracia e administração pública no Brasil”. Rio e Janeiro: FGV, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Direitos Fundamentais. Uma leitura da Jurisprudência do STF” (colaboradora: Flávia Scabin). São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. “El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia” (tradução: Marina Gascón). 4ª edição. Madrid: Trotta, 2003.