

**O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO DE
RESTRIÇÃO A DIREITO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DA QUESTÃO DE
ORDEM NO INQUÉRITO Nº2.424-4**

**(THE CRITERION OF PROPORTIONALITY AS A
GROUNDWORK OF RESTRICTION TO FUNDAMENTAL RIGHT: AN ANALYSIS
OF THE ORDER INQUIRE ON INVESTIGATION N. 2.424-4)**

Bruno Ricardo Rizzo Tomé¹

Rafael Alem Mello Ferreira²

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo verificar se na questão de ordem no inquérito 2.424-4, o Supremo Tribunal Federal utilizou o critério da proporcionalidade para restringir direitos fundamentais. Ainda, aprofundou-se sobre seus elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), os quais são fundamentais para a aplicação correta do critério da proporcionalidade. Após entregar ao leitor as ferramentas para analisar a aplicação do critério da proporcionalidade, passou-se a analisar decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, quando da questão de ordem no inquérito 2.424-4. Para tanto, fora eleito o voto do Ministro relator como voto paradigma, que mitigava o direito ao sigilo e à intimidade em prol do interesse público em apurar crimes e condutas passíveis de punição administrativa. Em contrapartida, fora eleito o único voto divergente, proferido pelo Ministro Marco Aurélio, que não admitia a mesma mitigação. Após detalhar as fundamentações utilizadas, mostrou-se que, além de citarem o critério da proporcionalidade e o sopesamento de valores, ambos os votos podem ser analisados sob a perspectiva do critério da proporcionalidade. Concluiu-se que o voto do Ministro relator se logrou vitorioso, na ocasião seguido pela maioria do Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio, em sua divergência. Tais razões possibilitaram concluir que à época do julgamento da questão de ordem no inquérito 2.424-4, o Supremo Tribunal Federal, utilizando do critério da proporcionalidade, restringiu direitos fundamentais, aplicação que diverge de sua do núcleo de sua aplicação, conforme se pôde observar ao longo do texto.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Critério. Adequação. Necessidade. Proporcionalidade em sentido estrito.

¹ Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pelo Programa de Mestrado em Direito da Unaerp – Universidade de Ribeirão Preto – Campus Ribeirão Preto. E-mail: bruno.ricardo008@yahoo.com.br

² Docente em Direito na Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG); Titulação: Doutor em Direito. E-mail: ramfmg@hotmail.com

ABSTRACT

1 Introdução

Os direitos fundamentais, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, no Brasil, tem recebido maior atenção, destaque e proteção pelo Estado.

No entanto, por diversas vezes é possível identificar atos, medidas, inclusive do próprio poder estatal que visa a restringir em alguma ou outra medida os próprios direitos fundamentais.

Não é difícil encontrar restrições que são fundamentadas em motivos que aparentemente as justificam, no entanto, nem sempre os fins justificarão os meios.

É neste contexto em que o critério da proporcionalidade ganha ainda mais importância, como meio de aferir se referidos atos guardam e em que medida guardam proporcionalidade em relação ao fim almejado e as restrições impostas.

Sendo cabível sua aplicação nos mais diversos temas, seu estudo é válido, vezes que muitos operadores do direito que invocam referido critério o utilizam de forma equivocada ou deixam de utilizar quando necessário.

Por tais razões, não é comum encontrar a informação de que referido critério fora utilizado com o objetivo diverso, isto é, restringir direitos fundamentais que visa proteger de excessos.

Contudo, quando do julgamento da questão de ordem no inquérito 2.424-4, aparentemente o Supremo Tribunal Federal, utilizando deste critério, culminou em restringir o direito fundamental à intimidade e ao sigilo.

Resta saber, é possível relacionar o critério da proporcionalidade com o julgamento em questão? Referida restrição, de fato, ocorreu?

Estas perguntas levam ao conteúdo desta pesquisa.

2 proporcionalidade como critério decisório

É possível encontrar autores que considerem o instituto da proporcionalidade como princípio, tal como Willis Santiago Guerra Filho (2018), como se pode observar no trecho abaixo:

O princípio da proporcionalidade tem um conteúdo que se reparte em três “princípios parciais” (Teilgrundsätze): “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” ou “máxima do sopesamento” (Abwägungsgebot), “princípio da adequação” e “princípio da exigibilidade” ou “mandamento do meio mais suave” [...]. (GUERRA FILHO, 2018).

Também é possível identificar autores que consideram o instituto da proporcionalidade como regra, tal como Virgílio Afonso da Silva (2018), como se observa, na conclusão de seu trabalho, quando diz que a regra da proporcionalidade tem origem na jurisprudência alemã, e não na jurisprudência inglesa ou norte americana.

No entanto, ainda pode-se identificar Autores que adotam o instituto da proporcionalidade como critério, tais como André Ramos Tavares, que escreve:

Dentro desse contexto, o critério da proporcionalidade desponta como relevante instrumento de solução de conflitos na medida em que se apresenta como mandamento de “otimização de princípios”, ou seja, como critério de sopesamento de princípios quando estes conflitam em dada situação concreta. (TAVARES, 2012).

Ainda, conclui Leonardo Martins:

O processo de aplicação do critério da proporcionalidade parte da verificação do propósito ínsito à intervenção estatal no livre exercício do direito fundamental que deve ser legítimo, ou seja, não pode se chocar contra nenhum dispositivo do ordenamento jurídico [...]. (MARTINS, 2003).

Destaca-se que a não aplicação do critério da proporcionalidade não acarreta sanção, ônus à decisão, diferentemente do que ocorre com a não observância quando da aplicação de regras e princípios.

Neste sentido, para prosseguimento da discussão, embora alguns autores denominem "princípio da proporcionalidade" ou "regra da proporcionalidade"³, este instituto será tratado como critério.

3 CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1 proporcionalidade

O Critério da proporcionalidade tem como objetivo a exigência de racionalidade nos atos Estatais, isto é, uma exigência do mínimo de coerência, sustentabilidade nestes referidos atos.

Ainda, através da aplicação do Critério da Proporcionalidade é possível solucionar, ou pelo menos, aproximar-se de uma solução, quando do conflito entre princípios no caso concreto.

Quanto ao tema escreve André Ramos Tavares:

A proporcionalidade, numa primeira aproximação, é a exigência de racionalidade, a imposição de que os atos estatais não sejam desprovidos de um mínimo de sustentabilidade. Assim compreendida a proporcionalidade, é correto afirmar que a preocupação em observá-la vem de longa data. (TAVARES, 2012).

Ainda, sob a perspectiva de André Ramos Tavares:

[...] o critério da proporcionalidade desponta como relevante instrumento de solução de conflitos na medida em que se apresenta como mandamento de “otimização de princípios”, ou seja, como critério de sopesamento de princípios quando estes conflitam em dada situação concreta. (TAVARES, 2012).

³ Para maior aprofundamento, consultar as obras: SILVA, V. A. **O proporcional e o razoável**. *Revista dos Tribunais*, [s.l.], v. 798, p. 23-50, 2002 e TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Conceitua-se o critério da proporcionalidade no sentido de orientação da interpretação e aplicação do direito, buscando avaliar a licitude e a constitucionalidade de uma restrição imposta pelo Estado a direitos (principalmente fundamentais), sob a perspectiva de seu grau e nível (de restrição) e de suas motivações.

Escreve Virgílio Afonso da Silva:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. (SILVA, 2002).

Ainda, Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2009): “Todavia, antes, uma observação se faz necessária: o critério da proporcionalidade, a razoabilidade e a proibição de excesso consistem em limites às restrições de direitos fundamentais”.

Contudo, a aplicação do critério da proporcionalidade não ocorre de forma direta, a mesma ocorre através da aplicação sucessiva e eliminatória de seus três elementos, sendo estes a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A aplicação destes elementos, de forma sucessiva e eliminatória, ocorre de maneira que sendo o ato examinado considerado inadequado, desnecessário ou desproporcional em sentido estrito, o mesmo não passa pelo filtro do critério da proporcionalidade, devendo, portanto, ser invalidado.

Isto é, basta a reprovação do ato Estatal, sob a perspectiva de apenas um dos três elementos do critério da proporcionalidade, para que o ato examinado seja considerado desproporcional.

Quanto aos elementos da proporcionalidade escreve Lucas Catib Laurentiis:

Estruturar a proporcionalidade quer dizer apresentar um caminho fixo e invariável do desenvolvimento dos testes que a compõem. Não haveria outra possibilidade de estruturação da prova a não ser aquela que inicia com a avaliação da adequação, ou conexão racional, da medida restritiva com sua finalidade, passa pela necessidade comparativa em relação a meios alternativos e, finalmente, deságua na análise da

proporcionalidade em sentido estrito, que pode ser entendida como equivalente à ponderação, como proibição de tratamento desproporcional ou, enfim, como instrumento voltado à proteção de conteúdos mínimos dos direitos. (LAURENTIIS, 2015).

Isto é, significa dizer que primeiramente se avalia se o ato em discussão é adequado e, resistindo ao exame de sua adequação, autoriza-se a análise de sua necessidade que, caso também se apresente necessário, autorizar-se-á a avaliação de sua proporcionalidade no sentido estrito.

Para que se legitime a avaliação da necessidade de um ato estatal, é fundamental que este ato tenha sido considerado adequado, da mesma forma, para avaliar sua proporcionalidade em sentido estrito, é requisito, deste critério, que o ato em exame tenha sido considerado adequado e necessário, conforme escreve Virgílio Afonso da Silva:

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Podese dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito. (SILVA, 2002).

Portanto, iniciar-se-á a análise através dos elementos que compõe o critério decisório.

3.2 ADEQUAÇÃO

O elemento adequação tem por objetivo identificar se a medida em questão alcança, ou ao menos contribui para alcançar, o objetivo pretendido.

Em um primeiro momento, a análise está voltada para a possibilidade do ato estatal, medida, em efetivar ou possibilitar a efetivação do objetivo pretendido.

Isto é, para que o ato Estatal ou medida seja considerado "adequado" não há a necessidade de se alcançar o objetivo pretendido, basta, para que se ultrapasse esse primeiro requisito, que o ato/medida estatal, no mínimo, fomente o objetivo pretendido.

Sobre o tema, escreve Virgílio Afonso da Silva:

Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Há uma grande diferença entre ambos os conceitos, que fica clara na definição de Martin Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que "o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado." Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido. (SILVA, 2018).

Também escreve Lucas Catib Laurentiis:

Entendido como primeiro passo de uma prova escalonada e estruturada para, progressivamente, atingir o maior grau de racionalidade argumentativa possível, o teste da adequação tem uma função lateral e secundária na composição geral da proporcionalidade. Com o objetivo de eliminar desvios evidentes na relação entre meio e fim, tal teste afastaria somente as medidas que não têm qualquer potencialidade de fomentar a finalidade visada. Bastaria, assim, que se verificasse uma relação de causa e efeito entre a situação inicial, alterada pela medida legislativa, e a finalidade perseguida pela autoridade que realiza a intervenção, para que o requisito da prova da adequação fosse satisfeito. Buscar ou fomentar, mesmo que parcialmente, tal finalidade, significa assim cumprir o requisito básico do teste da adequação. (LAURENTIIS, 2015).

Caso a medida ou ato Estatal seja considerada adequada, torna-se possível avançar a análise do próximo elemento do critério da proporcionalidade, qual seja a necessidade.

3.3 necessidade

A análise do segundo elemento do critério da proporcionalidade passa pela comparação entre todos os meios disponíveis para que se possa alcançar o fim pretendido.

Essa comparação se dá de maneira a eleger o meio mais eficaz e menos gravoso para o cidadão, com menor ataque aos seus direitos fundamentais.

É preciso analisar não somente se referido ato ou medida viabiliza o objetivo pretendido, mas também se é, dentre todas os meios disponíveis para alcançar o mesmo fim, com a mesma intensidade e eficácia, o menos gravoso para os indivíduos.

Quanto ao tema escreve André Ramos Tavares:

A necessidade ou exigibilidade equivale à melhor escolha possível, dentre os meios adequados, para atingir os fins. Dentro da concepção do Estado de Direito, essa escolha corresponde àquela que menos ônus traga ao cidadão. Exige-se, nessa medida, a escolha do meio menos gravoso, do mais suave para alcançar o valor desejado. Nesse passo, não se questiona a escolha do fim, mas apenas o meio utilizado em sua relação de custo/benefício.

Assim, para que se possa aferir o meio empregado quanto a sua necessidade, o operador do Direito terá de buscar, abstratamente, medidas alternativas, para fins de comparação e conclusão. Não há como realizar essa operação mental de verificação da exigibilidade sem que se promova uma busca “externa” ao dispositivo objeto de análise, para fins de verificação das demais “possibilidades” (alternativas) existentes, e à disposição do legislador/administrador.

Trata-se da otimização das possibilidades fáticas. (TAVARES, 2012).

Ainda, discorre Lucas Catib Laurentiis que:

Comparação empírica entre medidas igualmente adequadas. Com tal objetivo, o teste da necessidade é composto de duas variáveis: a finalidade legítima, determinada previamente pela autoridade competente; e a comparação hipotética de meios que possam substituir a medida implementada.⁶¹⁵ Se dessa avaliação resulta a conclusão de que o meio efetivo pode ser substituído por outro, igualmente adequado, mas com menor onerosidade aos afetados, a norma analisada será considerada inconstitucional. (LAURENTIIS, 2015).

Em um primeiro momento, observa-se se o ato/medida Estatal alcança, ou pelo menos fomenta, viabiliza, o resultado pretendido. Caso a resposta seja positiva, o ato/medida Estatal é considerado adequado, possibilitando a análise do segundo elemento.

Escreve, também, Virgílio Afonso da Silva:

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Suponha-se que, para promover o objetivo, o Estado adote a medida M1, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M2 que, tanto quanto M1, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária. A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto. (SILVA, 2002).

Em um primeiro momento, observa-se se o ato/medida Estatal alcança, ou pelo menos fomenta, viabiliza, o resultado pretendido. Caso a resposta seja positiva, o ato/medida Estatal é considerado adequado, possibilitando a análise do segundo elemento, a necessidade, através da qual se observará todos os outros meios disponíveis para alcançar referido fim, objetivando a escolha do menos gravoso ao cidadão.

Caso o ato/medida sob a aplicação do critério da proporcionalidade não seja considerado inadequado ou desnecessário, há a possibilidade de análise do terceiro elemento, qual seja, proporcionalidade em sentido estrito.

3.4 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Nesta etapa de aplicação do critério da proporcionalidade, o objetivo é analisar a importância do direito fundamental que se pretende alcançar em relação à intensidade de restrição do direito fundamental com o qual colide.

Isto é, os motivos para a adoção da medida/ato Estatal que restringe direitos do cidadão, se justifica em virtude da realização de outro direito fundamental?

Há, de certa forma, uma maior discricionariedade⁴ em relação aos dois primeiros elementos, vez que nesta etapa de aplicação do critério de proporcionalidade a importância de realização do direito fundamental (base da medida restritiva) deve ser observada, pelo julgador, de maneira que poderá justificar (ou não) a restrição ao direito fundamental.

Quanto ao tema, Virgílio Afonso da Silva discorre que:

Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. [...]

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental.

Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. [...]

Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional. (SILVA, 2018).

Também disserta Lucas Catib Laurentiis (2015) no seguinte sentido, ao comparar o elemento da proporcionalidade em sentido estrito com o elemento da necessidade: “Necessidade é, assim, um teste dinâmico. A proporcionalidade em sentido estrito, ao contrário, contém uma avaliação de só um meio, que é confrontado com a finalidade da intervenção. Ou seja, nesse caso, o teste é estático”.

Ainda, entende Lucas Catib Laurentiis que:

Importante é saber se a intervenção ultrapassou a barreira do excesso, e esse limite é determinado pela proteção constitucional do direito, isoladamente. Basta, então, avaliar as situações anteriores e posteriores à intervenção estatal no conteúdo do direito fundamental e considerar o sentido normativo desse parâmetro constitucional para concluir se há ou não uma intervenção excessiva. (LAURENTIIS, 2015).

⁴ Por divergência teórica, entende-se questionável a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, por acreditar que sua adoção termina por camuflar interpretações/atos arbitrários. No entanto, por não ser (infelizmente) a via adequada de discussão, o subelemento será trazido, sob a perspectiva do autor Virgílio Afonso da Silva, sem explicitar as críticas resultante desta divergência.

Trata-se de análise em que se busca compreender se as vantagens obtidas com a restrição realmente se justificam em face do direito fundamental restringido.

4 A QUESTÃO DE ORDEM NO INQUÉRITO Nº 2.424-4 JULGADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O inquérito de nº 2.424-4 teve, como plano de fundo, acusações, imputações à magistrados (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, dois membros do Tribunal Regional Federal da 2ª região e um juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região) e outros (um procurador regional da República e um advogado, este irmão do aludido Ministro do Superior Tribunal de Justiça) a suposta prática dos crimes de quadrilha, corrupção passiva e prevaricação (Código Penal, à data do julgamento, artigos 288, 317, caput e § 1º, e 319, respectivamente. (BRASIL, 2008).

Vários foram os embates e discussões teóricas ocorridos quando do julgamento deste inquérito. Contudo, o recorte eleito para esta análise se deu em relação à questão de ordem, suscitada quando do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal.

Durante a instauração do inquérito 2.424-4, foram autorizadas interceptações telefônicas e escutas ambientais, com o objetivo de apurar eventual ocorrência de práticas criminosas acima descritas.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho Nacional da Magistratura requereram cópias do acervo probatório do referido inquérito, acervo, o qual, por sua natureza jurídica, encontrava-se sob o manto do sigilo legal.

Tal requerimento, fora feito sob a fundamentação de que as provas requeridas seriam utilizadas para efeito de juízo sobre a instauração, ou não, de processo administrativo destinado a apurar infrações disciplinares imputáveis a magistrados sujeitos a seu controle administrativo, conforme se pode extrair de trecho do acórdão que abaixo segue:

O Superior Tribunal de Justiça e o Conselho Nacional da Magistratura requerem cópia deste inquérito, recoberto por sigilo legal, sobre dados de interceptações telefônicas e escutas ambientais autorizadas, para efeito de juízo sobre a instauração, ou não, de processo administrativo destinado a apurar infrações disciplinares imputáveis a magistrados sujeitos a seu controle administrativo. (BRASIL, 2007).

Buscava-se, com a questão de ordem, definir se haveria a possibilidade do empréstimo das provas relativas a interceptações telefônicas e escutas ambientais, colhidas lícitamente, em processos ou investigações de natureza criminais, para que as mesmas pudessem servir como meios de provas em outros processos, de natureza civil ou administrativa.

Referida problemática se instalou com fundamento no texto constitucional, que protege o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações, possibilitando a sua quebra, em último caso, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, conforme se pode observar na transcrição do artigo 5º, XII, que abaixo segue:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (BRASIL, 1988).

Destaca-se que no texto constitucional, é possível identificar que a mesma quebra do sigilo ocorrerá nas hipóteses e na forma em que a lei estabelecer, explicitando que a sua ocorrência se dará em investigação criminal ou instrução processual penal.

A lei que determina as hipóteses e a forma a ocorrer a quebra de sigilo por meio de interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, é a lei 9.296/96, que em seu artigo 1º prevê:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.
Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. (BRASIL, 1996).

Como se pode observar, o artigo 5º, XII da Constituição Federal e o artigo 1º da Lei 9.296/96, são taxativos ao prever que apenas nas hipóteses de investigação criminal ou instrução

processual penal é que se poderá autorizar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas e afins.

Contudo, nada é dito sobre a possibilidade de empréstimo de provas, cujo conteúdo se trata de interceptações telefônicas ou escutas ambientais, colhidas em investigações criminais ou instruções de processos penais, para processos de natureza civil ou administrativa, razão pela qual, o Ministro Cezar Peluso, até então, relator, suscitou a questão de ordem acima descrita, com o objetivo de provocar o Supremo Tribunal Federal a se manifestar quanto à licitude referida possibilidade.

Em sequência, destacar-se-á os votos do Ministro relator, Cezar Peluso, bem como do voto divergente, proferido pelo Ministro Marco Aurélio.

4.1 voto do ministro relator cesar peluso

Inicialmente, em sua fundamentação e voto, o Ministro relator, busca apresentar dois argumentos conflitantes a respeito do tema.

Como primeiro argumento, identifica e apresenta a ideia de que alguns estudiosos da matéria entendem que ambas as normas (constitucional, artigo 5º, XII e infraconstitucional, artigo 1º lei 9.296/96) teriam limitado, de forma absoluta, a relativização do sigilo de comunicações telefônicas às hipóteses de investigação e instrução processual penal, de modo que não se admite, portanto, o empréstimo das provas produzidas nessas hipóteses a qualquer outro processo, de natureza distinta.

O argumento, para o Ministro relator, que define referido raciocínio desta interpretação se dá uma vez que uma leitura, de natureza expansiva, possibilitaria que a investigação ou processo criminal fossem utilizados como meio a produzir tais provas, apenas e tão somente para utilizá-las em processos de outras naturezas, causando danos à intimidade, identificando, em algum nível, possível fraude à constituição, como se pode observar:

É que alguns teóricos sustentam que ambas essas normas teriam limitado, de modo absoluto, a admissibilidade da quebra às hipóteses de investigação e instrução

processual penal, de modo que a contrário estaria ipso facto vetado o que se usa denominar empréstimo da prova ali produzida a qualquer outro processo, em particular o de caráter estritamente civil. E o argumento substantivo, que sintetiza o raciocínio condutor dessa interpretação, está em que outra leitura, de natureza expansiva, possibilitaria que a investigação ou o processo criminal fossem usados como pretexto ou subterfúgio para uso eficaz de prova ilícita, em dano da intimidade. (BRASIL, 2007).

Em sequência, o relator apresenta argumentos contrários às ideias acima descritas, demonstrando que para alguns teóricos, o fato de que ocorrendo a interceptação das comunicações telefônicas, isto é, ocorrendo a violação à intimidade, desde que dentro dos requisitos constitucionais e legais, não existe obstáculo à utilização de tais provas em processos de outra natureza, isto porque a proteção à intimidade, pretendida pela Constituição e pela lei, já fora violada, portanto, não há sentido em proteger um direito já violado, conforme abaixo segue:

Tal postura, como o registram esses mesmos escólios, é controversa na própria dogmática.

Doutrina não menos respeitável professa que, afastado ou prevenido, nas circunstâncias de cada caso, o risco de fraude à Constituição e à lei, nada obsta ao reconhecimento da validade e da eficácia do uso, em processo não penal, da prova lícitamente colhida na área criminal, até porque, com a colheita legítima, já se rompeu a intimidade que o ordenamento, na forma da lei e da Constituição, tende a resguardar em termos relativos. (BRASIL, 2007).

O objetivo é demonstrar que não há unanimidade nem mesmo na doutrina, o que exige, portanto, uma análise ainda mais aprofundada do tema.

No âmbito da questão de ordem 2.424-4, referida análise, sob a perspectiva do relator, pauta-se em identificar os valores tutelados pela Constituição e pela lei sob duas etapas: a da produção de provas resultantes das interceptações telefônicas e escutas ambientais, e o seu uso processual.

Em relação à produção da prova, para o relator, a restrição imposta pela Constituição Federal e pela legislação, qual seja, sua autorização apenas e tão somente em investigações criminais e instruções processuais penais, busca proteger a intimidade, como bem jurídico essencial à dignidade da pessoa humana.

Contudo, com fundamento no próprio texto constitucional e legal, extrai-se que tal proteção se dá de forma relativa e não absoluta.

É possível esta conclusão em razão da própria exceção apresentada pelo artigo 5º, XII da Constituição Federal, ao asseverar que, em último caso, em investigações criminais e instruções processuais penais, a garantia à intimidade dará lugar à persecução penal, isto é, a apuração de atividades tidas como criminosas.

Neste sentido, a própria constituição parece demonstrar que a garantia à intimidade não servirá de escudo para atividades ilícitas, conforme descreve o Ministro Cezar Peluso, em seu voto:

Não há dúvida de que, no primeiro aspecto, o da produção, a restrição constitucional tem por objetivo claro preservar a intimidade, como bem jurídico privado, mas essencial à dignidade da pessoa, até o limite em que tal valor, aparecendo como obstáculo ou estorvo concreto à repressão criminal, tem de ceder à manifesta superioridade do interesse público na apuração e punição de crime grave, enquanto o mais conspícuo dos atentados às condições fundamentais de subsistência da vida social. O limite da garantia da intimidade é aí, nessa primeira regra, de cunho restritivo, objeto da ponderação de valores formulada pela Constituição mesma, que, não podendo condescender com a impunidade de fato erosivo das bases estruturais da convivência social, sacrifica aquela para garantir esta, dando primazia a um valor sobre o outro. Nesse sentido, costuma dizer-se que a garantia constitucional não serve a proteger atividades ilícitas ou criminosas. Daí, autorizar, em caráter excepcional, seja interceptada comunicação telefônica, apenas quando tal devassa se revele como fonte de prova imprescindível à promoção do fim público da persecução penal. (BRASIL, 2007).

Este raciocínio objetiva avançar a discussão para uma etapa pós-produção de provas, tais como a interceptação de comunicações telefônicas e escutas ambientais.

Em um primeiro momento é possível extrair que apenas será possível autorizar a produção da prova se o contexto inicial se tratar de uma investigação criminal ou instrução processual penal, com ordem judicial.

A discussão caminha, de fato, para o exato momento em que a prova já fora produzida, isto é, no contexto e nos limites de sua utilização.

Neste aspecto, o relator se posiciona a favor da utilização da prova já produzida em processos de caráter não penal, desde que haja o mesmo interesse do estado (persecução penal), estabelecendo como pressuposto de que se trate de valoração e apreciação da prova, em relação às mesmas pessoas perante as quais fora produzida.

Tal possibilidade se dá, vez que, para o Ministro Relator, Cezar Peluso, não se trata de novamente violar a intimidade da pessoa, a qual sofrerá a interceptação telefônica ou a escuta ambiental.

Trata-se de consultar a mesma fonte de prova já produzida, sem novamente infligir danos à intimidade.

Isto é, vez que o sigilo já fora rompido, e a garantia à intimidade violada, o empréstimo da prova se torna possível vez que não se está a deferir nova interceptação telefônica, escuta ambiental ou novo rompimento à intimidade da pessoa em questão.

Está, apenas e tão somente, a reconhecer a repercussão do mesmo ato em outras esferas jurídicas, como a administrativa, por exemplo.

Para o mesmo, é tornar possível que a prova já produzida e já conhecida pelo Estado, sirva de convencimento em outro processo de igual participação e interesse do mesmo Estado, conforme se pode observar em suas palavras:

Não há excogitar aí, nem de longe, outra ou nova ruptura da inviolabilidade pessoal das comunicações telefônicas, senão apenas o reconhecimento da igual valia ou repercussão jurídico-probatória da mesma interceptação autorizada por conta da aparência do caráter também criminoso do mesmo ato ou fato histórico. Tal é a razão óbvia por que não teria propósito nem sentido arguir, aqui, vício de inobservância ou alargamento daquela específica limitação constitucional da garantia, pois se trata apenas de tirar da mesma fonte de prova, sem outra ofensa qualquer à intimidade já devassada do agente, a capacidade, que lhe é ínsita, de servir de meio de convencimento da existência do mesmo fato, ou, em palavras mais técnicas, a idoneidade de se prestar, noutro processo ou procedimento, à reconstituição historiográfica do ato já apurado na esfera criminal. Nisso, não se aprofunda, alarga nem agrava a quebra lícita da intimidade que já se operou, mas tão-só se reconhece a necessidade de, com apoio na eficácia da prova resultante, assegurar, em tutela de interesse público de não menor relevo, a aplicação de outras consequências jurídicas ao mesmo ato ilícito, considerado noutro plano normativo (BRASIL, 2007).

Argumenta, ainda, o relator, que não há violação ao devido processo e nem ao contraditório, vez que os ônus que recaem sobre a defesa, irão ocorrer tanto na esfera criminal, quanto administrativa, pois o ato que se está a verificar a validade da prova é único na construção histórica.

Significa dizer que, para o relator, é a repercussão do mesmo ato, em esferas diferentes, sob análise da mesma prova, como se pode observar:

Tampouco fica lugar para alegação de ultraje às cláusulas do contraditório e da ampla defesa, imanescentes ao justo processo da lei (*due process of law*), porque, e isto é não menos óbvio, o ônus de exercício dos poderes correspondentes da defesa incide sobre o mesmo objeto de prova, assim na órbita criminal, como no procedimento administrativo, pois que o ato sobre cuja existência deve recair a prova é único na sua consistência histórica. O que pode mudar, e isso não guarda relevância alguma, é só o campo ou espectro das defesas possíveis de ordem normativa (plano das chamadas *quaestiones iuris*), as quais estão de todo modo garantidas em qualquer caso. (BRASIL, 2007).

Por fim, conclui o Ministro relator, pela autorização do empréstimo das provas de conteúdo relativo a interceptações telefônicas e escutas ambientais à processos outros processos, destacando o seguinte trecho:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) — Não em todos: desde que se trate de procedimento não penal contra a mesma pessoa e em que haja interesse do mesmo Estado. Noutras palavras, atende-se àquele pressuposto de que se trate de apreciar e valorar a prova em relação às mesmas pessoas perante as quais foi produzida, só que noutro procedimento. Não sustento tese de caráter absoluto que serviria para qualquer processo de caráter não penal. (BRASIL, 2007).

Conforme descrito, o relator coloca de forma limitada a possibilidade de empréstimo de provas, cujo conteúdo trate-se de interceptações telefônicas ou escutas ambientais.

Em sequência, analisar-se-á o voto divergente, apresentado pelo Ministro Marco Aurélio.

4.2 voto divergente, ministro marco aurélio

É possível identificar o caráter divergente do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio.

Inicia sua sustentação alertando para o fato de que, como visto nos tópicos acima, o texto constitucional trata de forma objetiva a possibilidade de quebra de sigilo.

Referida objetividade constitucional demonstra a exceção, situações em que o sigilo, a proteção às telecomunicações, é afastado para que o interesse público na persecução penal tenha efetividade.

É neste sentido que o Ministro divergente inicia sua fundamentação, como se pode observar:

Ora, a exceção, como requer o texto constitucional - e todo preceito a encerrar exceção somente deve merecer interpretação estrita -, pode servir de senha para a abertura, para a utilização dos dados obtidos em processos que não tenham contornos criminais? Em outras palavras, a circunstância de haver base constitucional para se afastar a regra - o sigilo - conduz, em passo subsequente, à possibilidade de extensão praticamente absoluta? Ouvi palavras favoráveis ao acesso pelo Conselho Nacional de Justiça, em processo administrativo; ao acesso pelo Superior Tribunal de Justiça, também em processo administrativo, para finalidade estritamente administrativa; ao acesso pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, também visando não à persecução criminal, que está cargo do Supremo, está a cargo do Procurador-Geral da República, as ao crivo administrativo; ao acesso pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, também para que atue de forma, a meu ver, levando em conta esses dados, temporã, açodada, no campo administrativo. Isso é transformar a exceção em regra. É banalizar o que se quer excepcional, o que se quer raro, ou seja, a quebra. A quebra - exceção - contrapõe-se à preservação do sigilo - regra. Leio, apenas para não incidir em equívoco, considerada a memória, o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. (BRASIL, 2007).

A preocupação evidenciada consiste em é tratar o sigilo, excepcional, como regra, uma vez quebrado.

No entanto, a problemática se estende. Não obstante a possibilidade da quebra de sigilo, nos parâmetros legais e constitucionais (art. 5º, XII, art. 1º da lei 9.296/96) tornar-se possibilidade automática de extensão a processos de natureza diversa, há ainda que se perceber a natureza jurisdicional dos órgãos do poder judiciário que, no caso em análise, não possuem natureza criminal, como destaque que abaixo segue:

Indago, mais uma vez, para escancarar a questão: Qual é a finalidade buscada pelo Conselho Nacional de Justiça? Qual é a finalidade buscada pelo Superior Tribunal de Justiça? Qual é a finalidade buscada pelo Tribunal Regional do Trabalho? Qual é a finalidade buscada pelo Tribunal Regional Federal? A investigação criminal? Não! A instrução processual penal? Não! Porque senão teríamos aí a usurpação de atribuições, considerado o Estado- acusador; e a usurpação de competência, considerado o Estado-julgador. (BRASIL, 2007).

Nota-se que, para o Ministro, a natureza da prestação jurisdicional está diretamente vinculada ao interesse na prova produzida.

Isto é, para o mesmo pouco importa se o sigilo já fora quebrado ou não, a prova já produzida, ou não. A mesma só poderá ser apreciada e analisada por órgão julgador que exerça função vinculada à investigação criminal ou instrução processual penal.

Órgãos do Poder Judiciário que não possuem, naturalmente, estas finalidades, para o Ministro, não podem conhecer da prova produzida em sede de quebra de sigilo de telecomunicações.

O Ministro Marco Aurélio, ainda, sustenta que seria adequado aguardar (eventual) sentença condenatória penal, para a partir daí chegar-se (ou não) a providências em outras esferas.⁵

Segue destaque de seu voto:

Presidente, não vejo como possa abandonar a leitura que faço dessa Constituição tão mal- amada, a Carta de 1988, para chegar praticamente à transformação da exceção em regra; a generalização de algo que se quer restrito, que se quer voltado ao objetivo único: a investigação criminal ou instrução processual penal. Que se aguarde, sem precipitações, sem atropelos, sem a eleição de gênese da vida, o desfecho de uma possível - que ainda não existe - ação penal para que, a partir do que estampado no título “executivo condenatório”, chegar-se a providências. Ou, então, que se levantem meios legítimos - e, para mim, a extensão da quebra do sigilo não o é — no campo administrativo. A não ser assim, a limitação contida na parte final do mencionado inciso XII não terá significado que a ela, limitação, é própria. (BRASIL, 2007).

Sob estes fundamentos, o Ministro Marco Aurélio conclui pela impossibilidade de empréstimo de provas de conteúdo proveniente de interceptação telefônica e/ou escutas ambientais, em homenagem a proteção do sigilo das telecomunicações presentes no artigo 5º, XII, da Constituição Federal, regulamentado pela lei 9.296/96.

4.3 voto relator *VERSUS* VOTO DIVERGENTE E O CRITÉRIO DE PROPORCIONALIDADE

No voto do Ministro Relator, Cezar Peluso, é possível identificar menções ao critério da proporcionalidade, como se pode observar:

⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal**. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 108 da Constituição, decreta a seguinte lei. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

O legislador constitucional ao delimitar a finalidade da interceptação telefônica (criminal) já estava ponderando valores, sopesando interesses. Nisso reside também o princípio da proporcionalidade. Segundo a imagem do legislador, justifica-se sacrificar o direito à intimidade para uma investigação ou processo criminal, não civil. Isso tem por base os valores envolvidos num e noutro processo [...]. (BRASIL, 2007).

Também, é possível identificar referida menção ao critério da proporcionalidade no seguinte destaque:

Confesso que não posso a priori encontrar, como tese de alcance absoluto, tal interesse legitimamente nos objetos dos processos meramente civis, em que se dispute acerca de direito, bem ou interesse jurídico privado e disponível. Neste aspecto, há, aliás, quem defenda, embora em termos de exceção, com aceno à jurisprudência e ao postulado da proporcionalidade, “o sacrifício da *privacy* em prol da defesa de bem jurídico mais relevante, possibilitando-se, por exemplo, evitar cautelarmente ocorrência de danos irreparáveis. (BRASIL, 2007).

Analisar-se-á, primeiramente, o voto proferido pelo relator, sob a ótica do critério da proporcionalidade, com fundamento nas lições abordadas ao longo do texto (vide item 3.).

Em conflito encontra-se o direito ao sigilo, proteção à intimidade, essencial à dignidade da pessoa humana e a superioridade do interesse público na apuração e punição de crimes, vinculado à persecução penal.

É proporcional mitigar o direito ao sigilo em prol do interesse Estatal na persecução penal?

Analisemos, sob a perspectiva do relator, o elementos que compõe o critério da proporcionalidade e os fundamentos de seu voto.

O primeiro elemento a ser buscado, é o da adequação. Pergunta-se aqui se a mitigação do direito ao sigilo, intimidade, alcança ou (pelo menos) fomenta o objetivo que é a persecução penal, apuração dos crimes.

Sobre o tema, destaca-se o seguinte trecho do voto do relator:

Não há dúvida de que, no primeiro aspecto, o da produção, a restrição constitucional tem por objetivo claro preservar a intimidade, como bem jurídico privado, mas essencial à dignidade da pessoa, até o limite em que tal valor, aparecendo como

obstáculo ou estorvo concreto à repressão criminal, tem de ceder à manifesta superioridade do interesse público na apuração e punição de crime grave, enquanto o mais conspícuo dos atentados às condições fundamentais de subsistência da vida social. O limite da garantia da intimidade é aí, nessa primeira regra, de cunho restritivo, objeto da ponderação de valores formulada pela Constituição mesma, que, não podendo condescender com a impunidade de fato erosivo das bases estruturais da convivência social, sacrifica aquela para garantir esta, dando primazia a um valor sobre o outro. Nesse sentido, costuma dizer-se que a garantia constitucional não serve a proteger atividades ilícitas ou criminosas. Daí, autorizar, em caráter excepcional, seja interceptada comunicação telefônica, apenas quando tal devassa se revele como fonte de prova imprescindível à promoção do fim público da persecução penal. (BRASIL, 2007).

É possível identificar que, para o relator, a mitigação do direito ao sigilo e intimidade é adequada para atingir o fim pretendido, qual seja, a persecução penal.

O deixa claro, à medida que, em sua visão, o próprio legislador constitucional ao garantir o direito à intimidade e ao sigilo das telecomunicações, também o sacrifica em investigações criminais ou instruções processuais penais, com o objetivo de apurar práticas criminosas.

Portanto, analisando a fundamentação do relator, sob a perspectiva do critério da proporcionalidade, o meio é adequado.

Aceitando o meio como adequado, torna-se possível avançar na observância do critério da proporcionalidade, precisamente seu segundo elemento, a necessidade.

Busca-se com o elemento da necessidade identificar o meio mais efetivo (em relação ao fim pretendido) e menos oneroso ao indivíduo.

Sob a perspectiva do Ministro relator, tem-se que:

Não há excogitar aí, nem de longe, outra ou nova ruptura da inviolabilidade pessoal das comunicações telefônicas, senão apenas o reconhecimento da igual valia ou repercussão jurídico-probatória da mesma interceptação autorizada por conta da aparência do caráter também criminoso do mesmo ato ou fato histórico. Tal é a razão óbvia por que não teria propósito nem sentido arguir, aqui, vício de inobservância ou alargamento daquela específica limitação constitucional da garantia, pois se trata apenas de tirar da mesma fonte de prova, sem outra ofensa qualquer à intimidade já devassada do agente, a capacidade, que lhe é ínsita, de servir de meio de convencimento da existência do mesmo fato, ou, em palavras mais técnicas, a idoneidade de se prestar, noutro processo ou procedimento, à reconstituição historiográfica do ato já apurado na esfera criminal. Nisso, não se aprofunda, alarga nem agrava a quebra lícita da intimidade que já se operou, mas tão-só se reconhece a necessidade de, com apoio na eficácia da prova resultante, assegurar, em tutela de interesse público de não menor relevo, a aplicação de outras consequências jurídicas ao mesmo ato ilícito, considerado noutro plano normativo. (BRASIL, 2007).

Neste ponto, o Ministro identifica que não há aumento na extensão do dano ao direito ao sigilo e intimidade.

Para este, o dano já ocorrera no momento da realização das interceptações telefônicas ou escutas ambientais, e que, neste contexto, não se está a autorizar nova interceptação ou nova instalação de escutas ambientais.

Neste sentido o dano permanece o mesmo, aquele já ocorrido inicialmente, apenas, aproveitando da prova já produzida para auxiliar o convencimento do Estado-Juiz em outros processos de interesse Estatal.

Isto é, para o Ministro, trata-se do menor dano possível, vez que este será único e tão somente aquele decorrente do deferimento da interceptação telefônica ou escuta ambiental.

Ainda, sob a perspectiva do relator, é o meio mais eficaz, tendo em vista que com o menor dano possível, produzir-se-á provas passíveis de utilização em mais de um processo.

Significa dizer que a persecução penal será maximizada, em razão das provas utilizadas, e o dano ao sigilo e a intimidade permanecerão no mesmo nível, ou seja, no mínimo possível.

Daí dizer que, sob a ótica do relator, o meio é adequado e necessário.

A premissa do ato ser considerado adequado e necessário, autoriza o exame do terceiro e último elemento do critério da proporcionalidade, isto é, a proporcionalidade em sentido estrito.

Como visto anteriormente nesta etapa de análise do critério da proporcionalidade, tem por objetivo avaliar a importância do direito a ser alcançado em face da restrição ao direito fundamental com o qual colide.

Sob a perspectiva do relator, tem-se que:

Isso tudo significa apenas afirmar que, no âmbito normativo do uso processual dos resultados documentais da interceptação, o mesmo interesse público na repressão de ato criminoso grave que, por sua magnitude, prevalece sobre a garantia da inviolabilidade pessoal, justificando a quebra que a limita, reaparece, com gravidade só reduzida pela natureza não criminal do ilícito administrativo e das respectivas sanções, como legitimamente desse uso na esfera não criminal, segundo avaliação e percepção de sua evidente supremacia no confronto com o direito individual à intimidade. (BRASIL, 2007).

Após a leitura do trecho acima, torna-se evidente que, para o relator, o interesse público em repressão de ato criminoso prevalece em relação ao direito ao sigilo e intimidade, ainda que na esfera não criminal e administrativa.

Portanto, para o Ministro relator, trata-se de ato proporcional em sentido estrito, superando os testes dos três elementos da proporcionalidade, não se falando, portanto, em desproporcionalidade.

Como visto, o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio caminha em sentido contrário ao proferido pelo relator, no entanto o mesmo, objetivamente, reporta sopesar valores, descartando o caso concreto, para decidir, conforme se pode extrair do trecho: “Peço vênha aos colegas para, sopesando valores e desprezando o caso concreto, porque os valores se sobrepõem ao caso concreto sob o ângulo administrativo, resolver a questão de ordem, negando os elementos pretendidos (...)”.⁶

Ao sopesar valores, o Ministro divergente deve determinar a proporcionalidade (ou não) do ato. Portanto, analisar-se-á sua aplicação.

Como analisado no voto anterior, é fundamental submeter a análise sob os testes dos elementos que compõem o critério da proporcionalidade, que se inicia pelo teste da adequação.

Para o Ministro Marco Aurélio, o raciocínio segue da seguinte forma:

Indago, mais uma vez, para escancarar a questão: Qual é a finalidade buscada pelo Conselho Nacional de Justiça? Qual é a finalidade buscada pelo Superior Tribunal de Justiça? Qual é a finalidade buscada pelo Tribunal Regional do Trabalho? Qual é a finalidade buscada pelo Tribunal Regional Federal? A investigação criminal? Não! A instrução processual penal? Não! Porque senão teríamos aí a usurpação de atribuições, considerado o Estado- acusador; e a usurpação de competência, considerado o Estado-julgador. (BRASIL, 2007).

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Quest. Ord. em Inquérito 2.424-4**. Prova emprestada. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial [...]. Relator: Ministro Cezar Peluso, 25 abr. 2007. Brasília: STF, 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=481962>. Acesso em: 12 mar. 2019.

Para o mesmo, a quebra do sigilo e a violação à intimidade é adequada para a persecução penal, que, no caso, não será alcançada em processos de natureza administrativa.

Por esta perspectiva, o empréstimo de prova não fomenta e nem viabiliza a persecução penal que justifica a quebra do sigilo e violação à intimidade, configurando, portanto, ato inadequado.

Em tese, já se poderia, sob a perspectiva do Ministro Marco Aurélio, rotular o ato como desproporcional, evitando a análise dos outros dois elementos restantes.

Contudo, abordar-se-á os elementos restantes com o objetivo de confirmar a afirmação realizada.

Em sequência, supondo que, sob a perspectiva do Ministro, o ato fosse adequando, o mesmo ainda seria considerado desnecessário, pois haveria outra forma menos gravosa para o indivíduo para alcançar o fim pretendido, a pena administrativa, conforme abaixo se observa:

Presidente, não vejo como possa abandonar a leitura que faço dessa Constituição tão mal- amada, a Carta de 1988, para chegar praticamente à transformação da exceção em regra; a generalização de algo que se quer restrito, que se quer voltado ao objetivo único: a investigação criminal ou instrução processual penal. Que se aguarde, sem precipitações, sem atropelos, sem a eleição de gênese da vida, o desfecho de uma possível - que ainda não existe - ação penal para que, a partir do que estampado no título “executivo condenatório”, chegar-se a providências. Ou, então, que se levantem meios legítimos - e, para mim, a extensão da quebra do sigilo não o é — no campo administrativo. A não ser assim, a limitação contida na parte final do mencionado inciso XII não terá significado que a ela, limitação, é própria. (BRASIL, 2007).

O Ministro, em sua fundamentação, sugere outro meio que considera menos gravoso ao indivíduo, para alcançar a possível pena administrativa.

Em seu raciocínio, sugere aguardar eventual desfecho da ação penal (que utiliza das interceptações telefônicas e escutas ambientais) para analisar-se as providências possíveis.

Isto é, com fundamento na sentença penal, definir os possíveis desdobramentos administrativos, resguardando possíveis divergências entre as esferas do Poder Judiciário, dentre as quais as mesmas escutas e interceptações não serviriam para condenar na esfera penal (a qual a Constituição Federal autoriza a exceção da quebra do sigilo), mas as mesmas escutas e interceptações poderiam servir para condenar no âmbito administrativo (não abarcado pela exceção constitucional), conforme se observa em sua fala:

Vossa Excelência me permite. Imaginemos que os dados obtidos mediante a quebra não sirvam a uma condenação penal, esses mesmos dados poderão ter servido a uma condenação administrativa. Será que se encontra no preceito constitucional a possibilidade de se chegar a esse resultado? (BRASIL, 2007).

Portanto, ao reconhecer e sugerir meios alternativos menos gravosos para o indivíduo, em sua perspectiva, é possível afirmar que o Ministro divergente considera o ato desnecessário.

Contudo, em hipótese do ato ter sido declarado necessário, haveria a sua análise sob o espectro da proporcionalidade em sentido estrito.

Para tanto, analisar-se-á o seguinte trecho:

Não confundo responsabilidade penal com responsabilidade cível, com responsabilidade administrativa. Não. As esferas - não precisou de me lembrar disso o ministro Carlos Britto - são independentes, a menos que se declare, no campo penal, a inexistência do fato ou da autoria. Aí, sim, há a repercussão do que decidido. A premissa de meu voto é única. A simples circunstância de a mídia ter veiculado certos dados. Ou esses dados já servem para instauração do processo administrativo ou não servem. E então não se pode, por uma quebra já existente, afastar o que se contém na Constituição Federal, sob pena de abrir-se de uma vez a porta ao acesso ao que levantado, mediante ordem judicial, para, exclusivamente, fins criminais. (BRASIL, 2007).

Analisando o trecho transcrito, fica claro que o para o Ministro Marco Aurélio, o fim pretendido, as possíveis penas administrativas, não justificam, o que o mesmo considera, como ampliação da exceção à regra de proteção ao sigilo e a intimidade.

O interesse do Estado em punir, na esfera administrativa, para o Ministro, não justifica aumentar a mitigação do direito à intimidade e ao sigilo, portanto, sob tais premissas, é possível compreender que para o Ministro, o ato seria, também, desproporcional em sentido estrito.

Ao final do julgamento, a tese trazida pelo Ministro relator logrou-se vitoriosa. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do inquérito 2.424-4, considerou, por maioria de votos, o empréstimo de provas de conteúdo relativo à interceptação telefônicas e escutas ambientais, desde que mantido o sigilo pelos destinatários do empréstimo, e tendo como partes as mesmas partes do processo do qual se originaram as provas, proporcional. Vencido o Ministro Marco Aurélio.

Portanto, é possível afirmar que o julgamento em questão guarda relação com o critério da proporcionalidade, e que a restrição ao direito fundamental à intimidade e ao sigilo, de fato, ocorreram.

5 conclusão

Inicialmente, apresentou-se a proporcionalidade como critério decisório, conceito o qual é adotado pelos autores, destacando-se a existência de teorias em sentido diverso, indicadas.

Após a introdução do tema, para viabilizar a análise principal do texto, tratou-se dos elementos do critério da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, com o intuito de fornecer ao leitor meios para estabelecer uma relação entre os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando do inquérito 2.424-4, e o critério da proporcionalidade.

Neste sentido, determinou-se que, só utiliza o critério da proporcionalidade corretamente, decisões que submetem o ato ou medida em análise aos testes de seus elementos, acima descritos.

Concluindo-se que o ato é proporcional se resiste aos testes de todos os elementos, aplicados de forma sequencial, isto é, só se verifica se o ato/medida é proporcional em sentido estrito se o mesmo houver sido considerado necessário, e só se verifica se o ato/medida é necessário se o mesmo já for considerado, inicialmente, adequado.

Por outro lado, caso um ato/medida estatal submetido aos testes dos elementos do referido critério não resiste a algum de seus elementos, isto é, se considerado, inadequado, desnecessário ou desproporcional em sentido estrito, o mesmo, ainda que tenham resistido à um ou dois elementos, será considerado desproporcional. Basta não resistir à um elemento para tal constatação.

Em sequência, passou-se ao núcleo da pesquisa. Analisar os votos proferidos na questão de ordem, no inquérito 2.424-4, com a finalidade de se concluir se é ou não possível utilizar-se do critério da proporcionalidade para restringir direitos fundamentais.

Para tanto, introduziu-se a temática discutida na referida questão de ordem, deixando explícito que se tratava da possibilidade do empréstimo de provas, contendo interceptações telefônicas e escutas ambientais, para processos de natureza administrativa.

Fora eleito o voto do Ministro relator como voto paradigma, bem como o voto do Ministro Marco Aurélio como voto contrário.

Após detalhar os argumentos trazidos em cada voto, por cada Ministro, fora demonstrado que se utilizou do critério da proporcionalidade e o sopesamento de valores, inclusive, no voto em que se mitigou o direito fundamental ao sigilo e à intimidade.

Após relacionar cada voto com o critério da proporcionalidade, concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, adotou o voto do Ministro Relator, que, utilizando do critério da proporcionalidade e sopesando valores, restringiu o direito fundamental à intimidade e ao sigilo, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Neste sentido, com base na análise da questão de ordem no inquérito 2.424-4, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal utilizou do critério da proporcionalidade para restringir direito fundamental, o que parece não ser a razão de utilização deste referido critério.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 108 da Constituição, decreta a seguinte lei. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Lei Nº9.296**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, 24 jul. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Quest. Ord. em Inquérito 2.424-4**. Prova emprestada. Penal. Intercepção telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial [...]. Relator: Ministro Cezar Peluso, 25 abr. 2007. Brasília: STF, 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=481962>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo Nº259**. Este informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões [...]. Assessora responsável: Anna Daniela de A. M. dos Santos, 17-21 nov. 2008. Brasília: STF, 2008. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo529.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Sistema Constitucional das Crises: restrições a direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio constitucional da proporcionalidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 20, p.85-89, 2002.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

MARTINS, Leonardo. **Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros**. Piracicaba: Cadernos de Direito, 2003.

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

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.91, n.798, p.23-50, abr. 2020.

Tavares, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Submetido em 13.04.2022

Aceito em 14.09.2022